

REPERCUSIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA EN LAS GARANTÍAS PROCESALES Y PENALES¹

ABSTRACT: En este trabajo de investigación planteamos los inconvenientes de habilitar ordenadores o robots programados con inteligencia artificial generativa, para actuar no como herramientas que complementan habilidades, sino que en lugar de los jueces. Finalmente, detectamos los peligros más graves de la tecnología IA de atentados contra nuestros derechos fundamentales, cuando es utilizada con fines perversos o dañinos.

Key words: Palabras clave: inteligencia artificial generativa – juez robot - juez natural – *deepfake* – principio de legalidad

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES POR LA IA. 3. PROBLEMAS PARA REEMPLAZAR A JUECES POR ROBOTS. 3.1. Garantía del juez natural. 3.2. Responsabilidad del cargo. 3.3. Arbitrariedad en la programación de los jueces robots. 3.4. Dificultad para identificar y resolver dilemas éticos. 3.5. Incapacidad para decidir argumentos de principios y colisiones de derechos fundamentales. 4. El lado oscuro de la inteligencia artificial. 5. Riesgos de sesgos, estereotipos, clasificaciones sospechosas y alucinaciones. 6. Imágenes falsas creadas utilizando IA generativa.

«...y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país...»

Carta Magna

I. INTRODUCCIÓN.

La inteligencia artificial «es la capacidad de un ordenador de hacer tareas que antes hacían seres inteligentes».² IA es una tecnología no biológica altamente sofisticada, que sirve de herramienta de optimización para el almacenamiento digitalizado y ordenado de la papelería y la simplificación de las actividades comerciales, empresariales e industriales, así como también la automatización de procesos operativos rutinarios y repetitivos, unido al aprendizaje automático de máquinas. Este *Machine Learning* «hoy corresponde a la rama más importante de la IA».³ El desafío al que nos convoca este trabajo de investigación, consiste en determinar en primer lugar,

¹ CARLOS GUTIÉRREZ MOYA, Juez de garantía titular del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago.

² VELASCO, Lucía, *¿Te va a sustituir un algoritmo? El futuro del trabajo en España*, colección El cuarto de las maravillas, Turner Publicaciones SL, Madrid, 2021, p. 22.

³ LUKACS DE PERENY, Milkos, *Neo entes. Tecnología y cambio antropológico en el siglo 21*, Legado Ediciones, Santiago de Chile, 2023, p. 116.

hasta qué punto estamos dispuestos a ceder nuestras capacidades humanas en el desempeño de la potestad jurisdiccional, en favor de la inteligencia artificial generativa. En segundo lugar, deseamos proponer cuáles serían los principios éticos que deberían regir el correcto uso de las nuevas tecnologías, con el propósito de evitar o reparar el causar daños injustos a terceros involucrados. A pesar de que la tecnología avanza con gran rapidez, podemos observar muchos obstáculos para que los robots dotados de inteligencia artificial puedan sustituir a los jueces, en el ejercicio de sus funciones públicas.

2. SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES POR LA IA

Estamos viviendo un avance vertiginoso de la inteligencia artificial, cuya tecnología aplicada a la industria, comercio y mercado laboral, nos sitúa en la «Cuarta Revolución Industrial».⁴ Es indiscutible que las decisiones basadas en megadatos (*Big Data*) son más rápidas y precisas, cuando las realiza la inteligencia artificial.⁵ Estas tareas incluyen procesos de toma de decisiones, razonamiento, percepción visual, intuición y articulación y comprensión de lenguaje, entre otras.⁶ Además, ya no hay dudas acerca de que «la utilización de la inteligencia artificial abarcará progresivamente la mayor parte de los ámbitos del quehacer humano, ya que con esta tecnología se podrá automatizar todo lo que es automatizable».⁷ Muchos trabajadores sufren de tecnofobia, temor de que sus aptitudes, capacidades y habilidades (abreviadas con la sigla ACHA) no sean suficientes para adaptarse a los nuevos requerimientos y condiciones laborales, de no ser reclutados y seleccionados, o miedo a la pérdida de sus empleos. SIGMAN y BILINKIS han formulado la siguiente pregunta: ¿Qué pasaría si más adelante, como ya ha ido pasando en terrenos puntuales, las máquinas alcanzan habilidades sobrehumanas en esa tarea? Estaríamos frente a un último escenario que podríamos llamar, valiéndonos del oxímoron, la «comoditización de lo extraordinario».⁸

Hablando desde una perspectiva tecnológica, las actividades laborales y profesionales que los robots podrán realizar, son francamente ilimitadas. Todo es cuestión del avance de la inteligencia artificial en los campos de la nanotecnología, biotecnología, informática, ciencias cognitivas y robótica. SADIN advierte que «lo que van a provocar las IA generativas no es una

⁴ SCHWAB, Klaus, *The Forth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Davos, 2016.

⁵ MITCHELL, Melanie, *Inteligencia artificial “Guía para seres pensantes”*, trad. de M.L. Rodríguez Tapia, Editorial Capitán Swing Libros, Madrid, 2024.

⁶ LUKACS DE PERENY, Milkos, *Neo entes. Tecnología y cambio antropológico en el siglo 21*, Legado Ediciones, Santiago de Chile, 2023, p. 114.

⁷ JODAL, Nicolás, “Más que resistencia, las empresas no saben para qué pueden usar la inteligencia artificial”, *Diario El Mercurio*, martes 25 de junio de 2024, Economía y negocios, p. B 11.

⁸ SIGMAN, Mariano y BILINKIS, Santiago, *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*, 2ª reimpresión, Debate, Santiago, 2024, p. 129.

supuesta complementariedad “hombre-máquina”, sino un huracán que arrasará un gran número de profesiones de alta calificación». ⁹ Las trabajos en que se desempeñan los profesionales no están a salvo del riesgo de reemplazo por la IA generativa.

En la actualidad, las profesiones ejercidas por programadores informáticos, periodistas, profesores, contadores e ingenieros, están en peligro inminente de ser reemplazadas por la IA, hasta desaparecer. La Organización Internacional del Trabajo ha dividido las competencias de los trabajadores en cuatro categorías: 1) Habilidades sociales y emocionales; 2) Habilidades cognitivas; 3) Habilidades para los trabajos verdes y 4) Habilidades digitales. ¹⁰ Al respecto, Lucía Velasco vislumbra que la sustitución de los trabajadores por algoritmos generados por IA será inevitable. En consecuencia, debemos estar preparados adecuadamente para que en el futuro mercado laboral, desarrollemos las habilidades que serán importantes, vale decir, capacidades, no títulos universitarios. ¹¹

3. PROBLEMAS PARA REEMPLAZAR A JUECES POR ROBOTS

SIGMAN y BILINKIS han concluido que estamos muy cerca de que llegue «el momento en el que una inteligencia pueda reformular su propia estructura neuronal, optimizar sus métodos de entrenamiento y mejorar su código. Esto desata una reacción en cadena, porque tanto logre sobrepasar, por un pequeño margen, la inteligencia humana, será mejor que nosotros diseñando inteligencias, incluida ella misma. Y esto ampliará más y más la brecha». ¹² No ha faltado quienes sostienen que los abogados podrán ser sustituidos por robots programados con inteligencia artificial generativa. ¹³ Jairo BENÍTEZ ya ha anunciado que «todos aquellos abogados que no tengan una marca personal serán reemplazados por la IA que puede revisar documentos legales, redactar contratos y realizar investigaciones jurídicas con una eficiencia superior a la humana, reduciendo costos y tiempo en el proceso legal». ¹⁴ Estos letrados androides podrían replicar comportamientos humanos, asesorar jurídicamente y defender ante los tribunales de justicia, en causas civiles y criminales a sus clientes, en un futuro no muy lejano. En todo caso, para que los algoritmos

⁹ SADIN, Éric, “IA generativas: La renuncia a nosotros mismos”, Entrevista en Diario El Mercurio, Domingo 5 de noviembre de 2023 Artes y Letras, p. B 11.

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2021): “El rápido crecimiento de la economía digital reclama una respuesta de política coherente”, comunicado de prensa. Disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_771927/lang--es/index.htm [consultado el 02/08/2024].

¹¹ VELASCO, Lucía, *¿Te va a sustituir un algoritmo? El futuro del trabajo en España*, colección El cuarto de las maravillas, Turner Publicaciones SL, Madrid, 2021, p. 92.

¹² SIGMAN, Mariano y BILINKIS, Santiago, *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*, 2ª reimpresión, Debate, Santiago, 2024, p. 197.

¹³ SUSSKIND, Richard, *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Service*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁴ BENÍTEZ, Jairo, «Las 5 profesiones que eliminará primero la inteligencia artificial», *Vídeo corto publicado en el muro Jairo Benítez en Facebook*, 2024.

impregnen por completo este entorno sociojurídico, las tecnologías de IA tendrían que llegar al punto en que un juez, o al menos algún tipo de sistema judicial sustituto, pudiera producirse de forma semi o totalmente autónoma utilizando análisis de *Big-Data*, y que éste pudiera actuar de forma independiente.¹⁵

Una ley podría autorizar a las universidades certificar que el androide cumple con todos los requisitos para ser licenciado en ciencias jurídicas y sociales, que puede prestar juramento de abogado y que está habilitado para ejercer dicha profesión

Los programas dotados de inteligencia artificial “puede servir mucho durante el proceso de creación de razonamiento judicial, pero no pensando en sustituir el factor humano y la decisión de un juez”.¹⁶ “la máquina no debe reemplazar al hombre, el que siempre tiene que fallar es un juez”. Maturana Miquel, Cristián, entrevista de la periodista Alejandra Zúñiga “Abogados valoran uso de la inteligencia artificial para fallos, pero sin que reemplace ponderación del juez”, Diario El Mercurio, sábado 4 de marzo de 2023, Nacional, p. C 7.

3.1. Garantía del juez natural

Un primer escollo para la IA generativa es que no está autorizada por la ley para ejercer la profesión de abogado. La exigencia de aprobar la carrera universitaria de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, hasta ahora, es únicamente posible para los estudiantes que son seres humanos. Los abogados pueden estar a salvo, por ahora, de ser sustituidos por las máquinas juristas que no pueden prestar el juramento o promesa para llegar a ser abogados. Tener el título de abogado es uno de los requisitos exigidos por el Código Orgánico de Tribunales, para poder aspirar a ser nombrado juez de la República de Chile.

Además, existe otro argumento que genera oposición contra el juez robot, que dice relación con los orígenes y fundamentos de la función judicial. El surgimiento histórico de la garantía del debido proceso legal y del juez natural predeterminado por la ley, supone que los jueces sean siempre magistraturas del género humano. A comienzos del siglo XIII, «la necesidad de mantener la paz había evolucionado a la necesidad de poner límites al poder monárquico para el cobro de impuestos».¹⁷ La Carta Magna pactada por el Rey Juan Sin Tierra con los barones ingleses, consagró la inviolabilidad del hogar frente a allanamientos arbitrarios por funcionarios públicos, la garantía de la propiedad privada y los principios del debido proceso. La Cláusula 39

¹⁵ MORISON, John y HARKENS, Adam, “¿Reingeniería de la justicia? Juez robot, tribunales informatizados y toma de decisiones (semi) automatizada”, Estudios jurídicos (2019), pp. 1-27, p. 24.

¹⁶ VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, entrevista de la periodista Alejandra Zúñiga “Abogados valoran uso de la inteligencia artificial para fallos, pero sin que reemplace ponderación del juez”, Diario El Mercurio, sábado 4 de marzo de 2023, Nacional, p. C 7.

¹⁷ SCHMIDTZ, David y BRENNAN, Jason, *Breve historia de la libertad*, trad. de S. Cifuentes Dowling, Fundación para el Progreso, Santiago, 2010, p. 118.

prohibió los arrestos y las prisiones carentes de legitimidad contra los barones del reino, y garantizó el derecho de los hombres libres a no ser despojados de sus derechos o posesiones, ni declarados fuera de la ley o exiliados, o privados de sus derechos a comparecer ante la justicia, ni se procederá con fuerza contra ellos ni se enviará a otros a hacerlo, excepto en virtud de un juzgamiento legítimo por sus iguales o según el derecho del territorio: «*Ningún hombre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país...*».¹⁸ Este principio protector de la libertad ambulatoria servirá más tarde para inspirar el establecimiento de la garantía del *habeas corpus*.¹⁹

El modelo axiológico medieval era estamental, bajo un poder eclesiástico fortísimo. Con todo, debieron transcurrir siglos para abrir paso a la idea de que «por derecho primigenio, todos los hombres son libres».²⁰ Siglos más tarde, la *Petition of Rights* de 1628, fue una Carta de petición de derechos que ratificó la Carta Magna, alcanzando su ámbito de aplicación a cualquier británico, en virtud del principio de igualdad ante la ley, «sea cual fuere su estado o condición»²¹ y, además, agregó el principio de legalidad tributaria, en virtud del cual el rey no podrá establecer impuestos sin el consentimiento del Parlamento.²²

En una sentencia dictada por nuestra Excma. Corte Suprema, ha sido destacada la contribución de la garantía del racional y justo procedimiento, establecida de la Carta Magna, con el propósito de salvaguardar bienes básicos:

«Que esta institución del Debido Proceso Legal emerge y se abre camino en el siglo XIII, cuando en el derecho anglosajón se aceptó incorporar normas en el derecho escrito -en la Carta Magna inglesa de 1215-, como un principio sustantivo fundamental informador de todo el ordenamiento jurídico, con el fin de precaver y proteger la vida, la libertad y las tierras de las personas, contra los actos de la autoridad, transformándose en válvulas reguladoras entre la libertad individual y las imposiciones de aquéllas».²³

¹⁸ PACHECO GÓMEZ, Máximo, *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p.6.

¹⁹ HOLDSWORTH, W. Sir, *A History of England Law*, vol. 2, 4ª ed., Merhuen/Sweet & Maxwell, Londres, 1936, p. 104.

²⁰ HERVADA, Javier, *Síntesis de historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 83.

²¹ HOLT, JC, *Magna Carta*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, p. 10.

²² BURTON ADAMS, George, *Constitutional history of England*, Henry Hold & Co., Nueva York, 1934, p. 293.

²³ CORTE SUPREMA, 8 de agosto de 2000, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de junio de 2000, Rol N° 136-2000. Desafuero del senador Augusto Pinochet Ugarte, Considerando 16° del voto disidente a la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que hizo lugar al desafuero. RDJGT, Tomo XCVII, N° 2 Mayo-Agosto, Año 2000, sección cuarta, pp. 157-224, p. 210.

El principal requisito legal para ser nombrado juez es tener la profesión de abogado, lo que supone ostentar la condición de organismo biológico humano. El juez robot no podría ser nombrado juez según la legislación vigente, por no cumplir el requisito legal básico de humanidad. Al no poder ser investido regularmente como una magistratura judicial, las actuaciones del robot constituirían vías de hecho y el ente cibernético devendría en una especie de comisión especial, contraria a la Constitución Política de la República: *«el artículo 19 N° 3 inciso 4 de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho al juez natural y prohíbe el ser juzgado por comisiones especiales, como denomina el Constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho»*.²⁴

El derecho a ser juzgado por sus pares, sus iguales, sea con sistema de jurado en el derecho anglosajón, o por jueces unipersonales y tribunales colegiados en el sistema continental, constituye una garantía procesal incuestionable, tanto en sus orígenes históricos como en su justificación ética y filosófica-política. El juez robot es algo ontológicamente distinto al ser humano, no es ni puede ser un juez predeterminado por la ley, por lo cual carece de mérito jurídico para conocer y resolver asuntos controvertidos.

3.2. Responsabilidad del cargo.

Los fabricantes de productor que pudieren causar la muerte, lesiones o enfermedades a los consumidores, y las profesiones fiduciarias de gran prestigio en la sociedad, como los médicos y los abogados, imponen asimismo deberes y responsabilidades legales, que fácilmente «el robot reemplazante puede evadir».²⁵ Esto acontece en razón de que el robot con IA generativa es una cosa material, un objeto físico autogobernable. Esta elusión genera otro problema importante, que es el siguiente: ¿qué hará un robot cuando las normas jurídicas tengan un sentido oscuro, sean vagas, imprecisas o contengan vacíos de regulación?²⁶ ¿Qué pasará cuando en lo porvenir el juez robot dicte sentencia contravinendo el texto expreso de la ley? ¿Podrá ser sujeto activo del delito de prevaricación? Según lo establecido en el artículo 79 de la Constitución Política de la República, rige a los jueces el principio de responsabilidad ministerial: *“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*. El principio de responsabilidad de los jueces es una garantía de imparcialidad y recta administración de justicia, que el robot judicial no ofrece ni podría cumplir.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol N° 184/84, sentencia de 7 de marzo de 1984, considerando 7° letra f).

²⁵ PASQUALE, Frank, «Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society», Revista Jurídica del estado de Ohio, Vol. 78:5 (2017), pp. 1243-1255, p. 1244.

²⁶ BALKIN, Jack M., «2016 Sidley Austin Distinguished Lecture on Big Data Law and Policy: The Three Law of Robotics in the Age of Big Data», Ohio State Law Journal, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1241, p. 1218.

Hoy en día claramente los robots no pueden cometer delitos de ninguna clase, porque únicamente las personas físicas tienen capacidad jurídica para perpetrarlos, y respecto de algunos delitos graves, las personas jurídicas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. En consecuencia, se requiere de normativa legal expresa para que los jueces andróides puedan ser culpables en calidad de autores, cómplices o encubridores, de algún crimen, simple delito o falta, que les pueda ser imputado por sus actos ilícitos de relevancia criminal cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas.

3.3. Arbitrariedad en la programación de los jueces robots

Otro problema se plantea tanto a nivel de la carencia de conciencia moral de la IA, como en el esquema conceptual metodológico de argumentación y fundamentación jurídica, que debieran utilizar los abogados, para los efectos de litigar ante los jueces, tribunales y Cortes que deben de conocer y decidir conflictos de intereses con relevancia jurídica (casos judiciales).

¿Cuál sistema ético, de creencias o escala de valores, debería aplicar el juez robot al momento del juzgamiento? ¿Acaso existe un criterio racional absoluto? En todo caso, el juez robot debe optar por una preferencia de lo que considera objetivamente correcto, por sobre el relativismo moral. ¿Es prudente dejar al robot que adopte esa decisión, o es preferible programarlo para que resuelva aplicando los valores, principios y escuela de pensamiento del Derecho de la persona que haya fabricado o configurado el *software* de su razonamiento jurídico?

Los sesgos en materia de género en perjuicio de las mujeres y de los miembros de la comunidad LGBTQ+, no desaparecen con la utilización de la inteligencia artificial. En efecto, las intromisiones de la privacidad que realizan los algoritmos digitales pueden afectar a cualquier persona. ARRIAGADA denuncia que «aunque la experiencia de las violaciones a la privacidad pueden ser técnicamente homogéneas, no son éticamente homogéneas».²⁷

Las partes de una disputa jurídica pueden escoger de común acuerdo, que ella sea resuelta por un árbitro o alguien que no sea funcionario público, independiente del Poder Judicial. Si fuera plausible la desjudicialización de algunas materias, del mismo modo que aprecia NOZICK, no vemos obstáculos para admitir al robot mediador en asuntos controvertidos que no comprometan el orden público:

«También un Estado podría abstenerse de intervenir en las disputas en que todas las partes involucradas escogen actuar por fuera del aparato del Estado. (Aunque es más difícil para las personas evitar, de manera limitada, al Estado, escogiendo algún otro procedimiento

²⁷ ARRIAGADA BRUNEAU, Gabriela, *Los sesgos del algoritmo. La importancia de diseñar una inteligencia artificial ética e inclusiva*, La Pollera Ediciones, Madrid, 2024, p. 61.

para resolver problemas particulares entre ellas, toda vez que este procedimiento de solución, y su recreación, podría involucrar áreas en las que no todas las partes interesadas se han apartado voluntariamente del interés del Estado.) Y ¿no debe (y tiene que) permitir cada Estado esta opción a sus ciudadanos?».²⁸

Sin embargo, los jueces deben contar con el título de abogado. El credencialismo judicial operaría en contra de la máquina con inteligencia artificial, favoreciendo a los jueces de carne y hueso. John MORISON y Adam HARKENS se oponen a la idea de robots y computadoras reemplacen a los jueces mediante la dictación de decisiones legales automatizadas. Su tesis central consiste en que debemos declarar un escepticismo inicial y fuerte de que la esencial naturaleza social del derecho pueda ser reproducida por máquinas sin importar cuán sofisticadas sean. Esto se debe a la complejidad de reproducir la actividad social esencial de impartir justicia.²⁹

3.4. Dificultad para identificar y resolver dilemas éticos.

Otro reparo hacia la magistratura cibernética es el criterio jurídico que emplearía para decidir conflictos de interés de relevancia jurídica. Un primer escollo en tratar de homogeneizar los resultados de la función adjudicataria de justicia, es la diferente concepción acerca de la naturaleza del derecho. Nos referimos a la clásica disputa entre los representantes de dos escuelas de pensamiento del derecho: los positivistas jurídicos y los iusnaturalistas.

John AUSTIN solía definir el derecho como mandatos bajo amenaza de sanción: «Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o varias personas más. Pero, a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga generalmente: actos u omisiones de cierta clase».³⁰ El derecho sería un sistema de normas jurídicas que prevén sanciones, penas y consecuencias desfavorables para quienes quebrantan lo ordenado o prohibido por ellas. En consecuencia, la justicia o la moralidad del contenido normativo no son consustanciales a la existencia, ni a la validez, de las reglas de conductas dictadas por el órgano estatal dotado de competencia jurídica.

Por el contrario, para la escuela del derecho natural, el derecho es un conjunto de normas justas. El problema radica en determinar cuál será la escuela de pensamiento de derecho que el programador de la inteligencia artificial generativa optará por introducir en el robot o la computadora. ¿Acaso será un positivista jurídico que aplique silogísticamente las normas

²⁸ NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, 2ª reimpresión, trad. de R. Tamayo y Salmerón, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 114.

²⁹ MORISON, John y HARKENS, Adam, «¿Reingeniería de la justicia? Juez robot, tribunales informatizados y toma de decisiones (semi) automatizada», *Estudios jurídicos* (2019), pp. 1-27, p. 2.

³⁰ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Burt Franklin, Nueva York, 1970, p. 15.

jurídicas, como si se tratara de reglas de todo o nada? O bien, ¿sería más razonable que el sentenciador digital pueda ser capaz de razonar sobre la base de principios jurídicos y criterios de justicia material básico. Analicemos el concepto de derecho del barón de MONTESQUIEU: «Antes que todas las leyes están las naturales, así llamadas porque se derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas bien, ha de considerarse al hombre antes de existir las sociedades. Las leyes que en tal estado rigieran para el hombre, ésas son las leyes de la Naturaleza».³¹ Los derechos individuales son el conjunto de inclinaciones personales que emanan de la naturaleza humana, de que está dotado cada individuo, en aras de procurar alcanzar el desarrollo de sus capacidades y posibilidades propias de la condición humana. De la ley de naturaleza humana fluyen los derechos subjetivos inalienables, las facultades de exigir reconocimiento y respeto. Los positivistas jurídicos cuestionan el alcance de la característica prescriptiva, que los iusnaturalistas atribuyen a la ley de naturaleza humana. Estos responden que la ley natural tiene efectos prescriptivos y alcances universales (*erga omnes*), porque son órdenes de realizar conductas obligatorias o prohibiciones de ejecutar comportamientos lesivos, dirigidos a los destinatarios de la norma. En el evento de que alguien no cumpla sus mandatos o no se abstenga de sus prohibiciones, solo demuestran que la norma de derecho natural es susceptible de ser quebrantada, mas su incumplimiento no implica probar su inexistencia. Las consecuencias jurídicas desfavorables de quebrantar un precepto o principio de derecho natural van, desde la desobediencia civil, hasta la revolución.

Hans KELSEN no estuvo de acuerdo con la existencia de un derecho natural de ningún tipo (helénico, escolástico, o racionalista), que define como «doctrina o ideología acerca del derecho positivo»: «De acuerdo con la doctrina del *ius naturale*, la norma de justicia es inmanente a la naturaleza –la naturaleza del hombre o de las cosas- y el hombre sólo puede captar, pero no crear o modificar dicha norma. La doctrina de que hablamos es una ilusión típica, debida a la objetivación de los intereses jurídicos».³² El Maestro de Viena reconoce solamente al derecho positivo como verdadero derecho. Sin embargo, admite que la teoría pura del derecho no puede asegurar que el intérprete pueda llegar a obtener una única respuesta correcta, ni puede siempre determinar el único significado posible de los preceptos que son objeto de la interpretación: «Ella reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalamiento de las *posibles significaciones* y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas

³¹ MONTESQUIEU, Charles Louis barón de, *Del espíritu de las leyes*, 11ª ed., trad. de N. Estévez y estudio preliminar de D. Moreno, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997, Libro I, Capítulo II, p. 4.

³² KELSEN; Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 5ª reimpresión, trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995, p. 57.

interpretaciones sea la correcta». ³³ Aquí observamos el problema de saber cuáles parámetros utilizará el programa del robot con IA generativa, a la hora de interpretar y aplicar el derecho al caso judicial concreto.

La adopción de posiciones acerca de la naturaleza del derecho es un acto muy humano, que requiere tener conciencia acerca de los valores y principios incorporados por el juzgador a su acervo sociocultural. Así las cosas, ¿es correcto que el programador del juez robot o de la corte computacional programe a la inteligencia artificial como partidaria del iusnaturalismo, o del positivismo jurídico? ¿Cuáles serían los criterios de la programación para tomar decisiones en uno u otro sentido?

La IA generativa tiene fortalezas de formular estrategia, táctica, planificación, tomar decisiones y ejecución precisa de sus tareas, especialmente tratándose de la aplicación a las ciencias exactas, tales como las matemáticas, la física y la química. Con todo, es difícil pensar en que un robot pueda identificar un problema ético y acto seguido tener el suficiente discernimiento moral, que permita reflexionar filosóficamente, identificando cuáles son las razones para adoptar una decisión que sirva para guiar moralmente nuestro comportamiento, en vez de elegir otra opción. La capacidad de reflexionar acerca de cuáles deben ser nuestras preferencias y actuar en consecuencia, siguiendo esos actos que son dignos de merecer su realización, es distintiva de la especie humana. Así, RAND explica que «un animal no tiene opción en cuanto al conocimiento o las habilidades que adquiere; puede sólo repetir las de generación en generación. Y un animal no tiene opción en cuanto al estándar de valor que rige sus acciones; sus sentidos le proporcionan un código de valores automático de lo que es bueno o malo para él, de lo que beneficia su vida y de lo que la pone en peligro». ³⁴ Guiar la conducta propia en base a una escala de valores y un sistema de principios prácticos de la razón, requiere de elecciones precisas y determinadas. ¿Cuáles serían los objetivos correctos que el robot dotado de inteligencia artificial debiera conseguir?

¿Cuál será el principio moral que regirá los actos de la máquina con IA generativa? ¿Acaso será la ley fundamental de la razón práctica o principio kantiano «obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer al mismo tiempo como principio de legislación universal»? ³⁵ O prevalecerá el principio utilitarista de «actuar siempre en beneficio de la mayoría o que cause la felicidad para el mayor número de personas»? BENTHAM postulaba el axioma fundamental de la ética utilitarista: «la mayor felicidad para el mayor número de personas». ³⁶ Este

³³ KELSEN; Hans, *¿Qué es la Teoría General del Derecho?*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontanamara, México, D.F., 1993, p. 29.

³⁴ RAND, Ayn, *La virtud del egoísmo*, trad. de D. García, Ediciones Deusto, Uruguay, 2023, p. 25.

³⁵ KANT, Immanuel, *Crítica a la Razón Práctica*, I, I, 7.

³⁶ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, T. Payne, and son, Londres, 1789, p. 6.

consecuencialismo benthamiano se opone a la ética deontológica de KANT y de RAND, según la cual «una acción no es buena ni mala por las consecuencias que genera sino por su adhesión a las reglas, principios y valores aplicables a este acto».³⁷

3.5. Incapacidad para decidir argumentos de principios y colisiones de derechos fundamentales

Otro punto débil de la inteligencia artificial generativa en la resolución de conflictos judiciales, es la incapacidad del robot para acomodar la idea de resistencia contra el ejercicio del poder. Problemas jurídicos prácticos podrían tener lugar en materias de objeción de conciencia, legítima defensa privilegiada y desobediencia civil. Acoger este clase de causas de justificación requiere poseer y explicitar una teoría moral que las favorezca o al menos sea compatible la posibilidad de tenerlas en consideración seria. De otro modo, la máquina podría no ser capaz de dar la respuesta jurídicamente correcta, o todavía peor, es posible que llegue a contradecirse.

El juez robot podría interpretar normas jurídicas con demasiado celo exegético, al extremo de ir más allá de lo razonablemente aceptable. No sería capaz de aplicar la equidad, o justicia en el caso concreto sometido a su decisión. Podríamos imaginar que un juez robot en materia laboral aplicaría la regla contenida en el artículo 2° del Código del Trabajo, que prohíbe discriminar arbitrariamente en el acceso al empleo a una persona con discapacidad. La inteligencia artificial no considerará el hecho de que «hay algunas circunstancias en las que puede justificarse tratar al discapacitado de modo diferente. Por ejemplo, nadie argumentaría seriamente que un ciego debe ser empleado como controlador de tráfico aéreo».³⁸ La Ley para Estadounidenses con Discapacidades, en inglés *Americans with Disabilities Act* (ADA de fecha 25 de julio de 1990), reconoce el «principio de amenaza directa» (*direct threat*).³⁹ El profesor LEDER enseña que «si tal riesgo está asociado con una discapacidad, el empleador puede negarse a contratar al candidato o a vincular al empleado en cuestión de otra manera a la discapacidad de manera desventajosa». Frente a situaciones en que un postulante a un trabajo durante el desempeño de las funciones de su contrato de trabajo, podría llegar a causar la muerte o lesiones o daños a terceras personas, el artículo 19 N° 16, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, es aplicable: «Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos». IRURETA ha entendido que «la capacidad es la aptitud o suficiencia para alguna cosa; la

³⁷ LUKACS DE PERENY, Milkos, *Neo entes. Tecnología y cambio antropológico en el siglo 21*, Legado Ediciones, Santiago de Chile, 2023, p. 57.

³⁸ RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral*, 6ª reimpression, trad. de G. Ortiz Millán, Fondo de Cultura Económica, 2022, p. 28.

³⁹ LEDER, Tobias, *Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung*, Duncken & Humblot, Berlin, 2006, p. 273.

idoneidad, por su parte, se concibe como la calidad de idóneo, que se refiere a aquél que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa». ⁴⁰ El descarte como candidato al empleo ofrecido en realidad no constituye una discriminación arbitraria e ilegal contra la persona que padece una discapacidad, cuando constituye una amenaza directa. Sin embargo, el «principio de amenaza directa» (*direct threat*) es una excepción a la regla que no está contenido en las leyes, pero es un criterio que permite concluir la carencia de «capacidad o idoneidad personal» del postulante que padece de impedimento visual para un cargo laboral que exige contar con visión en excelentes condiciones.

Sabido es que los computadores son programables mediante un formato de sistema de folios (*file-system format*), con un sistema operativo y programas de *software*. Dependiendo de la calidad de la información puesta en el computador, lo cual permite realizar procesos y operaciones creativas eficientemente:

«aunque la IA puede procesar grandes volúmenes de datos a una velocidad que los humanos no pueden igualar, todavía no puede tomar decisiones emocionales ni adaptarse a cambios repentinos en el entorno como sí lo hace una persona (...) La tecnología puede tener un buen desempeño en el reconocimiento de patrones o el procesamiento de datos a gran escala, aunque la flexibilidad cognitiva y emocional del humano es algo que las máquinas aún no pueden replicar». ⁴¹

A diferencia de la inteligencia artificial, los seres humanos poseemos una conciencia que orienta el sentido objetivo que nos permite distinguir entre el bien y el mal. Sin embargo, no todos están de acuerdo en que determinadas acciones sean universalmente aceptadas como buenas *per se* y ciertos fines correctos, y que otras acciones sean intrínsecamente perversas y fines, incorrectos. La inteligencia artificial puede ignorar la necesidad de cumplir la ley natural, por estimarla fantástica o superflua. Este razonamiento contrasta con la escuela de pensamiento del derecho natural, en el sentido de que resulta incoherente pensar que hay derechos humanos sin una ley natural, ya que no es posible concebir ni puede haber aquellos, sin reconocer este orden jurídico supralegal. Afirmar la existencia de derechos naturales supone, lógicamente, reconocer que hay un derecho natural que los contiene.

La ley natural humana tiene un origen intelectual, pues emana directamente del ejercicio correcto de la razón de las personas físicas. La razón práctica es capaz de captar los principios tendentes a hacer el bien y a evitar el mal. El primer principio de la razón práctica «hay que hacer el bien y hay que evitar el mal», del derecho natural, consiste en que frente a una situación

⁴⁰ IRURETA URIARTE, Pedro, *Constitución y orden público laboral, Análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena*, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 6, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006, pp. 86-87.

⁴¹ MONTECINO, Martín: “No sé si alguna vez los computadores van a estar al nivel de los humanos... diría que no”, entrevista de Martín Cifuentes Fuentes, 2 JUL 2024 02.02 PM, en www.latercera.cl

determinada, para evitar un mal, lo correcto y justo es hacer algo, o con el fin de no causar un daño, no se deben cometer actos perjudiciales que sean ilícitos en sí mismos, que amenacen o atenten contra la vida de un inocente, su salud, su libertad y sus bienes.

La idea de los derechos inalienables es difícilmente comprensible por una inteligencia artificial. ¿Cuál sería el fundamento moral de los derechos inalienables para el juez robot, enfrentado a un asunto controvertido relacionado con derechos individuales? Una objeción de conciencia o una libertad religiosa basada en la creencia en un Ser Divino, podrían ser entendidas por una máquina con IA como un «disparate sobre zancos», como decía en tono burlesco Jeremy BENTHAM, ya que no posee la capacidad natural de experimentar una conexión espiritual con la divinidad. Sin duda alguna el juez robot ordenaría una transfusión sanguínea forzada a un testigo de Jehová cuya vida está en riesgo, sin necesidad analizar la estructura lógica del derecho a la vida, asegurado en el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República. La pretensión o facultad perteneciente al titular del derecho, *versus* el deber jurídico de no agredir ni amenazar aquella existencia humana por terceros o extraños. Pues bien, al constatar en el caso concreto una amenaza a la existencia de un ser humano, es muy probable que el juez robot resolvería el caso constitucional sometido a su decisión en contra de los mejores intereses del titular del derecho fundamental a la vida humana independiente y a la libertad de conciencia y de religión. ¿Sería capaz un juez robot de detectar, que el derecho a la vida y la libertad de conciencia pertenecen a un mismo titular, y que no existe en el caso concreto una amenaza o perturbación proveniente de terceros o extraños?

Otros autores aprecian las ventajas de la justicia robotizada, que resultan indiscutibles, en el sentido de que eliminaría los sesgos, estereotipos y prejuicios de los jueces, la rapidez de resolución y el ahorro de tiempo y dinero.⁴² La doctrina especializada está conteste en que las nuevas tecnologías aplicadas al sistema de justicia, siempre deben procurar «preservar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos en este nuevo campo».⁴³ Cabe preguntarse en qué medida estos beneficios podrían afectar derechos fundamentales.

Sí, es posible utilizar herramientas de inteligencia artificial que ayuden a investigar materias y encontrar fundamentos para que, del razonamiento judicial resulte una motivación de superior nivel. Lo que no es éticamente aceptable es que el juez o tribunal delegue su función decisoria litis en el robot. La prohibición de delegar funciones de tareas que deban realizar personalmente los jueces está dirigida a otras personas, pero es extensible a las máquinas, debido a que se infringe el deber de la misma manera.

⁴² MORRISON, John y HARKENS, Adam, «¿Reingeniería de la justicia? Juez robot, tribunales informatizados y toma de decisiones (semi) automatizada», Estudios jurídicos (2019), pp. 1-27, p. 2.

⁴³ BENYEKHLEF, Karim y DUASO CALÉS, Rosario, «Una nueva realidad: Innovación tecnológica, derechos y ciberjusticia», en Moisés Barrios ANDRÉS (dir), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2023, pp. 725-752.

KURZWEIL vaticina que en el año 2045, la especie humana se fusionará con la biotecnología, la nanotecnología, la robótica y la inteligencia artificial, que resume en el concepto de singularidad: «Entenderemos completamente el pensamiento humano y expandiremos y extenderemos significativamente su poder. Al final de este siglo, la parte no biológica de nuestra inteligencia será trillones de trillones de veces más poderosa que la inteligencia humana común».⁴⁴ Quizás los jueces seguirán siendo seres humanos en el siglo XXI, pero nada impediría que pudieran utilizar un chip cerebral para aumentar sus potencialidades, creando una relación indisoluble entre el razonamiento humano y la aplicación inserta de la inteligencia artificial.

4. El lado oscuro de la inteligencia artificial

«Después de esto miraba yo en las visiones de la noche, y he aquí la cuarta bestia, espantosa y terrible, y en gran manera fuerte, la cual tenía unos dientes grandes de hierro; devoraba y desmenuzaba, y las sobras hollaba con sus pies, y era muy diferente de todas las bestias que vi antes de ella, y tenía diez cuernos» (Daniel 7:7)⁴⁵.

Todos estamos impresionados con la capacidad tecnológica de la inteligencia artificial, en lo avanzada que está para redactar ensayos, dibujar imágenes estáticas, proyectar escenas dinámicas, en la fluidez de la comunicación y cuando realiza trabajos requeridos con gran precisión. Es muy valiosa cuando es empleada en cuanto plataforma para analizar, debatir y difundir temáticas académicas, desarrollar oportunidades artísticas y conseguir desafíos de emprendimientos de negocios.

El Foro Económico Mundial recomendó que la inteligencia artificial debe ser desarrollada y utilizada de manera ética para evitar sesgos y asegurar la equidad. El gerente general corporativo de Caja Los Andes, Nelson ROJAS, manifestó que «es crucial que desarrollemos marcos éticos robustos para guiar el uso de la IA en el entorno laboral».⁴⁶ Con todo, existe un lado oscuro de la inteligencia artificial generativa, que va más allá de las «alucinaciones» o procesamiento de datos erróneos o de información falsa.⁴⁷ Nos referimos a las situaciones en que la IA es usada torcidamente para lograr fines perversos y destructivos. Lamentablemente, los

⁴⁴ KURZWEIL, Raymond, *The Age of Spiritual Machines: When Computers Exceed Human Intelligence*, Viking, Londres, 1999, p. 25.

⁴⁵ SAGRADA BIBLIA, Reina-Valera 1960, Sociedades Bíblicas Unidas, Corea del Sur, 2021.

⁴⁶ ROJAS, Nelson, «Transformación de la fuerza laboral: El impacto de la inteligencia artificial», extracto de ponencias expuestas en el Seminario convocado por Caja Los Andes con fecha 29 de julio de 2024 en Santiago de Chile, Diario El Mercurio, martes 30 de junio de 2024, Suplemento Finanzas & Tecnología, p. 9.

⁴⁷ BALKIN, Jack M., «Las Tres Leyes de la Robótica en la era del Big-Data», Revista Jurídica del estado de Ohio, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1255, p. 1239.

algoritmos de búsqueda de datos personales y sobre selección de información íntima, son potencialmente invasores de los rincones más hondos de nuestro derecho a la vida privada.

5. Riesgos de sesgos, estereotipos, clasificaciones sospechosas y alucinaciones

Asimismo, los algoritmos de clasificación de las personas físicas, podrían conducir a resultados de discriminación arbitraria o desigualdades inaceptables. Por ejemplo, con ocasión de una evaluación de riesgos o una clasificación de personas potencialmente peligrosas, «la empresa que emplea el algoritmo le niega a usted oportunidades que ofrece a otros (una tarjeta de crédito, un préstamo, una oportunidad de empleo, un ascenso); o le impone costes especiales (susceptibilidad de ser detenido y cacheado, vigilancia, precios más elevados, exclusión de la tenencia de armas o del acceso al transporte aéreo, etc.) que no impone a otras personas». Esta política empresarial selectiva contraviene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, del cual son titulares los consumidores y usuarios.

ARRIAGADA llega a la conclusión de que «las dimensiones de la privacidad en el mundo de la IA cuestionan cómo un modelo algorítmico puede traspasar ciertas barreras y generar discriminaciones o falta de transparencia».⁴⁸ El principio de derecho natural *alterum non laedere* formulado por ULPIANO, puede resultar decisivo a la hora de establecer un límite ético y jurídico a la utilización de los algoritmos, en razón a que «está socialmente injustificado usar las capacidades computacionales para externalizar costos en terceros inocentes».⁴⁹ En el Capítulo 2 Del estado de naturaleza, parágrafo 10, de su Segundo Tratado sobre el gobierno civil, LOCKE interpreta el principio de no agresión mediante el siguiente axioma: La Ley de Naturaleza es «*la recta norma de la razón, los principios de la naturaleza humana, que obliga a conservar toda la humanidad y a no dañar injustamente a otros (...) Siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones*»⁵⁰.

Los riesgos del mal uso de la tecnología IA son: Daños a la reputación; Discriminación; Normalización y Reguimentación; Manipulación; Carencia de Debido proceso legal/transparencia/interpretación.⁵¹

Frente a estos problemas, el profesor BALKIN ha dado la alerta denunciando que «los algoritmos construyen identidades y reputación a través de la asignación de clasificación y riesgo,

⁴⁸ ARRIAGADA BRUNEAU, Gabriela, *Los sesgos del algoritmo. La importancia de diseñar una inteligencia artificial ética e inclusiva*, La Pollera Ediciones, Madrid, 2024, p. 61.

⁴⁹ BALKIN, Jack M., «2016 Sidley Austin Distinguished Lecture on Big Data Law and Policy: The Three Law of Robotics in the Age of Big Data», *Ohio State Law Journal*, Vol. 78:5, pp. 1217-1241, p. 1233.

⁵⁰ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 38.

⁵¹ BALKIN, Jack M., «2016 Sidley Austin Distinguished Lecture on Big-Data Law and Policy: The Three Law of Robotics in the Age of Big Data», *Ohio State Law Journal*, Vol. 78:5, pp. 1217-1241, p. 1238-1239.

creando la oportunidad para discriminar, normalizar, manipular, sin una adecuada transparencia, rendición de cuentas, monitoreo y debido proceso.⁵² «Un algoritmo es un conjunto metódico de pasos que pueden emplearse para hacer cálculos, resolver problemas y alcanzar decisiones. Un algoritmo no es un cálculo concreto, sino el método que se sigue cuando se hace el cálculo».⁵³

«En la Sociedad Algorítmica, el problema central de la regulación no es el algoritmo, sino los seres humanos que los utilizan, y quienes permiten a ellos gobernarse por ellos. La gobernanza de los algoritmos es la gobernanza de los seres humanos usando personas físicas usando una tecnología particular de análisis de la toma de decisiones. En consecuencia nuestra necesidad no es para las leyes dirigidas hacia los robots como las tres leyes de la robótica de Asimov, sino las leyes dirigidas a aquellos que usan los robots para analizar, controlar y ejercer poder sobre los seres humanos».⁵⁴

Si se permite a la IA recolectar información acerca de nuestros datos sensibles, de manera autónoma e indiscriminada, surge el peligro de que las corporaciones tecnológicas y el Estado puedan controlar los ámbitos más íntimos de la población. Esto conduciría inexorablemente a reducir a los seres humanos a un estado muy fácil de dominar, a una manifestación de la esclavitud. Nuestras enfermedades y defectos podrían ser expuestos al morbo o a los chantajistas. Por ejemplo, cuando la IA fisgonea y revela información de la vida privada de personas no sujetas a una investigación penal o tributaria. Quedaríamos expuestos a ser discriminados arbitrariamente en razón de nuestras cualidades biológicas desaventajadas y defectos genéticos.

Las medidas de televigilancia y grabación de imágenes para fines de seguridad ciudadana son aceptables y necesarias, en la medida que se utilicen para prevenir y probar la comisión de delitos, junto con identificar a sus autores ejecutores y cómplices. No obstante lo anterior, el reconocimiento facial para fines de control de trabajadores dependientes en las empresas resulta invasivo al derecho a la vida privada de los afectados.⁵⁵

En otro orden de ideas, la IA generativa con algoritmos y dataísmo pueden sustraer, recopilar y procesar información sensible de las personas físicas (*hacking*), crear información falsa (*deepfake*) y elaborar imágenes, sin permiso o contra la voluntad de las personas afectadas.

⁵² BALKIN, Jack M., «Las Tres Leyes de la Robótica en la era del Big-Data», Revista Jurídica del Estado de Ohio, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1255, p. 1239, n. p. 1239.

⁵³ HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, 15ª edición, trad. de J. Ros, Debate, Santiago, 2016, p. 100.

⁵⁴ BALKIN, Jack M., «2016 Sidley Austin Distinguished Lecture on Big-Data Law and Policy: The Three Law of Robotics in the Age of Big Data», Ohio State Law Journal, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1241, p. 1221.

⁵⁵ CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SOTO, Karina, «Reconocimiento facial, ética e inteligencia artificial», en Michelle Azuaje Pineda (coord.), *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, Editorial La Ley, Madrid, 2023.

Existe un interés público en proteger a las personas de falsedades propagadas a través de medios digitales. Al respecto, Kai-Fu LEE y Chen QIUFAN, sugieren que el Poder Legislativo debería establecer penas altas para quienes utilicen *deepfakes* sobre suplantación de identidad de actores políticos, simulaciones de actos y desinformación masiva, cuando sean difundidas de manera maliciosa, por cuanto sus efectos negativos son perjudiciales e imprevisibles.⁵⁶ Estos problemas no son hipotéticos. Ya están aconteciendo en el mundo real. Y están causando graves consecuencias en perjuicio de los derechos fundamentales de terceros inocentes.

6. Imágenes falsas creadas utilizando IA generativa

Durante el mes de febrero del año 2024, un grupo de seis alumnos varones del colegio *Saint George's* utilizaron un programa de inteligencia artificial generativa, con el propósito de divertirse, publicando en las redes sociales los rostros de sus compañeras de curso mostrando cuerpos desnudos ficticios, vale decir, que no pertenecían a ellas. «Eso ya tiene nombre: *deepfake*. Se suplantán fotos, videos y audios que parecen reales pero son engaños. Se pegotea una cara a un cuerpo, sin que nadie se dé cuenta».⁵⁷

Los comentarios sexistas en las redes sociales fueron muy vejatorios hacia las niñas que fueron involucradas injustamente, quienes sufrieron perturbación en sus integridades psíquicas. Los padres de las adolescentes afectadas presentaron un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, contra el *Saint George's College*, denunciado como una omisión arbitraria e ilegal el no haber activado el protocolo de sexualidad, solicitando la expulsión inmediata de los alumnos agresores digitales⁵⁸ y, finalmente, se ordenara la eliminación de las fotografías de todas las redes sociales.

NÚÑEZ LEIVA ha analizado el caso *deepfake*, sugiriendo que «lo importante en estos casos es procurar un pronto restablecimiento del imperio del Derecho y brindar la debida protección a la persona afectada. Para ello el artículo 20 de la Constitución dota de amplias facultades al tribunal ante el que se interpone esta acción».⁵⁹ La Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago nos ilustró la forma, en virtud de la cual, un recurso de protección resultó ser una acción procesal

⁵⁶ LEE, Kai-Fu y QIUFAN, Chen, *AI 2041, Ten Visions for Our Future*, trad. Random House Penguin, Editorial Bantam Dell, Nueva York, 2021.

⁵⁷ IRARRÁZABAL, Felipe, «“Deepfake” y la generación ansiosa», Análisis en El Mercurio, domingo 16 de junio de 2024, Economía y negocios, p. B 13.

⁵⁸ INFINITA TE EXPLICA, *Escándalo en el Colegio Saint George: ¿Qué se sabe hasta el momento?* 24 de mayo de 2024.

⁵⁹ NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio, *Desnudos con IA en Colegio Saint George: el recurso de protección ante las deepfakes*, por Tu voz, 10 de junio 2024 / 15/09 en Radio Bio-Bio, disponible en <https://www.biobiochile.cl> [consultado por última vez con fecha 09/08/2024]

idónea para salvaguardar la integridad psíquica y la vida privada, de las estudiantes que fueron humilladas por sus compañeros de curso utilizando la IA generativa, desbordando límites éticos y jurídicos de manera inaceptable.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección. Declaró que el recurrido *Saint George's College* “*incurrió en un acto ilegal y arbitrario, al establecer la condicionalidad de la matrícula, en vez de la cancelación*”⁶⁰ y ordenó la cancelación de la matrícula para el año 2025 de los estudiantes que utilizaron inteligencia artificial para adulterar fotografías de sus compañeras para que diera la impresión de que estaban desnudas. Esta decisión no fue impugnada mediante un recurso de apelación por la parte agraviada *colegio Saint George's*, por lo que la sentencia definitiva quedó ejecutoriada.

La conducta denunciada es penalmente atípica, en razón a que los cuerpos desnudos de las muchachas no fueron filmados ni fotografiados. Los autores simularon digitalmente cómo se verían ellas sin ropa. La Fiscal Regional Metropolitana Oriente, Lorena Parra, designó al fiscal de Género, Felipe Cembrano, para dirigir la investigación criminal de los hechos que podrían configurar tratos degradantes a menores de edad y distribución de material pornográfico infantil.

El artículo 374 bis del Código Penal, establece la siguiente conducta punible: «*El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo*».

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en grado medio».

El Título VII Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, párrafo 8. De los ultrajes públicos a las buenas costumbres. El *deepfake* o viralización por internet de imágenes falsas, no en encuadrable vía subsunción en el tipo penal transcrito, puesto que los cuerpos desnudos reales de las niñas no fueron utilizados como instrumentos de las fotografías falsas, lo que constituye una ausencia de un elemento objetivo descriptivo del tipo penal, que no puede faltar a la hora de tener por acreditada la existencia del hecho punible.⁶¹

⁶⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Recurso de protección «Apoderados con *Saint George's College*», 17 de agosto de 2024.

⁶¹ MEGANOTICIAS “Escándalo en colegio Saint George: el mal uso de la inteligencia artificial”, video publicado en YouTube 24 may 2024.

La Revolución Francesa puso fin a la arbitrariedad y abuso de poder de los jueces, quienes eran nobles con privilegios, muchos de ellos fueron condenados por tribunales revolucionarios a morir decapitados en la guillotina, salvo el juez Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, quien en su célebre obra *«Del Espíritu de las Leyes»* ha distinguido las tres funciones públicas mínimas del poder del Estado: *«puissance législative, puissance executrice et puissance de juger»* (la potestad legislativa, la potestad ejecutiva y la potestad judicial). La “separación de poderes” es una necesidad imperiosa para proteger la libertad política de los ciudadanos frente al poder despótico personificado en el monarca absoluto del Reino de Francia. *«Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad... No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor»*.⁶²

Los jueces y los tribunales deben limitarse a aplicar las leyes vigentes, pues son éstas, y no aquéllos, las que dan una verdadera garantía de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, gracias a sus cualidades intrínsecas de generalidad y de abstracción: *«Los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras del legislador...»* (MONTESQUIEU). Chile tiene un ordenamiento jurídico de base continental, en el cual los jueces y tribunales deben limitarse a aplicar la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. No existe en Chile el *stare decisis* o regla del precedente judicial que obligue al juez o a un tribunal a desaplicar en un caso concreto un precepto legal vigente, como pretende concluir la Defensa. Para estos efectos, debe ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional. El artículo 3° del Código Civil es categórico: *«Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronunciaren»*.

El principio de legalidad protege a todos y cada uno de los ciudadanos frente al poder arbitrario del juez o tribunal. Una de las manifestaciones de este principio penal liberal clásico consiste en prohibir al juez o tribunal aplicar la ley penal mediante analogía *in malam partem*. La analogía en perjuicio del reo «supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal».⁶³ En este orden de ideas, «una aplicación del Derecho penal que exceda el tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una

⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Del Espíritu de las Leyes*, 1ª ed. en francés 1748, trad. N. Estévez, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 104).

⁶³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2012, p. 115.

interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma». ⁶⁴

El caso colegio *Saint George's* nos demuestra que el Derecho Penal chileno no ha sido adaptado a la era de la Inteligencia Artificial, con todo el potencial dañino que personas inescrupulosas pueden usar esta tecnología digital de mala manera. Hace falta una legislación sobre ciberseguridad y delitos cometidos utilizando la inteligencia artificial.

«Además, las leyes “protectoras” entran en la categoría de las leyes preventivas. Los empresarios son sometidos a la coerción del Estado antes de la comisión de cualquier delito. En una economía libre, el Estado puede intervenir sólo cuando se ha perpetrado un fraude o se ha cometido algún perjuicio demostrable contra un consumidor; en tales casos, la única protección que se necesita es la del derecho penal». ⁶⁵

Los peligros de la inteligencia artificial generativa, cuando se desprecia la empatía y el respeto por las demás personas, se desarrolla más rápidamente que la normativa sancionatoria. Y lo que es peor, en el futuro las máquinas dotadas de IA generativa podrán ejecutar acciones invasivas de la privacidad de los usuarios de las redes sociales a través de internet, resultando difícil el pesquisar quiénes están sacando provecho de estas actividades lesivas a los derechos fundamentales de los afectados.

CONCLUSIONES

La idea de reemplazar a los jueces por robots subestima la importancia de la naturaleza humana, al no haber comprendido la problemática ética de la resolución de conflictos de relevancia jurídica. Se afirma con liviandad que los robots eliminarán los sesgos humanos y que impartirán un tratamiento igualitario a todas las personas sometidas a juicio. Pues bien, si la IA generativa llegare a ser tan parecida al razonamiento humano, nada impediría al robot el clasificar a los individuos mediante estereotipos.

Asimismo, la primera regla de igualdad ordena dar un tratamiento igual cuando no exista una razón suficiente para dar un tratamiento desigual, la segunda regla ordena dar un tratamiento desigual cuando no exista una razón para dar un tratamiento igualitario. El silogismo jurídico parece fácil de ser tratado por el robot. Pero el razonamiento en base a los argumentos de

⁶⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general* Tomo I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, trad. de D-M Luzón Peña *et alii*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 149-150.

⁶⁵ RAND, Ayn, *Capitalismo: El ideal desconocido*, trad. de V. Puertollano, Ediciones Deusto, 2022, p. 155.

principios y los aforismos jurídicos, requieren de un entendimiento de los valores en conflicto, que la máquina no puede resolver con adecuación a la complejidad de las relaciones entre personas en una sociedad. Sin límites éticos la IA podría carecería de escrúpulos y valores mínimos, otorgando un tratamiento injusto a alguna de las partes en un proceso.

Y aún asumiendo que en un futuro próximo, el juez robot dotado de IA generativa podrá razonar y decidir idénticamente como lo realiza un ser humano, nada nos podrá asegurar que imitaría los mismos vicios e incorrecciones en que incurrimos las personas. Se reprocha que algunos jueces razonan sobre la base de sesgos, estereotipos que discriminan a ciertos grupos de la sociedad. Sin embargo, el algoritmo por definición es un proceso o método de selección de información o clasificación de personas, cosas, hechos e ideas. ¿Quién podría garantizar que el juez robot no adoptará jamás decisiones discriminatorias?

La sustitución de abogados y jueces por robots expertos en derecho es plausible desde un punto de vista tecnológico. Los letrados y la judicatura se han beneficiado con el aprendizaje y uso correcto de la IA generativa, en aras de optimizar la calidad del servicio prestado y sus proyectos digitales, apoyándose en bases jurisprudenciales y navegadores de información. Con todo, el reemplazo de los jueces humanos por inteligencia artificial generativa no es recomendable, por muchas razones. Además, las sentencias definitivas no debieran ser redactadas por un androide ayudante de magistrado, ChatGPT u otro semejante, porque tal delegación sería una renuncia a la potestad jurisdiccional y los deberes ministeriales, de los jueces de un Estado democrático de derecho, lo que es prohibido por la Constitución y las leyes vigentes.

Las amenazas y ataques a los derechos fundamentales generados por la inteligencia artificial son una realidad. Compete a nuestro Congreso Nacional actuar de manera más perspicaz, anticipándose a esta clase de conductas que lesionan bienes jurídicos significativos, con miras a discutir y aprobar leyes sobre ciberseguridad y tipificación de ciberdelitos con penas ejemplificadoras.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIAGADA BRUNEAU, Gabriela, *Los sesgos del algoritmo. La importancia de diseñar una inteligencia artificial ética e inclusiva*, La Pollera Ediciones, Madrid, 2024.

AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Burt Franklin, Nueva York, 1970, p. 15.

BALKIN, Jack M., «2016 Sidley Austin Distinguished Lecture on Big Data Law and Policy: The Three Law of Robotics in the Age of Big Data», *Ohio State Law Journal*, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1241.

BALKIN, Jack M., «Las Tres Leyes de la Robótica en la era del Big-Data», *Revista Jurídica del estado de Ohio*, Vol. 78:5 (2017), pp. 1217-1255.

BARRÍA, Cristián, entrevista de Janina Marcano, «El lado oscuro de ChatGPT: expertos alertan que facilita el cibercrimen y podría acelerarlo», *El Mercurio*, domingo 2 de abril de 2023, Vida-Ciencia- Tecnología, p. A 15.

BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*, Londres, 1796.

BENYEKHLIF, Karim y DUASO CALÉS, Rosario, «Una nueva realidad: Innovación tecnológica, derechos y ciberjusticia», en Moisés Barrios ANDRÉS (dir), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2023, pp. 725-752.

BURTON ADAMS, George, *Constitutional history of England*, Henry Hold & Co., Nueva York, 1934.

CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SOTO, Karina, «Reconocimiento facial, ética e inteligencia artificial», en Michelle Azuaje Pineda (coord.), *Introducción a la ética y el derecho de la inteligencia artificial*, Editorial La Ley, Madrid, 2023.

HARARI, Yuval Noah, *Reboot for the AI Revolution*, *Nature*, 550 (7676), pp. 324-327, 2017.

HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, 15ª edición, trad. de J. Ros, Debate, Santiago, 2016.

HERVADA, Javier, *Síntesis de historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 2007.

HOLDSWORTH, W. Sir, *A History of England Law*, vol. 2, 4ª ed., Merhuen/Sweet & Maxwell, Londres, 1936.

IRURETA URIARTE, Pedro, *Constitución y orden público laboral, Análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución Chilena*, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 6, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006.

KELSEN; Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 5ª reimpresión, trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995.

KELSEN; Hans, *¿Qué es la Teoría General del Derecho?*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontanamara, México, D.F., 1993.

KURZWEIL, Raymond, *The Age of Spiritual Machines: When Computers Exceed Human Intelligence*, Viking, Londres, 1999.

KURZWEIL, Raymond, *The Singularity is Nearer: When We Merge with AI*, Penguin Books, Nueva York, 2024.

LEDER, Tobias, *Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung*, Duncken & Humblot, Berlín, 2006.

LEE, Kai-Fu y QIUFAN, Chen, *AI 2041, Ten Visions for Our Future*, trad. Random House Penguin, Editorial Bantam Dell, Nueva York, 2021.

LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

LUKACS DE PERENY, Milkos, *Neo entes. Tecnología y cambio antropológico en el siglo 21*, Legado Ediciones, Santiago de Chile, 2023.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2012.

MITCHELL, Melanie, *Inteligencia artificial “Guía para seres pensantes”*, trad. de M.L. Rodríguez Tapia, Editorial Capitán Swing Libros, Madrid, 2024.

MONTECINO, Martín: «No sé si alguna vez los computadores van a estar al nivel de los humanos... diría que no», entrevista de Martín Cifuentes Fuentes», 2 JUL 2024 02.02 PM, en www.latercera.cl

MONTESQUIEU, Charles Louis barón de, *Del espíritu de las leyes*, 11ª ed., trad. de N. Estévanez y estudio preliminar de D. Moreno, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997.

MORISON, John y HARKENS, Adam, «¿Reingeniería de la justicia? Juez robot, tribunales informatizados y toma de decisiones (semi) automatizada», *Estudios jurídicos* (2019), pp. 1-27, p. 24.

MUSK, Elon, «Elon Musk Worries that A.I. will Create an “Inmortal Dictator”», Entrevista de Live Science, News by Brandon Spektor, publish april 6th, 2018.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, 2ª reimpression, trad. de R. Tamayo y Salmerón, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 114.

NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio, *Desnudos con IA en Colegio Saint George: el recurso de protección ante las deepfakes*, por Tu voz, 10 de junio 2024 / 15/09 en Radio Bio-Bio, disponible en <https://www.biobiochile.cl> [consultado por última vez con fecha 09/08/2024]

PACHECO GÓMEZ, Máximo, *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

PASQUALE, Frank, «Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility», and Explainability in an Algorithmic Society, *Revista Jurídica del estado de Ohio*, Vol. 78:5 (2017), pp. 1243-1255.

QUIROZ Jorge, “El boom accionario de inteligencia artificial: ¿Big Bang o manía?”, *Análisis en Diario El Mercurio*, Domingo 9 de junio de 2023, Economía y Negocios, p. B 11.

Revista MUY INTERESANTE Año XXIX No 29 / Junio 2012, “Informática: Centenario de Alan Turing, señor de las máquinas pensantes», Televisa Publishing Internatinal Edición Chile, Santiago, 2012, pp. 30-33.

RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral*, 6ª reimpresión, trad. de G. Ortiz Millán, Fondo de Cultura Económica, 2022.

RAND, Ayn, *Capitalismo: El ideal desconocido*, trad. de V. Puertollano, Ediciones Deusto, 2022.

ROJAS, Nelson, «Transformación de la fuerza laboral: El impacto de la inteligencia artificial», extracto de ponencias expuestas en el Seminario convocado por Caja Los Andes con fecha 29 de julio de 2024 en Santiago de Chile, *Diario El Mercurio*, martes 30 de junio de 2024, Suplemento Finanzas & Tecnología, p. 9.

ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general Tomo I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, trad. de D-M. Luzón Peña *et alii*, Civitas, Madrid, 2001.

SADIN, Éric, «IA generativas: La renuncia a nosotros mismos», Entrevista en *Diario El Mercurio*, Domingo 5 de noviembre de 2023 Artes y Letras, p. B 11.

SAGRADA BIBLIA, Reina-Valera 1960, Sociedades Bíblicas Unidas, Corea del Sur, 2021.

SCHWAB, Klaus, *The Forth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Davos, 2016.

SIGMAN, Mariano y BILINKIS, Santiago, *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*, 2ª reimpresión, Debate, Santiago, 2024.

SOUTH CHINA MORNING POST X @SCMPNews, «Crean un robot con cerebro hecho de células madres», artículo citado en *History/Actualidad.rt.com*, año 2024.

SUSSKIND, Richard, *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Service*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

THOMPSON, Nicholas, «A conversation with Yuval Noah Harari about Artificial Intelligence», *AI For Good Global Summit*, 2023.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, entrevista de la periodista Alejandra Zúñiga «Abogados valoran uso de la inteligencia artificial para fallos, pero sin que reemplace ponderación del juez», Diario El Mercurio, sábado 4 de marzo de 2023, Nacional, p. C 7.

VELASCO, Lucía, *¿Te va a sustituir un algoritmo? El futuro del trabajo en España*, Turner Publicaciones SL, El cuarto de las maravillas, Madrid, 2021.