

Monográfico: «Digitalización y algoritmización de la justicia» (coord.: F. Miró)

Efectos de la digitalización sobre el razonamiento jurídico: una aproximación postfoucaultiana

David Vila-Viñas
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: mayo 2022

Fecha de aceptación: septiembre 2023

Fecha de publicación: noviembre 2023

Resumen

El artículo sistematiza algunos efectos de la digitalización de las relaciones sociojurídicas sobre el razonamiento jurídico desde la perspectiva de los *governmentality studies*. Para ello considera las normas jurídicas y las políticas públicas como parte del proceso moderno de racionalización de la incertidumbre. En el contraste entre racionalidades de previsión clínicas y actuariales, propone que la digitalización refuerza el peso de la previsión actuarial sobre las decisiones individualizadas, como las jurídicas, dominadas antes por las primeras. Todo ello tiene un efecto reformativo sobre el razonamiento jurídico. Para presentar su hipótesis, el artículo recurre a dos ejemplos. Por un lado, muestra cómo las nuevas posibilidades de modelización de las decisiones judiciales pueden aumentar el peso de los antecedentes sobre los razonamientos y conductas futuras de todos los operadores jurídico-sociales. Por otro, indica cómo la recreación digital de los hechos relega la apreciación clínica de estos en favor de una apreciación automatizada. Así se fundamenta el mayor peso de los antecedentes sobre los nuevos razonamientos, pero también se abre la puerta a explorar esos razonamientos conforme a un árbol de decisiones transparente y, por lo tanto, reprogramable, con el consiguiente cambio en los operadores jurídico-sociales clave.

Palabras clave

digitalización; razonamiento jurídico; predicción; operadores jurídico-sociales; casos difíciles; formalismo jurídico

Effects of digitization on legal reasoning: a post-foucaultian approximation

Abstract

The article systematizes some effects of the socio-legal relationships digitalization on legal reasoning from the perspective of governmentality studies. To this end, it considers legal rules and public policies as part of the modern process of rationalizing uncertainty. In the contrast between clinical and actuarial forecast rationalities, it proposes that digitization reinforces the weight of actuarial forecasting on individualized decisions, such as legal ones, dominated earlier by the former. All of this has a reformulating effect on legal reasoning. To present its hypothesis, the article draws on two examples. On the one hand, it shows how the new possibilities of modeling judicial decisions can increase the weight of the background on the reasoning and future conduct of all legal-social operators. On the other hand, it indicates how the digital recreation of the facts relegates their clinical appreciation in favour of automated appreciation. This is how the greatest weight of the background on the new reasoning is founded, but it also opens the door to explore those reasonings according to a transparent and, therefore, reprogrammable decision tree, with the consequent change in key legal-social operators.

Keywords

digitization, legal reasoning, prediction, legal-social operators, difficult cases, legal formalism

1. Digitalización de la Administración de justicia

La digitalización de la justicia es un proceso que corre en paralelo a la digitalización de las relaciones sociojurídicas. Su abordaje se ve dificultado por la misma amplitud del proceso y la polisemia que involucra. Una manera restrictiva de abordar este proceso es atender a los cambios que se producen en la acción jurisdiccional del Estado, pero resulta realista asumir que tanto los asuntos que allí se conocen como el conjunto de las prácticas institucionales se encuentran inmersos en este proceso de digitalización.

Con carácter previo a mayores análisis, también conviene aclarar qué se entiende por justicia, es decir, aquello que se «digitaliza». Se produce aquí una polaridad similar entre concepciones más restrictivas o expansivas de la actividad jurisdiccional. En su núcleo, se refiere a la decisión jurisdiccional sobre una controversia o sobre una situación jurídica que requiere esa clásica emanación de la soberanía para constituirse. En este punto, el impacto de la digitalización es aún leve. Solar Cayón (2020) recuerda que aún no existen ejemplos de decisiones judiciales enteramente adoptadas por un mecanismo automatizado en un medio digital, aunque sí identifica una presencia creciente de dispositivos de asistencia o

que adquieren un rol clave en la adopción de decisiones previas a las que ponen fin a los procedimientos.

Buena parte del impacto de la digitalización proviene de que la acción jurisdiccional no se limita al fallo, porque el marco de referencia de esa acción en un Estado de derecho no es decisionista, sino legalista, es decir, de correspondencia entre la decisión y el derecho vigente. En estos casos, la clave se desplaza a su motivación, es decir, a la explicación de esa correspondencia. Esto da verdadera vigencia al derecho positivo y permite el control de legalidad y constitucionalidad de las decisiones judiciales y, de forma indirecta, de la acción del resto de poderes del Estado. En este plano, el impacto de la digitalización es creciente. Por otra parte, es un impacto que no se detiene en el ámbito judicial y que, de hecho, ha avanzado más en la actividad ejecutiva (Moral, 2022). Mi intención en este artículo es, de hecho, considerar cómo ha afectado el proceso de digitalización a esa comprensión ampliada de la decisión jurídica que es el razonamiento.

Todo ello dejaría aún intacto un ámbito esencial de la digitalización de la justicia, cual es su dimensión administrativa. Un conjunto de funciones que no se integran en la acción jurisdiccional *stricto sensu* pero que son imprescindibles para esta, sea al participar del razona-

miento que sostiene la decisión -por ejemplo, al hacer posible una práctica adecuada de la prueba-, sea al dotar de cobertura institucional a todo el proceso que concluye con la decisión, como corresponde a un servicio público. En este ámbito se han producido, y están en marcha, transformaciones profundas hacia un mundo digital, desde la tramitación digital ya asentada, a un refuerzo de la interoperabilidad entre las administraciones de justicia, etc.¹ Al respecto, se discute cuál es el umbral de virtualización óptimo para las distintas actividades de las fases de instrucción, audiencia (Bueno de Mata, 2019) o del proceso administrativo (Moral, 2022), que mejore su eficiencia y previsibilidad sin lesionar los derechos de defensa o al debido proceso (de Asís Pulido, 2021). También resulta un debate frecuente si estos cambios mejoran la accesibilidad de la justicia o instalan nuevas brechas sobre los grupos de población que más dificultades han tenido en incorporarse al proceso (Van Dijk, 2022; Alston, 2019, pág. 25).

A ello conviene añadir una creciente digitalización, con efectos de automatización, de actividades que coadyuvan a la jurisdiccional, como la negociación u otras formas de resolución de conflictos, cuya virtud reside en propiciar una tutela del interés más autónoma y eficiente (Solar Cayón, 2020). En términos hipotéticos, si las partes pueden conocer con claridad el derecho aplicable y anticipar también la solución de quien deba decidir, tendrán incentivos para resolver la cuestión por esta vía. Como mostraré más adelante, esto no deja de tener implicaciones ambivalentes en un contexto automatizado, pero podría engrasar los tramos más congestionados de la Administración de justicia.

Por otro lado, tanto los objetos como las implicaciones de estos cambios en nuestros sistemas de derechos humanos son muy variados y, aunque ello excede del propósito de este artículo, no puedo dejar de señalar los campos de mayor tradición y discusión de las últimas décadas. Uno de ellos ha sido la predicción en el ámbito de la policía, en sentido contemporáneo, y de la adopción y revisión de medidas restrictivas de derechos. La novedad no reside aquí en programar o estructurar con carácter previo esas decisiones -algo consolidado en las horquillas de

penas o las guías de sentencias en el ámbito del *Common Law* (Tonry, 1998)-, sino en fundar ese algoritmo en una masa de datos de eventos que se entienden asimilables, extraer patrones de causación y establecer de forma automatizada y compleja -en muchas ocasiones, opaca- una relación entre el evento sobre el que queremos decidir y esa masa. Esto resulta problemático al pretender inferir decisiones normativas -debe denegarse tal permiso, por ejemplo- de factores descriptivos, sean más o menos responsables -conductas anteriores- o heredados -condiciones sociodemográficas-.

2. Cálculo, riesgo, previsión y gubernamentalidad

Introducido el contexto de la digitalización de la Justicia, es momento de profundizar, al inscribirla en el marco teórico de los *governmentality studies*. La actividad de gobierno, es decir, la estructuración estratégica de las posibilidades de acción de los otros (Foucault, 1988, pág. 239), mantiene una relación tensa con la incertidumbre. Una relación tensa no es, sin embargo, una relación excluyente. De hecho, la normatividad propia de muchas tecnologías de gobierno, como el derecho y el diseño de políticas públicas, hace que se estructuren de forma prescriptiva o incluso orientativa, es decir, establecen cursos de conducta que pueden, o no, llegar a actualizarse. Y ello hunde sus raíces en ciertas formas de incertidumbre inicial, aunque ya no pura.

Las normas, por simples que sean, y no digamos las políticas públicas, estandarizan y jerarquizan un campo de acciones entre lo permitido y lo obligado, lo preferido y lo indeseado. Es más, hay quien piensa, como François Ewald (1990), que las normas, antes que una obligación, son una estandarización. Por eso, el incumplimiento de las obligaciones que imponen a la ciudadanía no es un verdadero problema, e incluso, llega a reforzarlas (Foucault, 1978), mientras que su desuso, de quién debe cumplirla y de quién debe hacerla cumplir, las consume. Esto es, un desentendimiento general de la norma más que su incumplimiento frontal.

1. En España la digitalización de las interacciones con la Justicia se encuentra muy avanzada con la implementación del sistema LexNET. En el ámbito europeo, se han producido notables avances en los últimos años en la tramitación del sistema e-CODEX (*e-Justice Communication via Online Data Exchange*), para la comunicación y la cooperación judicial transfronteriza (Gottwald *et al.*, 2023).

Para entender la importancia del efecto racionalizador, cabe analizar la distancia que media entre la noción de *incertidumbre* y la de *riesgo* y cómo se recorre. En los *governmentality studies*, de inspiración foucaultiana (Dean, 2003, págs. 177-179; Ewald, 1991), el riesgo no es una realidad característica de lo humano, agudizada en esta fase de la modernidad (Beck, 2006; Luhman, 1993; Giddens, 1999), sino el resultado de una determinada racionalización que combina elementos empíricos -frecuencia de eventos e influencia de factores- con otros axiológicos -eventos deseados y a evitar- y normativos -cursos de acción que modifican la frecuencia e intensidad de los eventos-. Dicho de otro modo, la idea de incertidumbre corresponde con una situación ubicua, gaseosa, que envolvería a lo humano antes de que su sentido estratégico definiera y jerarquizara unos objetivos, estableciera la manera en la que determinadas eventualidades y acciones podrían favorecerlos o perjudicarlos, y estableciera previsiones para tratar de minimizar las primeras y maximizar las segundas. La distancia que media entre la incertidumbre y el riesgo la recorre el saber-poder (Vila-Viñas, 2014, pág. 57 y ss.). En el ámbito sociojurídico, esta racionalización se realiza a menudo a través de instrumentos normativos y de política pública, que vehiculan, conforme a los requisitos de validez, modelos de razonamiento abstracto. En ellos, de manera más informal o sofisticada, se combinan variables que permiten valorar hechos, proyectarlos, predecirlos y tomar decisiones (O'Neil, 2018, pág. 25). Véase con un ejemplo: ¿cómo lidiamos con la incertidumbre a la que se enfrenta la integridad física y mental de las personas? Una vía, entre muchas, es configurar instituciones como la minoría de edad. Entendemos que resulta poco probable que personas de edades bajas hayan alcanzado un grado de autonomía que les permita autotutelar su posición y, por ello, tienen mayor probabilidad de verse ante situaciones perjudiciales, con impacto en su presente y en su desarrollo futuro. A partir de ahí, establecemos la asistencia de otras personas o instituciones y sometemos a más requisitos sus actividades. Es decir, entendemos que determinadas situaciones suponen para estas personas una probabilidad alta de sufrir daños que pueden evitarse, así que tratamos de delimitar esas situaciones, desagregarlas en distintos escenarios más específicos indicando el daño o las lesiones más frecuentes de sus derechos, configuramos diferentes medios para reducir el riesgo de producirse esos daños o mitigar su impacto y buscamos, además, anticiparnos a todo ello, identificando qué factores pueden provocar mayores lesiones, tanto de forma inmediata como en un futuro próximo.

3. Digitalización, posibilidades de automatizar la respuesta a la incertidumbre y razonamiento sociojurídico

En relación con la segunda cuestión abierta, el impacto prescriptivo de la automatización, la primera premisa es que el contexto actual, de creciente digitalización, incrementa nuestra capacidad para estandarizar riesgos en una determinada dirección y ha impactado sobre la pugna abierta entre distintas maneras de racionalizar y de gestionar la incertidumbre en la gubernamentalidad contemporánea, como introduce en la primera sección respecto a la Administración de justicia.

En síntesis, nuestra forma de racionalizar la incertidumbre y de establecer previsiones que pudieran prevenir los riesgos y mitigar los daños se ha estructurado conforme a dos grandes esquemas: el clínico y el actuarial. El modelo de racionalización clínica se funda -y de ahí extrae su legitimidad- en la capacidad experta de una persona o grupo para deducir, de la subsunción del caso examinado en el conocimiento disponible, un enunciado que valore la situación, indique riesgos, probabilidades, o las medidas a adoptar en consecuencia. Las valoraciones sobre la peligrosidad, que han tejido la historia de las ciencias criminológicas, psicológicas y jurídicas (Foucault, 2018, pág. 109; Domínguez y Domínguez, 2021) o los informes sociales sobre el riesgo en que se encuentran determinadas personas dentro del núcleo familiar o en cierto contexto social (Pecero-Morgado, 2020) son buenos ejemplos de esta racionalidad. La citada noción de saber-poder, así como el conjunto de la metodología foucaultiana han permitido problematizar esta forma de previsión, al mostrar que ese saber se produce no en pugna con unas relaciones de poder que lo intoxicarían, sino justo dentro y a partir de estas, al tiempo que esos saberes no son solo descriptivos, sino normativos y productivos de nuevas relaciones de poder (Foucault, 1985).

Por su parte, el modelo de racionalización actuarial, que alude de forma explícita a la racionalidad propia de los seguros, infiere, a partir de los datos disponibles, los riesgos que afectan a categorías poblacionales. En ocasiones, estas categorías existen y se refuerzan mediante el análisis de los riesgos -hombres y mujeres, jóvenes y mayores- o se delimitan y modulan, precisamente, en función de ese análisis, a partir de la forma genérica, pero de creciente precisión, en que interseccionan los distintos factores de riesgo -expe-

riencia en la conducción, tipo de vehículo, actividad profesional-. Su legitimidad procede de su eficacia para producir un saber de gobierno abarcativo de la población analizada, pero también de la posibilidad de trasladar esas formas de análisis a escalas más amplias -¿la probabilidad de tener un accidente al volante no podría decirnos algo sobre la fiabilidad de esa persona para el desempeño laboral o sobre su solvencia crediticia?- y componer después categorías más operables -¿tiene más sentido agrupar a las personas por años de antigüedad con el carné de conducir que por simple edad?-. Algunas de estas agrupaciones pueden resultar incómodas, pero se justifican por su pertinencia para evitar eventos dañosos o maximizar los deseados. En la historia del Estado contemporáneo, la adopción de los grandes sistemas de previsión social, como los de pensiones o los sistemas corporativos de negociación colectiva, son buenos ejemplos de sistemas de previsión de riesgos conforme a esta racionalidad (Ewald, 1986).

A pesar de las diferencias y tensiones entre ambas, los análisis concretos combinan a menudo las dos racionalidades (Parton, 2011). La delimitación e influencia de los distintos factores de riesgo solo se puede configurar conforme a la segunda racionalidad, mientras que la valoración de todo ello respecto a un caso individual se ha realizado históricamente a partir de un juicio clínico o experto. En este escenario, el impacto de la digitalización es enorme, sobre todo en la fase individualizadora del análisis de riesgo y de las decisiones jurídicas que se sostienen sobre este en su argumentación. Conviene tener en cuenta que el análisis clínico no es necesariamente un análisis abierto, sino que con frecuencia se ha servido de herramientas de estandarización para su razonamiento. Cuestionarios, formularios y sistemas de indicadores de todo tipo se han integrado en el razonamiento forense. Ahora bien, la valoración conjunta de todos esos datos e informaciones, por mucho que se burocratizaran o externalizaran partes del proceso (Davies, 2008), permanecía abierta al criterio experto y conclusivo de alguna persona.

En contraste con todo ello, la digitalización, en cuanto a la capacidad que otorga para acumular datos y gestionarlos a una escala cada vez más refinada y manejable, permite acotar de forma creciente ese ámbito de análisis y decisión. Se estrecha el margen del saber personal y se amplía el del

razonamiento preestablecido. En un primer acercamiento podría pensarse que esto impacta solo en los componentes de la decisión jurídica que están relacionados con alguna forma de predicción o valoración del riesgo -¿conceder este permiso coadyuvará al proceso de reinserción de tal reo? ¿el desarrollo de esta niña será mejor si vive con su abuela o en acogida?-. Sin embargo, toda vez que puede imitarse el razonamiento humano y su expresión lingüística de manera tendencialmente autónoma, el núcleo de la argumentación y de la decisión jurídica -la delimitación de unos hechos probados y su subsunción más o menos abierta en las normas aplicables- también pueden estar integradas por esa forma de razonamiento preestablecido en virtud de los antecedentes (Solar Cayón, 2020, pág. 43).

Dicho esto, tal proceso no se entiende sin incorporar el desplazamiento de legitimidades y conflictos que acompaña a todo cambio tecnológico (Feenberg, 2010). En contraste con las decisiones más abiertas o discrecionales de los análisis clínicos, los razonamientos que siguen una estructura preestablecida se perciben mejor protegidos frente a los errores, sesgos e intereses humanos. Esta percepción coincide con la creciente legitimidad de lo técnico frente a lo político, en combinación con cierta jerarquía entre las distintas ramas del conocimiento científico. Tal concepción hunde sus raíces en el proyecto ordoliberal de tecnificación de la política y de despolitización de los saberes de gobierno, y goza de buena salud en el contexto neoliberal, tanto en sus inflexiones austeras como progresistas (Brown, 2021, pág. 96). Por otra parte, es afín a la conceptualización de lo humano como una lucha frente al polo de incertidumbre que representa en el pensamiento político el estado de naturaleza, respecto al que los saberes clínicos serían un avance, pero aún ligado a la dimensión natural y perfectible de lo humano, mientras que el razonamiento masivo y automatizado nos aproximaría al horizonte de transcendencia del posthumanismo.²

4. Implicaciones jurídicas de la creciente digitalización

La premisa de la que se parte en esta sección es que la digitalización y la automatización que permite cons-

2. Véase Vila-Viñas, (2023, pág. 160 y ss.). Con más profundidad, Émile P. Torres (2023, pend. publicación) caracteriza de forma muy precisa el marco teórico y las implicaciones políticas de los enfoques transhumanistas y «largoplacistas» (*longtermist*). Existe una síntesis en <https://twitter.com/xriskology/status/1577300181279719428>.

tituye una tendencia a la reformalización de la decisión jurídica, tanto en el razonamiento jurídico principal de la decisión jurídica como en el de otros operadores sociales que la integran. Se trata de una posibilidad basada en el desarrollo del «derecho computacional» (Ahsley, 2017), sostenida, a su vez, sobre la premisa de que cabe reducir las normas a un conjunto de formalizaciones lógicas susceptibles de procesamiento (Casadei, 2022, pág. 147). Resulta además interesante cómo esto se contrapone a la tendencia de nuestro derecho en, al menos, los últimos ochenta años. En el contexto del Estado social, el derecho ha vivido un proceso de materialización (Peces-Barba *et al.*, 2000, págs. 104 y ss.) o de gubernamentalización (Vila-Viñas, 2015), según la perspectiva. La obligación de efectuar determinados valores instó el despliegue de un conjunto de instituciones, servicios y prestaciones, así como la delimitación de nuevas áreas de intervención (Calvo, 2005). En todas ellas, la decisión jurídica ha devenido más material. Sin trascender por completo el esquema formal de la subsunción, la integración de este razonamiento se hizo más compleja. Los hechos, para poder ser considerados desde una perspectiva jurídica, requerían a menudo la incorporación de dictámenes por parte de personas expertas como las que se han señalado arriba -¿qué riesgo hay de que esta situación familiar afecte al desarrollo del niño o de la niña?-. Por su parte, las normas que debían aplicarse incorporaban conceptos jurídicos indeterminados capaces de ser flexibles a la pluralidad de circunstancias posibles para atender mejor los objetivos deseados pero, precisamente por ello, imposibles de aplicar de manera automatizada -¿cuál es su interés superior en este caso?-. Y, como extensión de todo ello, las soluciones no podían deducirse de manera binómica, sino que se desplegaban como un conjunto de soluciones ajustadas al derecho que el operador jurídico debía jerarquizar para entresacar, entre todas ellas, la mejor -¿mantenimiento en la unidad familiar con apoyos y supervisión, acogida temporal, institucionalización, etc.?-

La cuestión es que las citadas capacidades que ofrece la digitalización permiten insistir en aquellos objetivos, pero con mayor satisfacción del afán ciudadano de objetividad. Salva, así, una participación de saberes extrajurídicos que es ineludible, pero los cierra al reforzar el razonamiento actuarial sobre el clínico. De manera añadida, clausura algo más el razonamiento del decisor jurídico último, al tiempo que mantiene las ventajas de un proceso jurídico materializado o socializado, en cuanto que sensible -en un

sentido cada vez más automático y menos «sesgado»- a la realidad social dentro de la que debe operar.

4.1. Una jurisprudencia invertida

La manera amplia en que se ha conceptualizado aquí la incertidumbre permite mostrar cómo esta reformalización del razonamiento jurídico no se produce solo cuando se programa un dispositivo de razonamiento que es capaz de replicar el núcleo inalterado de la decisión jurídica, es decir, subsumir hechos nuevos en las normas jurídicas vigentes, usando para ello los principios jurídicos admitidos por la jurisprudencia y la doctrina. Tampoco solo, en un nivel menor, cuando la decisión jurídica y su motivación se pueden desarrollar de forma automática a partir de la información sobre los hechos recogida mediante un formulario. La digitalización tiene un potencial impacto desde el momento mismo en que es posible compilar y poner en relaciones sistemáticas una gran cantidad de información sobre el tratamiento de un asunto en decisiones anteriores. Y esto bien puede anteceder a cualquier judicialización y ser autónomo respecto a esta. Muñoz Soro y Serrano-Cinca (2021) aportan un buen ejemplo al delimitar el modelo de decisión sobre la custodia compartida o exclusiva por uno de los progenitores tras la ruptura familiar en España. En su investigación, estandarizan cerca de 1.800 sentencias de segunda instancia sobre el asunto, registran la presencia de datos contextuales -petición, sexo de la parte recurrente o resultado-; la aparición de hechos relevantes -mala relación entre progenitores, su preparación individual para la crianza o las circunstancias psicosociales especiales en el menor-; y los principios jurídicos citados -proporcionalidad en el reparto de responsabilidades entre progenitores o interés superior del o de la menor-. Las relaciones sistemáticas entre estas variables permiten ver qué rasgos fácticos y jurídicos son los más significativos para que la decisión se incline hacia un lado u otro, pero también permite prever, a la vista de los hechos y de la sentencia en primera instancia, la orientación del segundo fallo, tanto en general -con un 85 % de acierto- como al detectar determinadas circunstancias que harán casi imposible obtener una resolución favorable a la parte recurrente.

Nótese que no me refiero a un supuesto extremo de formalización en el que la decisión estuviera automatizada, sino a un supuesto que, sin aplicar muchas normas, concentra su dificultad en la apreciación discrecional de qué circunstancias satisfacen mejor el principio del interés superior del o de

la menor. A partir de este ejemplo, se hace evidente la nueva posibilidad de estandarizar la incertidumbre de una decisión judicial futura y de realizar una predicción fiable sobre los resultados, conocidas al menos determinadas circunstancias. Esto mejora la información de los distintos agentes para recurrir, elegir representación o negociar y, quizá, pueda incluso aliviar la carga de la Administración de justicia. No obstante, cualquiera podría objetar que no añade demasiado al consejo que puede ofrecer un especialista medio en derecho de familia, que, en un caso bastante acotado como este, no ofrece menos capacidad predictiva. En último término ¿no ha habido siempre interpretaciones mayoritarias y minoritarias que han condicionado las futuras decisiones? ¿No es este precisamente el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema, el de un buen predictor de decisiones futuras, más que el de una nueva norma jurídica en sentido estricto? Ahora bien, si se recupera el juego de legitimidades al que se aludió antes, se puede identificar con más claridad dónde reside la novedad. El refuerzo de legitimidad de estos razonamientos proviene de que la predicción se realizará con el fundamento de una cantidad masiva de decisiones anteriores que, incluso, sin el valor expreso que el artículo 1.4 del Código Civil (CC) atribuye a la jurisprudencia, conformarán un sentido común jurídico -cuantificable y tenido por objetivo- respecto al que quizá sea más difícil sustraerse en nuevas decisiones. Cuando existe un esquema de razonamiento sustentado en ese sentido común abstracto, puede resultar más difícil innovar, en tanto se perciba que conviene o se exija incluso una sobrejustificación para ello. Discusión aparte sobre su legalidad, no sería imposible además perfilar la conducta de los distintos órganos de decisión, más normalizada o desviada, e incorporar este factor a la predicción. Como se ve, cualquiera de estas sendas aumenta la reflexividad del modelo, con las consecuencias que resaltaré en la última sección.

Al mismo tiempo, es razonable pensar que todo ello afecte también a la decisión de litigar. Si la parte recurrente es informada de que su caso tiene solo un 30 % de opciones de triunfar, ¿recurrirá?, ¿cómo afectará conocer estas predicciones a la valoración de la temeridad en la imposición de costas? Si cada vez se presentan menos recursos, al ceñirse estos a los casos más difíciles ¿no descenderá la oportunidad de las instancias superiores de controlar la adecuación a derecho de las decisiones de las instancias inferiores? ¿O ocurrirá más bien al contrario? Que, liberados de recursos inviables, los tribunales de las siguientes

instancias encuentren más incentivos para afinar el razonamiento jurídico y revisar más sentencias.

4.2. El medio es el hecho

Por otro lado, es importante recalcar que la influencia de la digitalización no solo se concentra en la acumulación de datos y sus oportunidades predictivas. Más allá, cada vez que una apreciación de los hechos en la que cabe cierta discrecionalidad experta o clínica se estandariza, a través de un medio técnico-digital, la decisión final se cierra y el rol de la persona experta clínica se desplaza al de comprobar el buen funcionamiento del mecanismo automatizado. No hay más que acudir a un ejemplo banal, como el efecto de la digitalización sobre la apreciación del fuera de juego en el fútbol de élite, para describir la dinámica. El fuera de juego es una infracción que se actualiza cuando quien ataca se sitúa por delante de la línea de defensa en el momento en que le pasan el balón. El objetivo de esta prohibición es concentrar el juego y evitar que algunos o algunas futbolistas dejen de participar en este por centrar su actividad en esperar o vigilar, según el caso, cerca de la línea de gol.

Respecto a dicha situación, la tecnología del fuera de juego semiautomática (SAOT, por sus siglas en inglés) se ha expandido desde 2022. Las cámaras colocadas en el campo monitorizan distintos puntos clave en el cuerpo de los jugadores o las jugadoras, y el apoyo de una inteligencia artificial (IA) reproduce casi en tiempo real el partido como una animación, lo que permite ver lo sucedido con mayor fidelidad que la repetición sesgada por el ángulo de una sola cámara (FIFA, 2023). Este sistema no prescinde de la intervención clínica, ya que una persona del cuerpo arbitral -es decir, experta en el deporte más que en la creación automática de imágenes 3D- es quien examina la recreación para determinar la pertinencia de avisar a quien dirige el partido de que señale o no la infracción. Ello no se debe a que la recreación tenga cierto margen de error que, aunque discutido,³ no deslegitima la técnica en tanto que siempre es menor que el humano, sino a cuestiones no estandarizables de la dinámica de juego, como la intención de quien juega, que son clave para determinar si existe la infracción. Hasta aquí parece que solo se ha introducido un instrumento para valorar los hechos con mayor precisión, pero hay dos novedades que, por extensión a asuntos más relevantes, son pertinentes para el enfoque de este artículo.

3. Véase <https://www.rtve.es/deportes/20230117/comite-arbitros-reconoce-error-gol-empate-elche-cadiz/2416159.shtml>

La recreación animada propone, en cuanto se genera, una hipótesis sobre la existencia o no del fuera de juego. Además, esa recreación se puede proyectar en los marcadores y en la televisión para aumentar la transparencia. Se producen así dos cambios en el razonamiento sobre la infracción que pasan desapercibidos bajo la capa más visible de la digitalización del juego. En primer lugar, esta presentación de los hechos afecta al criterio de interpretación aplicado a estos. Dado que el ojo humano tiene dificultades para determinar en directo y con precisión la posición adelantada de quien ataca se había instalado un criterio de interpretación para los casos de duda que inclinaba la balanza a favor del sujeto atacante. En este contexto, los casos dudosos, o difíciles, por seguir con el símil jurídico, eran frecuentes. Sin embargo, el sistema de presentación automatizada de los hechos reduce esa duda al mínimo. Casos que antes, dudosos, se hubieran arbitrado a favor de quien ataca, ahora vienen señalados automáticamente como infracciones en su contra y la regla de interpretación que favorecía a estos o estas en caso de duda carece ya de supuesto en que aplicarse.⁴ En términos de justicia material, puede decirse que la decisión se ajusta más a la estricta realidad de las situaciones, pero el sentido del juego había incorporado un principio favorable al atacante en caso de duda como parte de las normas, no solo por la dificultad de identificar ocularmente y con detalle las posiciones, sino por la idea de que carecía de sentido interrumpir el ataque por tan escasos centímetros de adelanto que ni el ojo humano los percibía en directo, es decir, por una ventaja inexistente en realidad.

A esto se une, en segundo lugar, un cambio de orden social, ya que la recreación animada y la propuesta del SAOT se muestra en los televisores y marcadores. Cualquiera que conozca la dinámica de este juego profesional puede entender que es sociológicamente inviable que se deje de señalar una infracción cuando el SAOT lo ha propuesto así y lo ha mostrado a las aficiones, por mucho que no haya ventaja alguna, en términos materiales. Como ocurría al conocer el sentido de la masa de decisiones anteriores de los tribunales, la forma de medir los hechos, o algunas circunstancias de los casos, modifica las futuras decisiones y refuerza su formalización.

Por supuesto, puede argumentarse que nada impide volver a dotar a la persona experta clínica de una capacidad de supervisión sobre la recreación animada, de manera que se conserve la vigencia de ese principio básico de fluidez o de espectáculo del juego, pero tal cosa desconoce la pugna de legitimidades que se ha presentado antes, y se compadecería mal con cualquier ideal, por flexible que sea, de seguridad jurídica. Es más plausible reconocer que el juego ha cambiado, no porque hayan cambiado las normas, sino porque ha cambiado la forma, ahora digitalizada, de presentar los hechos.

5. Implicaciones sistemáticas y consideraciones finales

Si he elegido ejemplos algo lejanos a los primeros en que se posa la vista cuando se habla de digitalización de la justicia, como las brechas tecnológicas, la deshumanización o la naturalización de la desigualdad, es porque este artículo no se ocupa de manera principal de las consecuencias políticas o de justicia más visibles, como el deterioro de los derechos fundamentales por la vigilancia masiva o el desorbitado peso de las desigualdades heredadas, al buscar un trabajo, recibir una prestación o una condena (Lageson, 2020). Tampoco de los dispositivos de digitalización y automatización más avanzados del razonamiento y la práctica jurídica, capaces ya de prescindir de toda intervención humana hasta el visado de la decisión, sino de los movimientos de fondo en todo razonamiento jurídico difícil y de su impacto sobre el viejo debate acerca de cómo gobernar a partir del razonamiento jurídico, de sujetarlo, de estandarizarlo, programarlo o abrirlo. En formas de razonamiento más asentadas se percibe mejor todo ello.

Al hilo de estos ejemplos he pretendido mostrar el efecto de la digitalización sobre el razonamiento jurídico y la reflexividad del proceso. La digitalización tiene así un efecto ambivalente sobre el razonamiento. En términos de contenido, y bajo el paraguas de la ruptura técnica y formal, así como de las nuevas funcionalidades, las decisiones tienden a conservar el sentido que les dieron los razonamientos anteriores. La individualización repetida aporta mayor

4. En la práctica, y junto a ese criterio explícito de interpretación, también pesa un factor defensivo en la aplicación de las normas que lleva a que sea menos costoso señalar una infracción contra quien ataca que contra quien defiende, como se entiende rápido si se considera que un gol en fuera de juego pesa más en el deber de quien arbitra que una jugada conforme al reglamento, pero interrumpida, que nadie sabe cómo habría terminado.

certeza -que no deja de ser una de las justificaciones de la estandarización de riesgos-, a costa de ser menos sensible a los cambios en el contexto social en el que se realizan los nuevos razonamientos y que no han podido ser integrados en las estandarizaciones pasadas.⁵ Al mismo tiempo, un proceso de decisión jurídica completamente algoritmizado -y esta es una aspiración factible en el contexto digital- puede ser un proceso transparente a quien lo programa. En el Estado liberal, esta tarea de programación quedaba distribuida jerárquicamente entre prescripciones generales -leyes/Legislativo- e instrucciones de desarrollo para hacerlas operativas -reglamentos/Ejecutivo-, lo que delimitaba un campo de conflicto entre esas instituciones y las prescripciones que introducían y su aplicación por parte de las Administraciones y el Poder Judicial. Un contexto digitalizado, con mayor peso de los antecedentes y mayor formalización del razonamiento, podría derivar en dos escenarios distintos. Si los ordenamientos jurídicos no advierten el cambio, la tendencia parece la señalada y el peso del agente que razona y decide jurídicamente sobre casos concretos, aun como parte de una masa de razonamientos, sería decisivo en el derecho aplicado. Esta tendencia subrayaría la continuidad entre ambos tipos de dispositivos. Por debajo de todos los cambios técnicos, subsistiría una regularidad del poder experto, ahora en la figura de quien programa o preestandariza la decisión. Si no se hace llegar la democracia a ese núcleo, por otro lado múltiple en distintos razonamientos, las nuevas garantías por establecer podrían tener un efecto solo expresivo o normativo.

Pero también -segundo escenario- si los ordenamientos se hacen cargo de estos cambios y delimitan los modelos de toma de decisiones, pueden encontrarse -podemos encontrarnos, ya que en esto consistiría la deliberación democrática- ante un árbol de razonamiento profusamente estandarizado y formalizado que sea transparente a las consecuencias de cualquier modificación normativa.⁶

Este segundo escenario resulta más rupturista respecto a la evolución simplemente inercial de una digitalización total del razonamiento jurídico y, por ello, presenta consecuencias más abiertas. En términos teóricos, se

presenta como una hibridación de las utopías positivistas -todo el poder para la norma- e intervencionistas o regulatorias -máxima efectividad de la norma o las políticas en relación con sus objetivos-, con el consiguiente desplazamiento de los puestos de mando técnicos desde el decisor judicial y administrativo, a quien pueda «reprogramar» el árbol de decisión a través de la producción normativa. Por otro lado, y al margen de lo que se permita en el marco supra-legal, la distinción juridicopolítica principal en nuestros ordenamientos ya no residiría en el nivel de generalidad o especificidad, sino en la influencia de la modificación sobre el resultado final. Obligaciones del más alto rango podrían ser redundantes respecto al árbol de decisión existente, mientras que modificaciones en principios interpretativos, criterios en la composición de índices o medios de prueba podrían alterar proporciones decisivas del proceso de razonamiento.

A la hora de conceptuar estos procesos dentro del enfoque de gobierno de la incertidumbre con el que abrí el artículo, si el principal impacto de lo jurídico es la estandarización normativa del campo de acción, creo que toda esta reformatización no se debe explorar en lo sucesivo como una vuelta al formalismo positivista del siglo XIX. Resulta más fructífero pensarla dentro de una gubernamentalidad contemporánea que hunde sus raíces en el ordoliberalismo y su contribución al aseguramiento del funcionamiento social normalizado bajo la técnica (Foucault, 2007), más que bajo dispositivos abiertos y disruptivamente democráticos (Brown, 2021). Ello incluye, como se introdujo y conviene profundizar, un desplazamiento de los nodos de influencia y legitimidad desde los dispositivos de saber-poder welfaristas y sus críticas contraclínicas (Donzelot, 1998, pág. 241 y ss) a los actuariales de programación y sus alternativas en la producción de código (Eubanks, 2019; O'Neil, 2018).

Reconocimientos

Investigador Ramón y Cajal del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. El artículo cuenta con la Ayuda para contratos Ramón y Cajal RYC2021-032948-I financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

5. Dejo aparte el efecto de arrastre que tienen las discriminaciones preexistentes sobre las nuevas decisiones al naturalizarse en el campo de datos que el razonamiento pasa a considerar la descripción de lo real (Harcourt, 2007, págs. 145 y ss.; O'Neil, 2018; Zafra, 2022). Por cuestiones formales, estos asuntos de justicia material no son objeto del presente artículo.

6. Desde otras perspectivas, ya se ha expuesto el carácter normativo, general y abstracto, de las herramientas de preformalización de la decisión jurídica. En nuestro contexto, por ejemplo, Boix (2020).

Referencias bibliográficas

- ALSTON, P. (2019). *The digital welfare state and human rights*. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights Report, pág. 25. Geneve: United Nations. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/312/13/PDF/N1931213.pdf>
- ASHLEY, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, p. 446. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781316761380>
- ASÍS PULIDO, M. de. (2021). «Derecho al debido proceso e inteligencia artificial». En: LLANO, F. H. y GARRIDO, J. (eds.). *Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, págs. 67-90. Cizur: Aranzadi.
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, pág. 393. Barcelona: Paidós.
- BOIX PALOP, A. (2020). «Los algoritmos son reglamentos». *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 1, págs. 223-270. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33
- BROWN, W. (2021). *En las ruinas del neoliberalismo*, pág. 248. Madrid: Traficantes de Sueños.
- BUENO DE MATA, F. (2019). *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial*, pág. 209. Cizur: Aranzadi.
- CALVO GARCÍA, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*, pág. 144. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASADEI, T. (2022). «Las transformaciones del derecho en la era de la ciudadanía digital». En: LLANO, F. H. (ed.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, págs. 143-167. Murcia: Laborum.
- DAVIES, S. (2008). «Contracting out employment services to the third and private sectors: A critique». *Critical Social Policy*, vol. 28, n.º 2, págs. 136-64. DOI: <https://doi.org/10.1177/026101830102100202>
- DEAN, M. (2003). *Governmentality: Power and rule in modern society*, pág. 229. Londres: Sage.
- DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, D. J.; DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ-PINILLA, M. (2021). «Entre el estigma y la normalización. Abriendo la caja negra del informe social judicial». *Ambitos: revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, vol. 46, págs. 79-95.
- DONZELOT, J. (1998). *La policía de las familias*, pág. 241. Valencia: Pre-Textos.
- EUBANKS, V. (2019). *Automating Inequality*, pág. 272. Nueva York: MacMillan.
- EWALD, F. (1986). *L'Etat providence*, pág. 608. París: Bernard Grasset.
- EWALD, F. (1990). «Norms, Discipline, and the Law». *Representations*, vol. 30, págs. 138-161. DOI: <https://doi.org/10.2307/2928449>
- EWALD, F. (1991). «Insurance and risk». En: BURCHELL G. et al. (eds.). *The Foucault effect: Studies in governmentality*, págs. 197-210. Londres: Harvester Wheatsheaf.
- FEENBERG, A. (2010). *Between Reason and Experience*, pág. 284. Massachusetts: The MIT Press. DOI: <https://doi.org/10.7551/mitpress/8221.001.0001>
- FIFA. (2023). *Offside Technology Test Manual*, vol. 2, pág. 23. FIFA [en línea]. Disponible en: <https://digitalhub.fifa.com/m/e20bc45d84e2931/original/Offside-Technology-Test-Manual-2022.pdf>.
- FOUCAULT, M. (1978). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, pág. 314. Buenos Aires: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1985). «El juego de Michel Foucault». En: ÁLVAREZ-URÍA, F. y VARELA, J. (eds.). *Saber y verdad*, págs. 127-162. Madrid: Ediciones la Piqueta.

- FOUCAULT, M. (1988). «El sujeto y el poder». En: DREYFUS, H. L. y RABINOW, P. (eds.). *Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, págs. 227-244. México D.F.: UNAM.
- FOUCAULT, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, pág. 401. Buenos Aires: FCE.
- FOUCAULT, M. (2018). *La sociedad punitiva. Curso del Collège de France (1972-1973)*, pág. 366. Madrid: Akal.
- GIDDENS, A. (1999). *Consecuencias de la modernidad*, vol. 100, pág. 166. Madrid: Alianza.
- GOTTWALD, T.; SCHNEIDER, M.; BEHR, R.; MAURER, M. (2023). «E-CODEX: A Secure Infra-Structure for Cross-Border Cooperation». En: BIASOTTI, M. A. y TURCHI, F. (eds.). *European Investigation Order*, págs. 53-67. Nueva York: Springer. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-031-31686-9>
- LAGESON, S. E. (2020). *Digital punishment: Privacy, stigma, and the harms of data-driven criminal justice*, pág. 256. Oxford: Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780190872007.001.0001>
- LUHMANN, N. (1993). *Risk: A sociological theory*, pág. 236. Nueva York: Aldine de Gruyter.
- MORAL SORIANO, L. (2022). «Decisiones automatizadas, derecho administrativo y argumentación jurídica». En: LLANO, F. H. (ed.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, págs. 475-500. Murcia: Laborum.
- MUÑOZ SORO, J. F.; SERRANO-CINCA, C. (2021). «A model for predicting court decisions on child custody». *PLoS ONE*, vol. 16, n.º 10. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0258993>
- NIEVA FENOLL, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*, pág. 166. Madrid: Marcial Pons.
- O'NEIL, C. (2018). *Armas de destrucción matemática: Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, pág. 280. Madrid: Capitán Swing.
- PARTON, N. (2011). «Child protection and safeguarding in England: Changing and competing conceptions of risk and their implications for social work». *British Journal of Social Work*, vol. 41, n.º 5, págs. 854-875. DOI: <https://doi.org/10.1093/bjsw/bcq119>
- PECERO-MORGADO, A. (2020). «Ruptura familiar judicializada y prescripción de intervención familiar desde el Trabajo Social Forense: Factores confluientes». *Trabajo social global*, vol. 10, n.º 18, págs. 164-187. DOI: <https://doi.org/10.30827/tsg-gsw.v10i18.9543>
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ, E.; ASÍS ROIG, R. de. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*, pág. 383. Madrid: Dykinson.
- PR NEWSWIRE (2021, agosto 31). *Pre-Sentencing Impact of Race and Culture Assessments receive Government of Canada funding* [en línea]. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/2560826616?accountid=14744&pq-origsite=primo>
- SOLAR CAYÓN, J. I. (2020). «La inteligencia artificial jurídica: Nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista». *Revus*, vol. 41. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.6547>
- TONRY, M. (1998). *Sentencing Matters*, pág. 233. Nueva York: Oxford University Press.
- VAN DIJK, J. M. (2022). *The digital divide*, pág. 184. Nueva York: Polity Press.
- VILA-VIÑAS, D. (2014). *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, pág. 416. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- VILA-VIÑAS, D. (2015). «El Derecho centrado en lo social. Configuración y declive de la normatividad welfarista desde una perspectiva foucaultiana». En: BENENTE, M. (ed.). *Michel Foucault. Derecho y poder*, pág. 113-132. Buenos Aires: Prometeo. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ksObgm.8>

VILA-VIÑAS, D. (2023). «Efectividad del derecho para la protección de la humanidad frente al riesgo ambiental». En: SÁNCHEZ RUBIO, D. y SÁNCHEZ BRAVO, A. (eds.). *Antropoceno, derechos humanos y naturaleza. Enfoques iusfilosóficos*, págs. 159-180. Madrid: Dykinson. DOI: <https://doi.org/10.2307/jj.1866765>

ZAFRA, R. (2022). *El bucle invisible*, pág.192. Oviedo: Nobel.

Cita recomendada

VILA-VIÑAS, David (2023). «Efectos de la digitalización sobre el racionamiento jurídico: una aproximación postfoucaultiana». En: Miró, F. (coord.). «Digitalización y algoritmización de la justicia». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 39. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i39.416197>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autoría

David Vila-Viñas

Universidad de Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho

dvila@us.es

Twitter: @dabivv

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5879-3897>

Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=F03xmD4AAAAJ>

Investigador postdoctoral Ramón y Cajal en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla (US). Licenciado en Derecho, DEA y doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza (Unizar). Ha sido investigador del Laboratorio de Sociología Jurídica de Unizar y ha realizado estancias en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ) de Oñati, el Instituto Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) de Ecuador. Desde la perspectiva de la gubernamentalidad, ha trabajado sobre las racionalidades políticas contemporáneas, el derecho, el Estado moderno y las políticas públicas en las áreas de gobierno social, control formal, familia, infancia y economía del conocimiento.