

Reseñas bibliográficas

“JUSTICE DIGITALE: RÉVOLUTION GRAPHIQUE ET RUPTURE ANTHROPOLOGIQUE” DE ANTOINE GARAPON Y JEAN LASSÈGUE*

Emanuela FRONZA**

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2019

Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2019

GARAPON, Antoine y LASSÈGUE, Jean, Justice digitale: Révolution graphique et rupture anthropologique, París, Presses Universitaires de France, 2018, 364 pp.

1. Justicia digital. Revolución gráfica y ruptura antropológica, de GARAPON y LASSÈGUEES, es un libro que da cuenta de una profunda agitación, ya en curso, del derecho y la justicia. Los autores, tomando como punto de partida la necesidad de integrar más miradas y, en particular, la del jurista y la del epistemólogo para comprender las revoluciones introducidas por las tecnologías, muestran claramente cómo la informática, como una nueva fase de la escritura, introduce mutaciones en lo antropológico y, en particular, sobre el derecho, en tanto regulador esencial de las relaciones sociales.

El derecho y la justicia están atravesando una fase de transformación radical con implicaciones en múltiples niveles. La justicia está dominada por la centralidad del *big data*, en el que todas las decisiones tomadas, incluidos los elementos fácticos, los argumentos de las partes y la evaluación —relativa— del juez, se insertan en bases de datos capaces de utilizar y procesar dicha información para fines predictivos.

No estamos tratando con un imaginario distópico de ficción, sino con mutaciones, ya en curso, particularmente en los Estados Unidos, definidas por ambos estudiosos como verdaderas

* Reseña publicada originalmente en *Diritto penale contemporaneo*, 11 de diciembre de 2018, bajo el título “‘Code is Law’. Note a margine del volume di Antoine Garapon e Jean Lassègue, justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, PUF, Paris, 2018” (disponible en: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6371-code-is-law-note-a-margine-del-volume-di-antoine-garapon-e-jean-lassègue-justice-digitale-revolutio> [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]). Traducción del italiano de María Alejandra QUINTANA GALLARDO.

** La autora agradece a Nicolás GUZMÁN (Universidad de Buenos Aires) por sus comentarios.

revoluciones. Los abogados y los jueces ven cómo el uso de las bases de datos ha cambiado radicalmente la práctica de sus profesiones. La sensibilidad de la cuestión también se confirma por el establecimiento, por parte del Consejo de Europa, de la comisión para evaluar la eficiencia de los sistemas judiciales responsables del examen de las condiciones de eficacia y eficiencia, que pueden promover el uso responsable de las tecnologías en el sector judicial.

El libro afronta el tema, más amplio, de la así llamada “justicia predictiva” y del impacto de las tecnologías en la ley y en la justicia, que tampoco se libran de los cambios resultantes de la innovación tecnológica.

La justicia digital es una realidad muy variada, que fascina y al mismo tiempo asusta, pero que ya ha penetrado (y no solo, como se mencionó, en los Estados Unidos)¹ en el funcionamiento de la máquina judicial.

El enfoque elegido por los autores es constructivo: debemos tomar nota de lo que está sucediendo y de la contribución que las tecnologías pueden brindar al derecho y a la justicia, sin perder de vista, sin embargo, aquellos componentes que pueden eliminar la intervención del componente humano, sustituyéndolo con una discusión entre técnicos, ciertamente más rápida, pero sin los componentes esenciales de una evaluación de valor.

La justicia predictiva ya está entre nosotros y este es el punto de partida que debe tomarse para dar cuenta de la información, las ideas, las preguntas y la invitación a la reflexión conjunta contenida en este texto.

¹ Para obtener una descripción general de la aplicación en los Estados Unidos, ver SIMMONS, “Quantifying Criminal Procedure: How to Unlock the Potential of Big Data in Our Criminal Justice System”, en *Michigan State Law Review*, 2016, pp. 947-1017; con referencia a *drug courts*, ver MARLOWE ET AL., “Adaptive Programming Improves Outcomes in Drug Court: An Experimental Trial”, en *Criminal Justice and Behavior*, vol. 39, n.º 4, 2012, pp. 514-532; para la perspectiva europea, ver SICURELLA y SCALIA, “Data Mining and Profiling in the Area of Freedom, Security and Justice: State of Play and New Challenges in the Balance between Security and Fundamental Rights Protection”, en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, n.º 4, 2013, pp. 409-460. En italiano, entre las diversas contribuciones, ver, CANZIO, “Il dubbio e la legge”, en *Diritto penale contemporaneo*, 20 de julio de 2018 (disponible en: <https://archivioldpc.dirittopenaleuom.org/d/6183-il-dubbio-e-la-legge> [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]); CASTELLI / PIANA, “Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi, in *Questione Giustizia*” en *Questione Giustizia*, n.º 4, 2018 (disponible en: http://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva-la-qualita-della-giustizia-in-due-tempi_15-05-2018.php [enlace verificado el día 4 de abril de 2020]); ver también la entrevista con GARAPON por NOVI, en *Il Dubbio*, 22 de noviembre 2018, pp. 8-9 (disponible en: <https://www.ildubbio.news/2018/11/25/garapon-la-tecnologia-non-potra-mai-sostituire-giudice-e-avvocato/> [enlace verificado el día 5 de abril de 2020]).

Los vuelcos, las transformaciones y las múltiples revoluciones marcan el panorama legal contemporáneo, inaugurando una relación sin precedentes entre los ciudadanos y el poder. Ante esta dinámica derivada de la revolución digital, los autores establecen el objetivo de contribuir positivamente al debate, dando cuenta de la complejidad de los procesos actuales.

2. La revolución de lo digital se expresa en múltiples niveles: simbólico, sociológico y cognitivo.

Primero, implementa una revolución simbólica que rediseña las mediaciones a través de las que producimos y construimos el sentido y los significados sociales.

La informática y la digitalización de la ley modifican no solo los medios para difundir esta última, sino, más profundamente, *su propia elaboración* y su relación con el mundo. Por lo tanto, la escritura digital se inserta en la producción de la norma, lo que requiere de una nueva organización social y de un nuevo orden de sentido. La justicia predictiva (o la justicia digital) es entendida como una fuente alternativa de la normatividad jurídica, si es cierto que todo el derecho está en el código, según la fórmula (varias veces repetida en el libro) del jurista LESSIG.² Si para Lessig el código es la ley, en la era digital el código es el ciberespacio. El código (digital) ha cambiado y revolucionado el código (penal, civil). Hoy no podemos leer lo digital: esto plantea un problema desde el punto de vista de una ley que no está escrita en un texto, en un cuerpo (*corpus*) jurídico como tal.

De ahí un segundo postulado. La revolución simbólica es también una *revolución gráfica*, conectada a la aparición de una nueva forma de escritura, que no tiene todas las propiedades del lenguaje, ya que es muda y opaca. Si el derecho está en el código, es sobre esta revolución gráfica que debe realizarse una investigación. De hecho, la digitalización inaugura un nuevo régimen de normatividad, con, p. ej., el riesgo de eliminar el habla.

² *Code is law* es el título de un artículo famoso del abogado estadounidense LESSIG, “Code is Law. On Liberty in Cyberspace” en *Harvard Magazine*, 2000. Disponible en: <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> [Enlace verificado el día 4 de abril de 2020]. Al aplicar la declaración “El código es ley” al momento actual de la ley positiva italiana, surge una paradoja obvia: si la codificación es el derecho en sí mismo y si el derecho (vivo) se ha convertido (o se está convirtiendo) en la mera manifestación de los códigos computacionales, el problema surge de las reglas procesales que a su vez ahora tienden a convertirse en reglas meramente técnico-informáticas de “escanear” los actos procesales en su nuevo entorno. La referencia es obviamente al proceso administrativo electrónico, donde está claro que, en muchos momentos, la adaptación de las reglas “tradicionales” a las posibilidades que ofrece la tecnología de la información sufre el límite estructural de la nueva dimensión digital: piénsese, p. ej., en el tema de las copias y documentos originales.

Finalmente, resta una tercera cuestión fundamental. No solo la de la transformación de la ley a través de rutinas informáticas, algoritmos, sino también la fascinación por las máquinas, lo que les da más y más poder. ¿Por qué toda esta confianza en las tecnologías va más allá del rendimiento real de estas últimas? ¿Por qué es tan fascinante la tentación de delegar en máquinas?

Se enfatiza el aspecto performativo de la escritura mecánica, dando lugar a un nuevo orden gráfico. La escritura digital no solo contendrá pasivamente nuestras leyes, sino que ofrecerá la posibilidad de reorganizar la convivencia humana y revelar la verdad. Del sistema judicial se espera mucho más que antes: no solo la facilitación de ciertos procedimientos, sino un instrumento de la verdad, una *trust machine*, una representación de nosotros mismos.

La ambición de la *legaltech* es convertirse en justicia en sí misma, a través de una revolución digital que hace compatibles mundos heterogéneos, poniendo en comunicación el derecho con la realidad cambiante del hecho. El sueño secreto es el de un mundo donde las relaciones sociales ya no serán manejadas por la política y el derecho, sino por la tecnología, a partir de la asunción de que la opinión pública se tranquiliza más con una decisión técnica que con una decisión humana, incluso si esta se toma en cumplimiento de todas las garantías. La justicia hecha por seres humanos corre el riesgo de ser considerada arbitraria, falaz, un hecho histórico superado. De este modo, se ha puesto en marcha un proceso de de-simbolización de la frágil humanidad del derecho y del juez y una re-simbolización en términos científicos.

3. ¿Qué le sucede al derecho en una sociedad que delega en las máquinas? La revolución gráfica transforma, como todo hecho social, todos los sectores de la vida social.

A diferencia de las revoluciones legales anteriores (como la introducción del código civil o, de nuevo, del constitucionalismo), esta transformación no es llevada a cabo ni por los abogados, ni por el legislador ni por otras entidades públicas, sino por diferentes actores, como jóvenes empresarios, matemáticos y *geeks* que después del cuidado de la salud (la *nethealth*), la educación (los *mooks*), la planificación urbana (las *smart cities*) y la vida cívica (la *civictech*), ahora ven en la justicia un terreno aún no aprovechado (el último, tal vez) para la expansión tecnológica y para aplicar sus modelos y su lógica, tan distantes del derecho. Esta es la razón por la cual florecen las nuevas empresas de tecnología legal (tecnologías digitales aplicadas al campo jurídico), diseñadas por ingenieros y empresarios de acuerdo con una lógica orientada al lucro. Y aquí hay un choque cultural: la justicia predictiva y la tecnología legal surgieron de la penetración de una lógica capitalista en la profesión

legal. Por un lado, el propósito anunciado por las nuevas empresas es hacer que la casta de abogados ya no sea necesaria. De esta manera, se desencadena un choque entre la lógica capitalista y una lógica artesanal de la justicia. El objetivo, más general, es dirigir a los abogados, jueces y clientes hacia una justicia más *inteligente*, para lo cual se obtendría el máximo resultado con el menor empleo de medios y el uso más amplio posible de la tecnología. El valor cardinal de la nueva dimensión se convierte en optimización.

Más allá de eso, a los ciudadanos se les promete una justicia más accesible, lo que aumentaría su poder, permitiéndoles conocer sus derechos, sin ser privados de su causa por profesionales. Detrás de la voluntad de devolverle el poder al individuo que está sujeto a la justicia, permitiéndole así el acceso directo, antes guardado celosamente por la institución y por la ley, se afirma la idea de que todo puede ser modelado, puesto en una ecuación matemática. Se piensa más en términos de intereses que de derechos.³

Ya sea que se trate de relaciones entre Estados o entre individuos, lo que el sistema insta no es la conciencia de sus derechos, sino la defensa de sus propios intereses. Hay presión sobre los individuos para que renuncien a sus derechos.⁴ El sistema está construido por los nuevos actores de manera tal que el interesado haga prevalecer sus propios intereses por sobre sus propios derechos, llevándolo a cálculos y, por lo tanto, a elecciones racionales, más predecibles también para el poder.

Así se introduce una nueva dimensión normativa basada en el cálculo, neutral, y no en la subjetividad o la libre convicción del juez. Por lo tanto, la justicia estaría mejor asegurada por algoritmos (neutrales) que por seres humanos (sujetos a percepciones y variables subjetivas e impredecibles)⁵. P. ej., en los Estados Unidos, para la concesión de la fianza, las evaluaciones de riesgo se obtienen mediante algoritmos, con el resultado de que, como se ha señalado, se abre el

³ Se crea un mercado legal. El libro subraya varias veces el vínculo entre la justicia predictiva y la "revolución" llevada a cabo por actores económicos guiados por objetivos económicos, con la progresiva desaparición de la palabra y el espacio simbólico. También debe señalarse a este respecto que esta dinámica podría dar lugar a nuevas formas de justicia transicional, así como permitir que el derecho se centre en los casos más complejos.

⁴ Reflexiones ya desarrolladas por GARAPON y SERVAN-SCHREIBER en *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, París, Presses Universitaires de France, 2013.

⁵ De ahí el contraste que se encuentra en el texto entre justicia como *fairness* y justicia como *fitness* (pp. 316 ss.).

camino a nuevos canales de discriminación y encarcelamiento masivo⁶ para los sectores socialmente más débiles y más pobres.

4. Otro cambio significativo se registra en el nivel cognitivo: el conocimiento predictivo, de hecho, situado en la base de la revolución digital, es totalmente ajeno al derecho. O, más bien, el concepto de previsibilidad es intrínseco a la regla primaria (fuente normativa), pero, como se sabe, la aplicación práctica siempre tiene un margen de imprevisibilidad. En este espacio se insertaron las estadísticas; la *legaltech*, sin embargo, da un salto cualitativo: no solo formaliza las reglas —ciegas, pero no menos ideológicamente orientadas— de aplicación de la norma, sino que además apunta a prever el tratamiento que será dado por la institución específica en un caso particular.

El *big data* pretende dar una consistencia matemática y no jurídica, combinando tres tipos de datos (legales, características esenciales del hecho concreto y elementos de contexto relevantes adicionales) para luego, a partir de los precedentes, construir decisiones modelo, identificando probabilidades⁷ e indicando los argumentos más o menos convincentes (también para las partes, porque los argumentos de las partes están incluidos en el *big data*). Todos los elementos, legales y fácticos, se ponen en el mismo nivel para determinar la decisión. El riesgo, bien conocido, es el de estandarizar las decisiones y cancelar por completo una interpretación creativa de la ley.⁸

Por lo tanto, la causalidad legal se abandona (o se pone en segundo plano) a favor de una correlación práctica, ya que la realidad cuenta más que las ficciones. El derecho, por lo tanto, es solo una de las informaciones que determinan una sentencia.

⁶ Destaca el uso de algoritmos en el campo criminal en los Estados Unidos ALEXANDER, autora de *The New Jim Crow*, señala que estas secuencias determinan quién debe permanecer en prisión y quién puede ser liberado. Ergo, ante la opción de algunos estados de cambiar la liberación bajo fianza por una gratuita, mediante el uso de un sistema cada vez más acompañado por el uso de algoritmos basados en la probabilidad, muestra cómo, aunque sea “gratis”, no es “libre”. “La libertad, incluso cuando se otorga, después de todo, nunca es gratuita”, ALEXANDER, “The Newest Jim Crow” en *The New York Times*, 8 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/11/08/opinion/sunday/criminal-justice-reforms-race-technology.html> [enlace verificado el día 4 de abril de 2020].

⁷ De hecho, esta “ciencia” (que es en realidad una técnica y, por lo tanto, ya en sí misma una aplicación ideológica del “estudio de la naturaleza”) ciertamente no es la de Newton, sino la de las ciencias probabilísticas. Toda la ciencia, hoy, todas sus verdades, no son más que verdades y oráculos de tipo probabilístico: no dicen la verdad, sino lo probable como (más) probable. Este elemento también hace posible reforzar el tema de la diferencia entre *fairness* y *fitness*.

⁸ Aquí podemos ver la figura del juez científico que hace del razonamiento judicial un razonamiento científico. Ver NUSSBAUM, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1995.

Todo derecho se convierte en un hecho y todos los hechos, legítimos o no, se vuelven normativos.

El registro cognitivo se reemplaza lentamente por el registro normativo. La ciencia jurídica en este nuevo contexto no desaparecerá, sino que se convertirá en secundaria: la capacitación y la interpretación de la ley no pertenecen a un tejido formal autorreferencial, sino que se convierten en un tema a tratar. Las sentencias no construyen una jurisprudencia, sino que alimentan una base de datos.

La agitación que se está produciendo es muy profunda: ya no se lee el código, sino que se favorece una dinámica de analfabetismo y pérdida de control que transfiere a los informáticos la lectura y el procesamiento de los datos. Y de manera coherente con tales trastornos en el plano antropológico, la cultura jurídica cede ante la inteligencia artificial.

La tecnología jurídica hace que un nivel de realidad, hasta ahora inaccesible, sea transparente: el inconsciente de la producción jurídica se impone con la autoridad de la ciencia. Por lo tanto, existe un nuevo registro teórico, que sin embargo no es de naturaleza jurídica. Al menos hasta que la ley y la ciencia probabilística y la informática hayan encontrado un equilibrio diferente, lo cual será posible, aunque no seguro, si y solo si los abogados contribuyen de manera constructiva a estos cambios.

5. Las revoluciones políticas, sociológicas y cognitivas convergen hacia un universo más horizontal y libre, sin una tercera figura, una especie de mundo pospolítico de-simbolizado y des-especializado, desprovisto de un poder que gobierne.⁹ La dimensión sagrada, típica de cada institución, se debilita. Estas revoluciones excluyen lo sagrado de la dimensión real, ya sea republicana, religiosa o ritual. La revolución simbólica que presenciamos se impone como no simbólica, como no humana, según los autores. Aunque puede objetarse que la dimensión sacra, en realidad, solo pasa a ser reemplazada por el imperio del algoritmo y la naturaleza esotérica del conocimiento subyacente en este. Piénsese en la lógica de siempre de Apple: el usuario promedio no necesita saber cómo funcionan las configuraciones de registro, o por qué debe escribirse un determinado comando de una manera determinada en lugar de otra. Por el contrario, el usuario promedio necesita poder hacer eso haciendo clic en alfa, obteniendo beta. Y es precisamente esta

⁹ Los autores insisten mucho en este proceso de descentralización.

misma lógica la que permitió a Apple construir un mundo cerrado y exclusivo, propietario, donde el usuario no controla nada y solo confía en el *geek* y en toda la cadena hasta el sumo “sacerdote”. El último no es otro que el que posee la empresa, el software, los contenidos y ahora también todo aquello que cada uno de nosotros pone en *iCloud*.

Según los autores, estas transformaciones afectan significativamente las profesiones del abogado y del juez. Los algoritmos podrían ocupar el lugar de los jueces y liberar así al derecho de sus imperfecciones, pasiones y conflictos. Se perderían así la liturgia de la palabra y el *juzgar*,¹⁰ pero no la decisión. Lo digital no necesita un espacio, no necesita reunir a las personas para que hablen, los jueces ni siquiera necesitarán reunirse y los procesos se llevarán a cabo con suma rapidez. De este modo se logra, de nuevo, una congelación del proceso de simbolización y del proceso político. De ahí el reiterado impacto significativo sobre el derecho y la justicia.

Este avance introducido por lo digital es ciertamente más incisivo que otras transformaciones que ha sufrido la justicia en tiempos más recientes: de la justicia penal internacional, a la justicia restaurativa o al derecho global. Se trata aquí de una revolución de varios niveles, capaz de cuestionar el componente humano del *ius dicere*.

Por lo tanto, la revolución digital actúa como un factor que desorganiza el espacio y el tiempo de la justicia, hace que el tiempo de los procedimientos fracase y da una centralidad al presente, en el que la justicia predictiva es estratégicamente funcional. La justicia predictiva transforma profundamente la idea misma del proceso como un lugar de catarsis, como un teatro. Acelera los procedimientos, altera la verificación de la verdad con prácticas de correlación y no, en cambio, de interpretación. Aunque el marco espacio-tiempo no se modifica aparentemente, la efectividad simbólica del proceso se revoluciona, con el resultado de una serie de discontinuidades con respecto a las características esenciales del rito clásico. Por esta razón, después de leer este texto, es urgente que los juristas se comprometan a encontrar respuestas (en el derecho) a estas modificaciones.

Sin embargo, ¿qué implicaciones puede tener este proceso (inevitable)?

Por supuesto, el mal no es la tecnología en sí misma. Bien puede ser esta un soporte para lo práctico y para facilitar un acceso general a la información. Sin embargo, es necesario hacer un uso crítico de la tecnología, que encuentre un equilibrio entre la reducción positiva de la arbitrariedad

¹⁰ Ver GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milán, Cortina Raffaello, 2007.

y los peligros de una dramática cancelación de las garantías de libertad. De hecho, la característica del derecho es producir reglas suficientemente precisas para guiar nuestro comportamiento, pero al mismo tiempo elaborar y cristalizar las reglas generales que dejan un margen de apreciación en el área de aplicación. Desde una *ley universal y general* a una *regla* que se aplica al caso concreto que pierde su carácter general, con el resultado de que la misma distinción entre derecho y hecho pierde su relevancia, hasta desaparecer.

La audiencia es un lugar de intercambio de espacio humano, difícil y complejo, en el que las partes —víctima y presunto victimario— se enfrentan para permitir que el juez tome la decisión correcta. Lo digital trae consigo el riesgo de trivializar ese espacio (desde la falta de confrontación física entre las partes, la admisión de conferencias a distancia, la posibilidad de tuitear durante la audiencia, etc.). Ya no hay un espacio compartido, pero hay una superposición de espacios, entre un espacio de comunicación y el espacio de la tecnología. El de los tuits ya no es un espacio.

6. Las transformaciones involucran a los protagonistas de la justicia. Es probable que las crecientes demandas de habilidades informáticas en manos del abogado sobrepasen, sin hacerlas desaparecer, sus competencias legales. Y nuevamente: el defensor frente a una predicción estadísticamente negativa siempre será inducido a buscar una solución en el nivel transaccional, con el peligro de que el proceso se convierta en “un lujo” para los casos ganadores y ceda el terreno a una solución “comercial”. ¿Qué responsabilidad ética implica esto para los operadores de estos dispositivos? Por eso mismo, la cuestión es no solo cuándo se va a utilizar el algoritmo, sino también cómo hacerlo transparente. El deber de dar a conocer los métodos de procesamiento de datos, además de contribuir a respetar el principio (no solo criminal) de un juicio justo, excluiría (o confirmaría) la existencia de posibles parámetros discriminatorios.¹¹ ¿Cómo establecer, entonces,

¹¹ Muchos autores creen que los algoritmos a menudo se caracterizan por un sesgo discriminatorio, en particular un sesgo racista. Si este enfoque es interesante, por otro lado, se debe tener en cuenta que los datos son los registrados por los organismos encargados de hacer cumplir la ley y, por lo tanto, no podemos atribuir una intención discriminatoria a la inteligencia artificial, que procesa los datos recopilados. Sobre la necesidad de transparencia, ver JOHN, “Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 26, n.º 2, 2017, pp. 287-302; GABLE CINO, “Deploying the Secret Police: The Use of Algorithms in the Criminal Justice System”, en *Georgia State University Law Review*, vol. 34, n.º 4, 2018, pp. 1073-1102; SIMONITE, “All Experts Want to End ‘Black Box’ Algorithms in Government”, en *Wired*, 18 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.wired.com/story/ai-experts-want-to-end-black-box-algorithms-in-government/> [enlace verificado el día 4 de abril de 2020]. También es cierto que los datos en los algoritmos recopilan información ya existente de juicios ya emitidos, lo que refuerza opiniones y prejuicios mayoritarios.

la igualdad en este nuevo panorama y garantizar la transparencia y el control sobre las secuencias de fórmulas numéricas?

Además de una transformación de la profesión legal, los autores demuestran claramente cómo esta revolución transforma radicalmente la función del juez. De hecho, este último trabajo, en la era de la ley contrafáctica, del “qué pasaría si la ley”, conlleva una enorme presión mediática (especialmente en los procesos terroristas, aunque no solamente). P. ej., gracias al *big data*, el juez sabe de antemano cómo sus colegas han decidido casos similares. Por lo tanto, se le pedirá al juez que realice su función de manera consistente y brinde un mensaje tranquilizador al público, que narra la historia de manera unívoca, para evitar perturbar los mercados financieros o desalinearse sus opciones con respecto a las del sistema político, y así terminar desorientando a la opinión pública.

Por el contrario, los sufrimientos, esperanzas y heridas de los seres humanos individuales involucrados se tornan cada vez más secundarios. La justicia predictiva puede tomar un valor normativo, lo que lleva a un “efecto oveja” (“efecto manada”) en las elecciones.

7. En la tercera parte del libro, los autores regresan a su postulado teórico (y multidisciplinario) de partida, por un lado, y al enfoque político, por el otro.

Por lo tanto, el valor de la revolución digital debe evaluarse no solo en términos de efectividad, conveniencia o placer, sino también en términos de libertad, utilidad y humanidad.

La justicia predictiva puede realizar la idea de un derecho sin un Estado, totalmente positivizado y en manos de la tecnología, donde el derecho coincide con la ciencia. Sin embargo, ¿será esto todavía una justicia humana? Podría resultar contraproducente: de hecho, la mayor libertad se puede convertir en un control social que puede asustarnos. Piénsese, p. ej., en la biometría, pero también en la trazabilidad total de las transacciones financieras. La justicia requiere que la justicia digital respete la humanidad de la persona. Esta última, por el contrario, se afirma como una justicia que precisamente pone en tela de juicio la parte humana de la justicia, al presionar al juez con la excusa de ofrecer la posibilidad concreta de una institución más efectiva, rápida y justa, porque es capaz de juzgar sin seres humanos. Gracias a la inteligencia artificial, la justicia podría llegar a ser capaz de pronunciar un juicio sin una ayuda cognitiva. Sin embargo, sería ingenuo pensar que la máquina no tiene principios: puede incorporarlos en forma de parámetros. Si algunos de estos criterios son contrarios a los derechos humanos fundamentales, como el origen étnico, basta con eliminarlos. Sin embargo, a diferencia del ser humano, una vez eliminado formalmente, estaremos seguros de si este

parámetro no se considerará de otra forma (piénsese en el lugar donde reside la persona, en su escolarización, en su condición de trabajo que revele índices del mismo criterio socialmente discriminatorio abandonado formalmente). En nombre de la necesidad de una aceleración de los procedimientos, una mayor imparcialidad de la justicia, la mejora de la eficiencia de la administración judicial, el intercambio de decisiones, se desarrolla una desconfianza hacia los jueces, como personas vinculadas a una experiencia humana de valores y menos controlables y en cualquier caso falibles. La decisión humana propone varias posibilidades, mientras que la técnica propone una certeza y un automatismo e indica el mito de la justicia sin ninguna subjetividad.

Perfilar y clasificar una masa de datos permite llegar a nuevas reglas generales. Un nuevo derecho natural va en aumento.

La justicia predictiva fascina porque es capaz de realizar un derecho sin Estado, que coincide con la máquina y la técnica. Al mismo tiempo, elimina la parte inaccesible y misteriosa de la decisión, un componente necesario de lo simbólico para hacer justicia.

8. En realidad, el misterio de la decisión humana es reemplazado por uno mucho más arbitrario. La promesa de la inteligibilidad total de los medios tecnológicos se contradice con la complejidad de la nueva escritura que nadie puede dominar: hay una caja negra digital, opaca y misteriosa.

P. ej., debe señalarse el uso, en los Estados Unidos,¹² de técnicas informáticas para medir el riesgo de reincidencia del delincuente con el fin de determinar el monto de la sentencia o una medida alternativa a la detención. Considérese el caso del estado de New Jersey, que reemplazó las audiencias para la concesión de la fianza con evaluaciones de riesgo obtenidas mediante algoritmos. Esto es, por supuesto, una evaluación que por ahora sirve únicamente como una guía y no reemplaza la decisión del juez. En un sistema basado en una fianza, a menudo acusado de ser un vehículo de prejuicios relacionados con la etnicidad y la clase social, el propósito de la adopción de algoritmos es hacer que el cálculo de los riesgos sea neutral y que se base exclusivamente en la evidencia y en

¹² Ver CORTE SUPREMA DE WISCONSIN, "State of Wisconsin v. Eric Loomis", 13 de julio de 2016; CORTE SUPREMA DE INDIANA, "Malenchick v. State of Indiana", 9 de junio de 2010. El tema de la transparencia de los algoritmos también se planteó. El tribunal, si bien considera que el uso por parte de la corte de algoritmos para evaluar el riesgo de reincidencia del acusado respetó el principio del debido proceso, intenta de alguna manera advertir sobre los peligros que estos modelos de evaluación pueden revestir y trata de dar una dirección sobre el uso de estas herramientas (65, 66). Sin embargo, las críticas a la corte no se expresaron con suficiente fuerza, ignoran la capacidad limitada del juez para sopesar los instrumentos en cuestión y no toman en cuenta la presión sobre los jueces para que los usaran.

los datos. Aun así, esta medida nos obliga a hacer una pregunta implícita: ¿debemos tener más miedo del juez o del algoritmo? ¿No tiene también el juez sus prejuicios? El juez, sin embargo, sigue expuesto a la crítica de la elección, sin que se afirme que su decisión es el fruto ineludible y objetivo de un cálculo aritmético. ¿No será que la justicia predictiva terminará por revertir el razonamiento, de modo que, en lugar de continuar con la búsqueda de datos, nos dirigiremos hacia el objetivo partiendo solo de los datos disponibles? La pregunta que surge en esta era, una vez más, es si la justicia, con una influencia tan amplia de la tecnología —que no se confía ni a lo prescrito por la ley ni a la determinación del hecho, sino a un modelo matemático—, sigue siendo una justicia humana, que admite libertad de juicio, incertidumbre de resultado y un margen de apreciación resultante de la libre convicción del juez.

Se corre el riesgo de que los algoritmos terminen por reemplazar al ritual simbólico, a la palabra pronunciada en el proceso. Ante esta mutación antropológica debemos preguntarnos, como señalan los autores, cómo permanecer en este espacio, cómo usar estas aplicaciones, y recordar la especialidad del derecho y de la justicia y el componente humano de hacer justicia.

La justicia predictiva quiere (pre)decir el futuro y asignar un papel decisivo al pasado y a la relación con este último. Sigue una *intensificación* del presente, ya que el pasado y el futuro están representados en forma cifrada, como proyecciones y predicciones. El futuro se basa en el pasado y predice el futuro. Así, un individuo corre el riesgo de cometer un crimen con base en su estatus familiar, su contexto social o su historia familiar, lo que resulta en profecías autocumplidas.

La apuesta es alta: pensar, con las herramientas de la modernidad, en un mundo que permanezca —con las reglas que gobiernan su existencia y la supervivencia— habitable por el ser humano.¹³

¹³ La conclusión de GARAPON se reanuda en “Les enjeux de la justice prédictive”, en *La Semaine Juridique*, 1-2, 2017, p. 1021.