

PRECEDENTES VINCULANTES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿HACIA UN AUTOMATED LAW?

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ*

Abstract

The work of supreme courts has undergone an evolution through the years. From its classic function characterised by being reactive to a proactive profile, there is no doubt that Ibero-American and civil law models have kept to the classic Franco-Italian model. Along with considering the law-making creationist profile of the current supreme courts, the core of this essay is to investigate whether it is possible to produce automated or artificial judicial decisions. This implies asking whether the jurisdictional function, not only of the ordinary magistracy, but also of the supreme courts, can be supplanted or complemented by artificial intelligence. Is it possible to automate judicial decisions via artificial intelligence? Is there any room for human intellect and judicial reasoning in the face of this phenomenon? Will we be facing a process of automation of the process?

Keywords: precedents; supreme courts; artificial intelligence

Contents

I.	Introducción.....	134
II.	Presupuestos teóricos de la función de las cortes supremas.....	134
III.	Una primera aproximación a la uniformidad interpretativa y la “nueva” función de la corte suprema.....	137
IV.	Sobre las funciones contemporáneas de las cortes supremas: premisas.....	139

* Profesor de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Máster en Derecho Constitucional e Interpretación Jurídica por la Universidad de Génova (Italia). Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Miembro de la *International Association of Procedural Law*, del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* y de la *Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*. Abogado por la Universidad de Lima. El presente ensayo fue seleccionado para su defensa pública en el marco del *open call for papers* que se desarrolló en el XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Kobe (Japón) por la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

V. La función proactiva de la corte suprema: unidad del derecho mediante el precedente	141
VI. <i>Breaking point</i> : inteligencia artificial e impacto en la teoría del decision making process	143
A. Precedentes e inteligencia artificial: desventajas y riesgos	144
B. <i>Due e-process of law</i> , interpretación y actividad artesanal del operador jurídico	145
VII. Conclusiones	147

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene por finalidad poner de manifiesto la irrupción de la inteligencia artificial y del proceso electrónico en la actividad jurisdiccional de las cortes supremas a través de la aplicación de precedentes vinculantes y si es que esta forma de aplicar derecho/tomar decisiones resulta racional y adecuada a la resolución del caso concreto.

En este sentido, visitaremos parte de la teoría del precedente vinculante y la someteremos al análisis del fenómeno de la aplicación de inteligencias artificiales y algoritmos dispuestos para crear decisiones a través del análisis del caso concreto y la eventual asignación de un precedente contenido en una base de datos (*big data*) utilizable como aplicador del derecho. Esto, finalmente, será contrastado con una realidad inevitable: ¿puede la actividad de jueces de una corte suprema ser reemplazada por un *software* o inteligencia artificial al momento de resolver un caso y aplicar un precedente vinculante?

II. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA FUNCIÓN DE LAS CORTES SUPREMAS

En primer lugar, la función de tutela de la legalidad de las decisiones judiciales debe ser comprendida a la luz de ciertos presupuestos concernientes a la teoría de las normas, a la teoría de la interpretación judicial y a las relaciones establecidas entre legislación y jurisdicción. Conjugados tales elementos, a decir de Taruffo, existirá un “intreccio coerente di idee-guida che si implicano e si connotano”¹ para la formación de este modelo de cortes *reactivas*.

¹ Taruffo, Michele. La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 73.

El primero de los dogmas, de clara derivación positivista, es la asunción de la *estatalidad* y de la *completitud* del derecho, típicos de la gran mayoría de construcciones jurídico-políticas de la cultura jurídica europea del siglo XVIII.² El segundo de tales dogmas está constituido por la teoría de la interpretación judicial como mera actividad lógico-intelectual del descubrimiento de un significado exacto y objetivo de la disposición legislativa. Esto, como advierte el profesor Guastini, también se presenció a partir de los años mil ochocientos.³ La afirmación de la estatalidad, como fue dicho en la contextualización dada en el primer capítulo, pasa por identificar que el origen del derecho deriva de la autoridad del Estado, específicamente de un ente legitimado representativamente para generar derecho, el Parlamento.

Lo que nos interesa para los fines de esta investigación es la equiparación del derecho con el texto de la legislación, ideología proveniente del siglo XIV. Tanto la escuela de exégesis como la *Begriffsjurisprudenz* identificaban al derecho con el texto de la disposición normativa y su reconocimiento como un proceso de aplicación puramente lógico-deductivo.⁴ Específicamente en terrenos de la teoría de la legislación o de las normas, se partía de la idea de equiparar el texto con la norma.⁵

En torno al presupuesto teórico del clásico funcionamiento de una corte suprema, vale recordar la función de la misma a partir del campo de la interpretación jurídica. Un modelo de corte suprema vista como corte de revisión (una tercera instancia más), presupone una teoría de la interpretación cognitivista, o también conocida como formalista.⁶ Este formalismo interpretativo, significa descubrir el significado intrínseco al texto normativo, un significado incorporado y pre-existente a la actividad de interpretación. De tal forma, Guastini recuerda que tal teoría interpretativa tenía como objetivo “declarar la única, exacta, objetiva y correcta interpretación de la ley”⁷ la cual era la voluntad del legislador.

Podríamos centralizar el presupuesto teórico del funcionamiento de una corte suprema en la primacía de una teoría interpretativa cognitivista. Esto implica lo siguiente: (i) toda norma tiene un significado intrínseco, implícito, pero objetiva y previamente dado; (ii) la actividad del intérprete consiste en individualizar y tornar explícito el significado, es decir, descubrirlo; (iii) un eventual problema interpretativo

² Tarello, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e Codificazione*. Bologna: Il Mulino, 1976, pp. 18–22.

³ Guastini, Riccardo. *Interpretare ed argomentare*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 409.

⁴ Cfr. Villa, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, pp. 78–79.

⁵ Guastini, *supra* n. 3, pp. 409–410.

⁶ *Ibid.* V. también, Dicciotti, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli, 1999, pp. 78 y 202–218.

⁷ Guastini, *supra* n. 3, p. 143.

o la posible existencia de más de un significado atribuible al mismo enunciado normativo, se resuelve por la individualización del verdadero significado y descarte de los demás significados, que por consecuencia son falsos; (iv) el método interpretativo es lógico deductivo y excluye cualquier valoración y elección discrecional del intérprete; y (v) el juez interpreta la norma a fin de declarar su significado implícito objetivamente existente, sin realizar una elección valorativa y aplica deductivamente la norma al hecho.⁸

Este resultado es obtenido mediante la actividad del intérprete con los métodos interpretativos “gramatical, lógico, histórico y sistemático”,⁹ los cuales fueron instituidos por Savigny. Ahora bien, con ello, es lícito afirmar que este modo de entender el derecho influenció directamente los modelos procesales civiles del *civil law* y, sobretodo, presidió el entendimiento de cómo serían concebidas las cortes de casación, específicamente la *Corte di Cassazione italiana*.¹⁰ No es por otro motivo, como lo venimos diciendo, que la forma de encarar la interpretación jurídica desde la función de las cortes de casación de inspiración francesa era mediante el ejercicio de la única competencia de dichas cortes supremas; casar toda decisión que contenga una “*contravention expresse au texte da loi*”¹¹ y, respecto a la *Corte di Cassazione*, prestar cuidado a la “*esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*”.¹²

De cualquier forma, es importante mencionar que la función del tribunal de casación (de cuño francés post-revolucionario) no era precisamente jurisdiccional y eso explica que el tribunal de casación podía casar o no la decisión. En realidad, al casar una decisión, la corte casación *destruía sin reconstruir*, dado que la interpretación del documento normativo –*construcción*– o de la ley, le pertenecía a otro poder.¹³

De todo ello debe extraerse una conclusión parcial: “la imposibilidad inherente al tribunal de casación de afirmar una interpretación de la ley le impidió el delineamiento de una jurisprudencia capaz de garantizar la uniformidad en su interpretación”.¹⁴

⁸ Taruffo, *supra* n. 1, p. 75.

⁹ Ver Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 16.

¹⁰ Taruffo, *supra* n. 1, p. 159.

¹¹ Sobre los motivos para la creación del recurso de casación y de la *Cour de Cassation*, Halperin señala que el fundamento de tal importancia es que los constituyentes acordaron que a la ley se le debía estricto respeto. Así como se punía a los individuos que contravenían la ley, también se reprimirían las infracciones a la ley cometida por los jueces. Cfr. Halperin, Jean-Louis. Le tribunal de cassation et les pouvoirs. Paris, 1989, p. 54, bien como la forma de cómo aplicar uniformemente el contenido gramatical de la disposición. Cfr. *ibid.*, p. 72.

¹² Legge sull’ordinamento giudiziario, Art. 65, 1941. V. también, Taruffo, *supra* n. 1, p. 61.

¹³ Calamandrei, Piero. La casación civil. Buenos Aires, EBA, Vol. II, 1945, p. 76.

¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Thomson Reuters, 2013, p. 37. Fundamentando la imposibilidad de la jurisprudencia tornarse en fuente de derecho producto de la ideología francesa post-revolucionaria, v. Chiassoni, Pierluigi. La giurisprudenza civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 221, y sobre la supremacía del Parlamento en la Francia

Esta prohibición –que en la actualidad no tiene más cabida– incluso llevó a que en la Francia post-revolucionaria existiera la figura del *référé* obligatorio como forma de consultar al Poder Legislativo sobre la debida interpretación de la ley dada por tal poder.

El modelo de cortes supremas originariamente concebido (inclusive presente hoy en día), asume como principal presupuesto teórico la existencia de una única y verdadera norma legislativa pre-existente al momento de aplicar judicialmente dicha disposición. Ahora, la tarea de la hermenéutica jurídica en este terreno (prácticamente *subsuntiva*), por lo tanto, está en *descubrir* este significado y no en *otorgar significado* o *sentido* a dicho texto normativo. Esto definió a la corte de casación o corte suprema como un órgano colocado en el vértice de la maquinaria judicial tan sólo para tutelar la legalidad de la decisión recurrida que no haya interpretado de forma correcta la norma pre-existente y unisona entregada por el Parlamento.

III. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA UNIFORMIDAD INTERPRETATIVA Y LA “NUEVA” FUNCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Es conocido que el pensamiento jurídico posterior a la segunda post-guerra se manifestó en toda Europa continental con una fuerte tendencia a la superación del positivismo jurídico, del estatalismo y, en general, del Estado *Legislativo* de Derecho. Esto, de alguna forma, vino de la mano con el reconocimiento del derecho judicial “como sistema de producción jurídica en alguna medida autónomo respecto del derecho legislativo, que concurre con él en todo caso en la producción del derecho”.¹⁵

Este fenómeno de la jurisprudencia práctica, así denominado por Zaccaria, tiende a reforzarse en la Alemania posterior a la segunda guerra. La jurisprudencia comienza a vincularse al sostén secular de la tradición moral y del derecho natural. Ello implica que se “reivindique una libertad mucho mayor que la existente en el pasado en relación con la ley y el Estado”.¹⁶ Esta creciente toma de consciencia del derecho jurisprudencial induce a todos los juristas e, incluso, al propio juez a producir una miríada de interpretaciones jurisprudenciales que se inspiran en criterios de valoración extralegislativa. Es cierto que el influjo de los principios y disposiciones

post-revolucionaria ver Marinoni, Luiz Guilherme. Precedentes obligatorios. Trad. Christian Delgado Suárez. Lima: Palestra, 2013, p. 51.

¹⁵ Zaccaria, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. Madrid: Civitas, 2004, p. 355.

¹⁶ *Ibid.*, p. 356.

normativas insertadas en una constitución resultan ser, ahora, “disposiciones directamente aplicables”.¹⁷

No obstante, la actividad interpretativa judicial, ante esta nueva textura normativa, determinará que la interpretación judicial exija ir más allá del mero significado literal o gramatical de la disposición, puesto que tanto principios como normas o disposiciones constitucionales, no sólo tienen una arquitectura *vaga* o *general*, sino que, como veremos, como toda norma, son *equivocas*.¹⁸ El Parlamento se ve impotente de regular toda y cada una de la actividad social del humano a través de los códigos o leyes y, ante ello, entra en colaboración con la judicatura para permitirle realizar una actividad que siempre mantuvo prohibida: otorgar sentido al texto normativo y completar el significado del documento legislativo. Aquí radica la diversidad de significados atribuibles a estos documentos normativos, que antes de todo, son signos lingüísticos.

“Redescubierta” esta capacidad interpretativa del juez, ello generará que entre las más variadas actividades de interpretación, los resultados (o interpretación producto) generé un *disenso*.

Es la corte suprema o corte de casación la que, contemporáneamente, debe hacer frente y tutelar la esquizofrenia interpretativa a la que podría llegar toda una judicatura nacional a raíz de la equivocidad, vaguedad o incertidumbre de todo texto normativo. Es la corte suprema la llamada a ofrecer seguridad jurídica e igualdad ante la interpretación de la ley ante las más variadas, disonantes o equivocadas interpretaciones de todo el aparato judicial.

En la línea trazada por Taruffo, la corte denominada *suprema* –superando el modelo de *Cour de Cassation* francesa– tienen un rol contemporáneo el cual dista kilométricamente de aquel rol o función atribuida inicialmente a la corte de casación francesa.¹⁹ Como habíamos anunciado previamente, en los países pertenecientes a la tradición del *civil law* (Iberoamérica, salvo Austria y Alemania) la corte suprema tiene una función netamente reactiva y de tutela de la legalidad.

Mientras tanto, en los países de la *Commonwealth* adscritos a la tradición del *common law*, vemos que las *supreme courts* tienen una función no tan subjetiva o privatista de su función.²⁰ Por el contrario, la función de tales cortes pasa por la orientación del sentido del derecho y la evolución del ordenamiento jurídico a través de la interpretación vinculante que den estas cortes (a través de la técnica del precedente). Sin ánimos de realizar un injerto de un instituto de otra tradición jurídica, esta función ejercida a través del precedente vinculante, creemos que supone un *trasplante responsable* del mismo a la tradición del *civil law*.

¹⁷ Ver, al respecto, Hesse, Konrad. *Die normative kraft der verfassung*. Tubingen: J.C.B. Mohr, 1959.

¹⁸ Guastini, *supra* n. 3, p. 39.

¹⁹ Taruffo, Michele. *Le funzioni delle corti supreme – cenni generale*. En: *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 15.

²⁰ *Ibid.*

IV. SOBRE LAS FUNCIONES CONTEMPORÁNEAS DE LAS CORTES SUPREMAS: PREMISAS

A una corte suprema le corresponden diferentes funciones. Entre ellas se encuentran: (i) el control de constitucionalidad de las leyes (sólo en algunos sistemas); (ii) la revisión en última instancia de ciertas materias impugnadas; y (iii) la tutela y la promoción de la legalidad.

Interesa a nuestra investigación la última de estas funciones. Siguiendo a Taruffo, es imprescindible bifurcar esta función en dos sub-funciones: (a) la tutela de la legalidad y; (b) la promoción de la legalidad. En torno a la primera, y a efecto de sentar una postura conceptual, la *tutela* de la legalidad “alude a la función reactiva que muchas de las cortes realizan y que se explica cuando una violación del derecho ya fue verificada y la intervención de la corte está dirigida a finalizarla y eliminar o neutralizar los efectos ya producidos”²¹. En contrapartida, la “promoción de la legalidad alude a la función que se puede definir como proactiva, la cual se explica cuando la decisión de las corte supresas están dirigidas a obtener efectos futuros, sea en el sentido de prevenir violaciones a la legalidad, sea en el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho”²².

Concretamente, nos interesa indagar y desarrollar la función de *promoción de la legalidad*, la cual pasamos a identificar como función que debe ser primordial en un modelo contemporáneo de corte suprema. Por *legalidad* se entiende, “la correcta aplicación del derecho”²³ y tal aplicación también hace referencia, qué duda cabe, a la interpretación del derecho y su aplicación para la resolución de determinado caso.²⁴ En este punto de la investigación debemos esclarecer que es a través de la labor interpretativa del órgano jurisdiccional que el derecho puede llegar a ser tal. Y se afirma ello en razón de lo que Cardozo entiende como función judicial,

²¹ Cfr. Taruffo, *supra* n. 19, p. 14.

²² Ibid.

²³ Cfr. Taruffo, *supra* n. 19, p. 15; ver también Tarello, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 42.

²⁴ Por legalidad, inclusive, puede entenderse el rol reconocido a las cortes supresas de controlar la legitimidad de la decisión en cada caso concreto. No obstante, este control de la legitimidad propuesto es principalmente activado por las partes a través del recurso de casación, la cual activa a su vez la función nomofiláctica de la corte suprema. Esto es derivación directa del modelo francés de corte de casación y esta función nomofiláctica también comprende la consideración del recurso de casación como un derecho subjetivo de las partes en la persecución de finalidades privadas y buscando la *justicia del caso concreto*. Evidentemente con esta ideología o función de la corte se hace imposible poder pensar en una función con proyección pública o institucional de cualquier corte suprema. Es por ello que otorgando una perspectiva actual a la nomofilaquia, Mitidiero indica que “la nomofilaquia del recurso dirigido a la Corte Suprema se consubstancia en la consecución de la unidad del Derecho mediante su adecuada interpretación”. Cfr. Mitidiero, Daniel. *Cortes superiores e cortes supresas*. São Paulo: Thomson Reuters, 2013, p. 67.

esto es, “que la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los standards de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho”.²⁵ Esto es esencia de toda labor interpretativa, es decir, adicionar un valor y generar una elección interpretativa a dar a un texto normativo con los criterios antes señalados.

De tal forma, la ansiada *promoción de la legalidad* supone un desarrollo del derecho, puesto que en términos de Brown, “la ley, hasta que es interpretada, no es verdadero Derecho”.²⁶

Tan sólo tomando como punto de referencia a los tribunales o cortes supremas de la tradición del *common law*, son estas cortes supremas las que detentan una función *proactiva* o de *promoción del derecho*. Ahora bien, tanto en la *United States Supreme Court* como en la *Bundesgerichtshof* alemana, el acceso a tales cortes se da si es que la resolución del *certiorari* o del *recurso de revisión*, respectivamente, contribuirán al desarrollo del derecho. El carácter principal de esta función es que las cuestiones de derecho sometidas a estos tribunales realmente deben ameritar y justificar el examen del recurso y la capacidad de que la decisión a ser emitida contribuya al desenvolvimiento del derecho. De tal forma, se trata de una función orientada hacia el futuro. Ahora bien, la propia corte suprema determina la propia elección de sus interpretaciones que guiarán el derecho y lo desarrollarán, a través de las diferentes *ratio decidendi* que puedan generar y atribuir para la resolución de determinada divergencia interpretativa. De ello resulta casi natural que sea la corte suprema el órgano que a través del establecimiento de precedentes vinculantes permita sentar una determinada interpretación jurídica en busca de la seguridad jurídica y la uniformidad interpretativa. No le resta razón, por tanto, a Cardozo al indicar que dentro de la función judicial “uno de los intereses sociales más fundamentales es que el Derecho sea uniforme e imparcial. No debe haber nada en su acción que sepa a prejuicio o favor, ni aun a capricho arbitrario o antojo. En consecuencia, en primer término estará la adhesión al precedente”.²⁷

Visto ello, resta profundizar sobre la función de unidad al derecho como función inherente a una corte suprema contemporánea.

²⁵ Cardozo, Benjamin. La naturaleza de la función judicial. Trad. Eduardo Ponssa. Granada: Comares, 2004, p. 57.

²⁶ Brown, Jethro. Law and evolution. En: Yale Law Journal, 1920, Vol. 29, p. 394.

²⁷ Cardozo, *supra* n. 25, p. 57. En esa misma línea Taruffo advierte que “la modalidad con la cual se realiza la función de creación y evolución del derecho por parte de la corte suprema se hace, ciertamente, a través de la eficacia del precedente que se apareja a sus decisiones. Es tal eficacia, de hecho, que asigna a estas decisiones un valor que va más allá de la solución dada a la simple controversia y se proyecta al futuro”. Cfr. Taruffo, *supra* n. 19, p. 25. No obstante, resulta adecuado señalar “que no hay nada revolucionario o siquiera novedoso en este enfoque de la función judicial. Es la forma como se han manejado los tribunales durante siglos en el desarrollo del *common law*”. Cfr. Berolzheimer, Fritz. Modern legal philosophy series. London: The lawbook exchange. 2010, Vol. 9, pp. 167 y 168.

V. LA FUNCIÓN PROACTIVA DE LA CORTE SUPREMA: UNIDAD DEL DERECHO MEDIANTE EL PRECEDENTE

Como todo fenómeno lingüístico, el derecho es un conjunto de signos los cuales conllevan a diversas atribuciones de significados por parte de quienes los interpretan, es decir, de quienes operan con estos signos lingüísticos *jurídicos*. En ese sentido, ante la multiplicidad de interpretaciones o significados pasibles de ser extraídos de los documentos normativos, debe existir un medio o instrumento encargado de “concentrar el significado final en determinados contextos y de velar por su unidad”²⁸. Reafirmamos que es precisamente esta función la que debe detentar toda corte suprema, función que consistirá en dar unidad al derecho y atribuir un significado uniforme (interpretación unívoca) a partir del juzgamiento de casos concretos. Esta función, como ha sido denominada anteriormente de “proactiva”²⁹ o de “promozione della legalità”³⁰ está dirigida a orientar la adecuada interpretación y aplicación del Derecho, tanto para el aparato judicial, como para la sociedad civil, puesto que la función de tales cortes supremas es la de viabilizar la “clarification, unification and development of the law”.³¹

Concretamente, la obtención de la tan ansiada unidad del derecho depende de la actividad interpretativa de realizada por las cortes supremas. Esto equivale a decir que la corte suprema está destinada a definir, observar y hacer observar la interpretación producto a través de la debida utilización y aplicación las normas que rigen la interpretación actividad. De tal forma, sólo a través de esta última palabra dictada por la corte vértice (sea corte suprema o corte constitucional) es la forma cómo se viabilizará la justa interpretación del texto normativo, sea para definir el significado o para “desarrollarlo apropiadamente”.³²

Ahora bien, identificada la función de disipar las divergencias interpretativas por parte de la judicatura nacional, la función de la Corte Suprema supone una adhesión a la teoría de la interpretación jurídica que reconoce *la equivocidad potencial de todos los enunciados jurídicos*. Por lo tanto, la negativa de la adopción

²⁸ Wróblewski, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 255.

²⁹ Mitidiero, *supra* n. 24, p. 66.

³⁰ Taruffo, *supra* n. 19, p. 14. Registramos el disenso con el autor sobre la así dicha *promoción de la legalidad* como función de las cortes supremas, en la medida que la legalidad tiene una contextualización directa al sentido gramatical de una disposición normativa, p.e., ley. Por otro lado, se propone que la función sea una de *promoción de la juricidad* o de atribución de sentido jurídico a las disposiciones normativas.

³¹ Jolowicz, John Anthony. *The role of the Supreme Court at the national and international level*. En: Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). *The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki international colloquium*. Thessaloniki: Sakoulas Publications, 1998, p. 39.

³² Cfr. Mitidiero, *supra* n. 24, p. 68.

de las *ratios* sea por la propia corte vértice o por las cortes inferiores, constituye negación no sólo de la autoridad de la función de la corte –y de sus precedentes– sino que también supone desconocer a la corte como el órgano que tiene la última palabra respecto de la adecuada interpretación del Derecho.

Lo anteriormente fundamentado nos invita a afirmar que en este contexto, la regla del *stare decisis* es imprescindible para el adecuado funcionamiento del derecho y de todo el sistema de justicia. Le cabe la razón a MacCormick, por tanto, al señalar que “reconocer la fuerza vinculante del precedente no es una derivación de una norma de derecho positivo, sino una consecuencia directa del reconocimiento del carácter argumentativo de la interpretación jurídica”.³³

Ahora bien, si la nomofilaquia –clásicamente concebida– implicaba el cuidado o protección de la aplicación de la ley,³⁴ con el advenimiento de las nuevas teorías interpretativas y considerando la real función de las cortes supremas, resulta natural calificar a la nomofilaquia como *interpretativa*³⁵ lo cual, a su vez, determinará que el recurso que la activa (casación o recurso extraordinario) esté revestido por un interés de *jus constitutionis*, esto es, en el interés de la unidad del Derecho³⁶ y no por una finalidad integralmente privatista o un interés de *jus litigatoris*.

La función nomofiláctica interpretativa supone, evidentemente, una justificación para la fuerza vinculante del precedente. Siendo que el propósito de las cortes supremas, de acuerdo con Mitidiero es eliminar la equivocidad del derecho delante de determinado contexto fáctico normativo mediante la fijación de una interpretación, “es natural que la norma de ahí oriunda desempeñe un papel de guía para su interpretación futura”³⁷. De lo que se trata, por ende, es de que el precedente

³³ MacCormick, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 91.

³⁴ Función que a entender de Chiassoni, está contenida en una acepción “estricta” o “propia” que designa a la nomofilaquia como la función de custodia de la ley contra las rebeliones del juez de mérito, ejercida por un órgano supremo de legitimidad, como la Corte de Casación. Cfr. Chiassoni, *supra* n. 14, p. 427.

³⁵ Por otro lado, la alusión a la nomofilaquia como función dispuesta al cuidado de la unificación de la interpretación de los documentos normativos se encuentra contenida en una acepción “estricta pero no tradicional”. Cfr. Chiassoni, *supra* n. 14, p. 427.

³⁶ Taruffo, *supra* n. 1, p. 67. La nomofilaquia, bajo esta perspectiva, está destinada no al control de la decisión recurrida o al análisis de la justicia del caso concreto (función *dykeológica*) dado que la real función es la promoción de la unidad del derecho a través de la interpretación dada por la corte vértice y plasmada en un precedente vinculante. Desde la perspectiva comparada, se aprecia que a nivel de *common law* el recurso que permite el acceso a dichas cortes supremas no puede ser considerado como derecho subjetivo o como derecho a la impugnación. Es por tal razón que la admisión del *writ of certiorari* es realizada de forma discrecional y el dicha gracia jurisprudencial sólo se admite si hay una razón importante para que sea así. Inclusive el recurso de revisión en países como Alemania o Austria tienen un filtro discrecional de selección el cual procura que la corte suprema tan sólo admita a trámite dichos recursos si está presente la necesidad de promover el desarrollo del derecho o la *Fortbildung des Rechts*.

³⁷ Mitidiero, *supra* n. 24, p. 72.

vinculante actúe como un “estabilizador interpretativo”,³⁸ tal como lo entiende Damaska y ello sirva para que en algún grado de vinculatoriedad,³⁹ sea una razón de decidir a ser seguida por el resto de órganos judiciales. Sólo de tal forma el “derecho podrá adaptarse al cambio de las circunstancias y de las exigencias sociales, por medio de oportunas interpretaciones evolutivas e integraciones de lagunas”.⁴⁰

Como premisas conclusivas parciales, las decisiones de una corte suprema, por revelar el contenido indispensable para la regulación de la vida en sociedad, integran elementos al orden jurídico e interesan a toda la sociedad. Este interés no es coincidente con el interés privado de litigante de perseguir el mero control de legalidad o eliminación de las decisiones recurridas que contraviniesen la dicción del texto normativo. La función de una corte suprema que genera un desarrollo del derecho se proyecta a toda la sociedad y obligan –en cierta intensidad– a los tribunales de grado inferior por contener estas decisiones de la corte suprema un significado de lo que es el derecho.

VI. *BREAKING POINT*: INTELIGENCIA ARTIFICIAL E IMPACTO EN LA TEORÍA DEL DECISION MAKING PROCESS

Hoy en día el uso de la inteligencia artificial en los sistemas de justicia se da por la aplicación en la conducción de procedimientos y en la toma de decisiones.⁴¹ En lugar de predeterminar computadoras y programarlas para tareas repetitivas, se trata de hacer aprender a estos sistemas algún camino distinto para alcanzar resultados predefinidos.

A través del desarrollo de algoritmos inteligentes la ciencia de la computación ha incrementado la posibilidad de que dichos algoritmos no solo sigan instrucciones predeterminadas, sino que aprendan qué conducta o decisión tomar frente a

³⁸ Damaska, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 37, nota al pie n. 37.

³⁹ En ese sentido, y por la brevedad del trabajo ahora realizado, está fuera de nuestros alcances indagar o investigar sobre los grados de intensidad o vinculación de los precedentes vinculantes. Vale tener en consideración, no obstante, que inclusive el modelo teórico propuesto por el Bielefeld Kreis, ha sido refinado por Chiassoni al proponer una taxonomía compuesta por ocho sistemas ideales-típicos de relevancia formal del precedente-*rationes*. La construcción teórica del profesor genovés pasa por identificar ciertas deficiencias en el modelo propuesto por los *bielefelders* identificada en la carencia de distinción entre la relevancia formal y relevancia de facto de los precedentes vinculantes. Al respecto v. por todos, Chiassoni, Pierluigi. *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 235 y ss.

⁴⁰ Chiassoni, *ibid*, p. 237.

⁴¹ Wolkart, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. UERJ: Tesis de doctorado, 2018, pp. 673–681.

determinados casos. Los algoritmos aprendices o *learners* que utilizan la técnica del *machine learning* hacen predicciones sobre ciertos fenómenos y hasta desarrollan modelos o *worst or best scenario cases* a través de la reproducción de ciertos acontecimientos. Se tratan de algoritmos o sistemas que reciben un *feedback* sobre la precisión y eficiencia de resultados.

Estos sistemas han sido utilizados para crear decisiones judiciales en el proceso de *decision making*. El filtro o criterio utilizado pasa por analizar datos existentes de leyes, reglamentos, *precedentes* y puede dejar de extraer previsiones para resolver un determinado litigio. Esto aparentaría, *prima facie*, la innovación artificial o tecnológica en la capacidad de enseñar a razonar a un software. Así puestas las cosas, herramientas de procesamiento de *big data*, si es que son construidas adecuadamente, pueden ser de importante utilidad para determinar una decisión y prever el resultado correcto para una disputa judicial.

Nos preguntamos: ¿en qué medida todo lo escrito anteriormente sobre las funciones de la corte suprema en la creación de precedentes impacta con el uso de la inteligencia artificial?

El *breaking point* (o ¿*turning point*?) está en identificar que para el Poder Judicial, mecanismos como estos tienen espacio de aplicación en la fundamentación o construcción de las decisiones judiciales. *Softwares* pueden identificar las normas (leyes o precedentes) aplicables y producir decisiones listas para la firma o refrendo de los jueces. No obstante, esta forma o método de elaborar decisiones judiciales –inclusive a nivel de cortes supremas– supone o exige una gran cantidad de información que debe estar procesada. Es decir, *data bases* de leyes, reglamentos, doctrina, precedentes vinculantes y decisiones anteriores. Todo esto contribuirá a una labor automatizada de *comparación* de casos traídos a la corte suprema para la elaboración de una decisión tomada y creada por un sistema artificial. Lo curioso y extraño es que esta decisión sería artificial, casi virtual, y no conllevaría una dosis de argumentación o razonamiento de un intelecto humano –juez– como supone el normal desarrollo de la toma de decisiones en un escenario tan cambiante como es el derecho.

A. PRECEDENTES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DESVENTAJAS Y RIESGOS

Las nuevas tecnologías actualmente se utilizan para estructurar y crear bases de datos, registrando y haciendo el *upload* de información, sentencias y decisiones tomadas para que al momento de resolver un caso a nivel de corte suprema, el *software* pueda escoger el precedente a utilizar y aplicar en función del análisis del caso concreto.

Se afirma que el uso de estas tecnologías puede generar más seguridad, coherencia e igualdad al desestimular el litigio contrario a los fundamentos o interpretaciones sólidas y vinculantes tomadas por las cortes supremas. Sin duda, se trataría casi como

un *vending machine*, en donde una inteligencia artificial –*software*– entrega una decisión en función los datos que escoja (hechos del caso conflictivo) para, al final, entregar un producto o resultado a tal disputa.

Sin embargo, estas herramientas pueden traer consecuencias indeseadas siendo que al día de hoy existe gran resistencia a su uso y aplicación a nivel judicial.

En primer lugar cabe mencionar que los algoritmos pueden estar mal elaborados, mal formulados o haber sido alimentados de manera equivocada. Si los códigos-fuente o códigos-madre no fueren diseñados correctamente para la elección y toma de decisiones, podrían producir resultados contradictorios, equivocados y, por ende, injustos.⁴²

Otro elemento inevitable lo constituye el sesgo o el *bias* que puede existir en los programadores o los que alimentan estos algoritmos. Si son humanos los que programan y alimentan estas bases y softwares, resulta innegable que es posible que tal programación sea equivocada, falible y tenga un sesgo, preconcepción o criterio ilegal que podría reproducirse en una decisión. Tal parece que los *cognitive biases* podrían llevar a decisiones con pre-conceptos, pre-juzgamientos, todos ellos codificados en sistemas que la misma corte suprema podría aplicar al momento de generar la decisión a través del *software*.

Como si ello no fuese suficiente, es necesario mencionar que los sistemas y las inteligencias artificiales dispuestas para la creación y toma de decisiones pueden ser difusas, opacas o *encriptadas*. Ahora bien, bajo la lógica de que todo el nivel estatal de *governance* e impartición de justicia debe ser transparente, esto conllevaría, necesariamente, a que los *softwares* y algoritmos sean elementos de público conocimiento, no debiendo existir limitación a su publicidad. Esto puede colisionar y ser contradictorio con la propia lógica de sigilo al construir el algoritmo, alimentarlo y vaciar los datos en dichos programas.

Last but not least, creemos firmemente que inclusive en tiempos de *e-justice* y *e-process* deben existir garantías mínimas del debido proceso. Aquí radica nuestra principal preocupación en lo que respecta al uso de inteligencias artificiales en la toma de decisiones y aplicación de precedentes: la inexistencia de racionalidad, argumentación y razonabilidad en la construcción de una decisión.

B. *DUE E-PROCESS OF LAW*, INTERPRETACIÓN Y ACTIVIDAD ARTESANAL DEL OPERADOR JURÍDICO

La utilización de inteligencia artificial en la decisión y resolución de disputas podría traer un problema mayor. Existe un principio del debido proceso denominado

⁴² Do Passo Cabral, Antonio. Proceso y tecnología. Libro de ponencias del Congreso Internacional de Proceso y Constitución. Lima: Palestra, 2019.

juez natural o *juez predeterminado por ley*, mediante el cual se entiende que la ley atribuye a un juez, persona natural, elegido aleatoriamente para resolver un caso, la función de dar tutela a un caso conflictivo.

Esto permite concluir que el juez natural o predeterminado por ley es aquel juez competente que está llamado a resolver un conflicto a través de la creación del derecho por la interpretación y argumentación jurídica. Nos preguntamos: ¿qué espacio quedaría para este principio si el momento máximo o el clímax de la actividad jurisdiccional es la labor interpretativa y creacionista de una decisión?

De tal suerte, ¿el juez realiza la interpretación y adecuación al caso concreto de sus premisas y pruebas al disponer de un software mediante el cual, presionando *enter* pueda ver la resolución de la controversia?

Recordemos que el trabajo de interpretar un precedente responder a la necesidad de adecuar al caso concreto, de forma racional y pensante, las *rationes decidendi* de una decisión a un caso con cuestiones de hecho y de derecho análogas o idénticas. Si bien esta es una labor intelectual propia de un razonamiento inductivo o deductivo o subsuntivo, estas cualidades aún no han sido alcanzadas o mejoradas por ningún *software* o inteligencia artificial en la creación y toma de decisiones.

La decisión es consecuente a una etapa considerativa y de motivación de la decisión. Y esta labor es una expresión indeleble y única de la mente humana, porque se abstrae, deduce, induce, razona, adiciona variables y no realiza un mero trabajo automatizado como lo haría un *software*.

En un escenario comparado, Chiassoni⁴³ propone, de *jure conditio*, que en la motivación el juez debe: (a) indicar los motivos por los cuales ha considerado aplicable a una cierta *fattispecie* determinada disposición de ley o principio de derecho a preferencia de otro; (b) indicar por cuáles motivos ha atribuido un cierto significado a la disposición de ley empleada; (c) indicar por cuál motivo ha restringido o ampliado el ámbito de aplicación de un principio de derecho implícito; (d) indicar por cuáles motivos ha considerado no poder atribuir un cierto significado a una disposición de ley invocada por las partes; (e) indicar por cuáles motivos ha considerado que un determinado principio sea de derecho positivo; (f) indicar por cuál motivo ha considerado adherirse o no a un cierto precedente.

No nos detendremos en explicar o profundizar sobre los razonamientos justificativos o decisorios que comprende la motivación. Queremos hacer énfasis en lo que casualmente Chiassoni coloca como última deber de motivar para el juez: explicar por qué se adhirió o apartó de un precedente.

Para comenzar, de todo el arcabuz doctrinario que hemos puesto en análisis en los primeros ítems de este ensayo ha quedado establecido que la doctrina procesal civilística del *civil law* dio papel protagónico a la fuente del derecho *ley* frente a la

⁴³ Chiassoni, *supra* n. 14, p. 45.

jurisprudencia para que esta primera funja, exclusiva y excluyentemente como único insumo racional para construir lógicamente una sentencia. Sin embargo, ante la aparición del derecho jurisprudencial y la influencia del *common law* en el *civil law* en lo que respecta a *decision making*, el uso de precedente se ha visto ampliado por parte de las cortes supremas del *civil law*.

Sin mencionar que el juez debe extraer la *ratio decidendi*, interpretar los hechos y adecuarlos a la regla del precedente, este camino intelectual supone un alto grado de *artesanía* del operador jurídico al momento de elaborar una decisión. Si bien el *software* o cualquier elemento artificial puede asistir en esta toma de decisión, es impensable poder atribuir completamente la labor de decidir a una máquina o a un artefacto que no tiene discernimiento o razona por sí mismo. En esto radica nuestra principal crítica al uso de inteligencia artificial para crear decisiones a partir del uso de *softwares* que escojan precedentes vinculantes.

VII. CONCLUSIONES

Es imposible competir con máquinas. En muchos espacios o ámbitos la humanidad se impone frente a la artificialidad y, en otros espacios, las máquinas resultan más efectivas que la mano humana.

No obstante, coincidimos con Passo Cabral al afirmar que con el devenir del avance tecnológico, el profesional jurídico –abogado, fiscal, juez, etc.– será menos cantante y más compositor. Esto quiere decir que más que repetir una labor, el humano siempre estará llamado al derecho para crear contenido, creando una diferencia respecto de un trabajo mecanizado y automático.

Existe un espacio de labor humana e intelectual que las máquinas no podrán alcanzar, por no ser su naturaleza. En ese espacio recóndito de inteligencia natural, de abstracción, imaginación, creatividad es en donde existirá siempre la labor humana en el derecho, que no podrá ser suplantada por ninguna inteligencia que habite fuera de la mente humana.