

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

DIGITALIZACIÓN DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO: REFORMALIZACIÓN Y NUEVA SITUACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y SOCIALES

David Vila-Viñas
Universidad de Sevilla

Palabras Clave: Digitalización, Operadores Jurídico-sociales, Sociología Jurídica, Formalismo Jurídico.

Key Words: Digitalization, Socio-legal Professionals, Sociology of Law, Legal Formalism.

Número: 19 Año: 2023

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Digitalización del razonamiento jurídico: reformalización y nueva situación de los operadores jurídicos y sociales

David Vila-Viñas¹

1. Introducción. Cálculo, riesgo, previsión y gubernamentalidad²

La actividad de gobierno mantiene una relación tensa con la incertidumbre. 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.

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), el riesgo no es una realidad característica de lo humano, agudizada en esta fase de la modernidad (Beck, 2006), 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).

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

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

1 Investigador Ramón y Cajal del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Este resultado de investigación 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. Contacto: dvila@us.es.

2 Una versión extendida de este trabajo se ha publicado de forma reciente en Vila-Viñas, D. (2023). Efectos de la digitalización sobre el razonamiento jurídico. Una aproximación post-foucaultiana. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 39, 1-12. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i39.416197>. El presente trabajo se presentó como comunicación al VIII Congreso Internacional El Tiempo de los Derechos, celebrado en la Universidad de Deusto, el 16 y 17 de noviembre de 2023, y expone los mimbres principales de aquel, haciendo abstracción de su engarce en las perspectivas postfoucaultianas. Recomiendo, por ello, poner los dos textos en relación para obtener una perspectiva más completa de mi posición y pido disculpas por los solapamientos que se producen entre ambos.

en el conocimiento disponible, un enunciado que valore la situación, indique riesgos, probabilidades, o las medidas a adoptar en consecuencia.

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 –experiencia 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 y componer después categorías más operables. Algunas de estas agrupaciones pueden resultar incómodas, pero se justifican por su pertinencia para evitar eventos dañosos o maximizar los deseados.

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, permanecía abierta al criterio experto y conclusivo de una 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. 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 también pueden estar integradas por esa forma de razonamiento preestablecido en virtud de los antecedentes (Solar Cayón, 2020: 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 ente las distintas ramas del conocimiento científico.

3. 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 constituye 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).

La cuestión es que las 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.

3.1. 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 decisión final o uno que le añada motivación 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. En parte, es previsible que la generalización de estos mecanismos replique algunas de las funciones predictivas de los juristas especializados, pero también que se introducirán diferencias relevantes. Por ejemplo, el volumen de datos que pesarán sobre la predicción será mayor que una jurisprudencia vertical, de arriba hacia abajo desde el Tribunal Supremo, por ejemplo. También es razonable pensar que esto afecte a la decisión de litigar, dado que las partes tendrán un dato más estandarizado para conocer las posibilidades de éxito en casos «similares».

3.2. 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.

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, 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.

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 y, en la práctica, hace desaparecer el supuesto de hecho de la situación dudosa y, con ello, la ventaja para quien ataca, que se basaba en una suerte de principio general pro-espectáculo.

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, lo que hace inviable una eventual retractación humana sobre el dictamen inicial de la máquina. En síntesis, un cambio en la medición ha cambiado la aplicación de una norma clave del juego, en consonancia con los cambios en un principio hermenéutico.

4. Conclusión

A modo provisional, propongo no pensar solo este impacto en lo jurídico como estandarización normativa del campo de acción, como reformalización, en una clave solo de retorno 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 abierta 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 contra-clínicas (Donzelot, 1998: 241 y ss) a los actuariales de programación y sus alternativas en la producción de código (O'Neil, 2018).

5. Referencias

- ASHLEY, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge University Press <https://doi.org/10.1017/9781316761380>
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. 1ª en Surcos, 25. Barcelona: Paidós, 393 pág.
- BROWN, W. (2021). *En las ruinas del neoliberalismo* 1ª en cast. Madrid: Traficantes de Sueños. 248 pág.
- CALVO GARCÍA, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. 1ª. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 144 pág.
- 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*. Murcia: Laborum, pág. 143-167.
- DEAN, M. (2003). *Governmentality: Power and rule in modern society*. 1st, repr. London: Sage. 229 pág.
- DONZELOT, J. (1998). *La policía de las familias*. 2ª cast. Valencia: Pre-Textos. 241 pág.
- EWALD, F. (1990). Norms, Discipline, and the Law. *Representations*, Vol. 30, pág. 138-161.
- FEENBERG, A. (2010). *Between Reason and Experience*. 1ª. Massachusetts: MIT Press. 284 pág.
- FIFA. (2023). Offside Technology Test Manual. V.2. FIFA. 23 pág. <https://digitalhub.fifa.com/m/e20bc45d84e2931/original/Offside-Technology-Test-Manual-2022.pdf>.
- FOUCAULT, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*. 1ª cast. Buenos Aires: FCE. 401 pág.
- MUÑOZ SORO, J. F., y SERRANO-CINCA, C. (2021). A model for predicting court decisions on child custody. *PLoS ONE*. Vol. 16(10). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0258993>

- O'NEIL, C. (2018). *Armas de destrucción matemática: Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*. 1ª cast. Madrid: Capitán Swing. 280 pág.
- 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(5). pág. 854-875.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ, E., y ASÍS ROIG, R. de. (2000). *Curso de Teoría del Derecho*. 2ª. Madrid: Dykinson. 383 pág.
- SOLAR CAYÓN, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: Nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus*. Vol. 41. <https://doi.org/10.4000/revus.6547>
- VILA-VIÑAS, D. (2014). *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza. 416 pág.
- 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*. Buenos Aires: Prometeo. Pág. 113-132.
- VILA-VIÑAS, D. (2023). Efectos de la digitalización sobre el razonamiento jurídico. Una aproximación post-foucaultiana. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 39, 1-12. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i39.416197>