

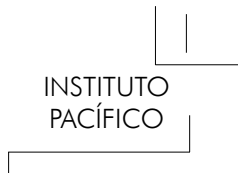
Arturo Álvarez Alarcón (España) • José Bonet (España) • Lorenzo Bujosa (España) • Antonio Lorca Navarrete (España) • Juan Carlos Guayacán (Colombia) • Ramiro Bustamante • Carlos Calderón • César Proaño • Carlos Valdivia • Sergio Casassa • Hugo Caveró • Beatriz Franciskovic • Milagros Quiroz • Verónica Rosas • Roger Salas • Percy Sevilla • Sheila Vilela • Massiel Silva-Santisteban

EL RECURSO DE CASACIÓN

Y EL NUEVO ROL DE LA SALA CIVIL SUPREMA

Director
Omar Sumaria Benavente





EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL NUEVO ROL DE LA SALA CIVIL SUPREMA

Autores:

© Arturo Álvarez Alarcón (España) • José Bonet (España) • Lorenzo Bujosa (España) • Antonio Lorca Navarrete (España) • Juan Carlos Guayacán (Colombia) • Ramiro Bustamante • Carlos Calderón • César Proaño • Carlos Valdivia • Sergio Casassa • Hugo Caveró • Beatriz Franciskovic • Milagros Quiroz • Verónica Rosas • Roger Salas • Percy Sevilla • Sheila Vilela • Massiel Silva-Santisteban, 2023

Director:

Omar Sumaria Bustamante

Primera edición - Setiembre 2023

Logo Actualidad Civil

El logo se encuentra en la caratula ya que el libro pertenece a la suscripción de la revista Actualidad Civil

Copyright 2023

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

José Manuel Carrascal Quispe

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2023
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña, Lima-Perú
Central: 619-3700
E-mail: prerensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1,900 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial :

ISBN :

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º :

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Este libro está expuesto a fe de erratas.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

REFLEXIONES SOBRE EL PRECEDENTE EN LA FUTURA DECISIÓN AUTOMÁTICA*

José Bonet Navarro

Catedrático de Derecho Procesal e la Universidad de Valencia.

* El presente trabajo se enmarca en el contexto del proyecto “Instrumentos para la Justicia Civil ante los Litigios-masa, en especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo” (IP Alicia Armengot), programa estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cofinanciado por la Unión Europea, con REF. PID2021-122569OB-I00. Asimismo, se enmarca igualmente en el proyecto “Transición digital de la Justicia” (IP Sonia Calaza), proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del plan estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-100.

El artículo 1 de la Ley N.º 31591, que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N.º 768, y sus modificatorias, a fin de optimizar el recurso de casación para fortalecer las funciones de la Corte Suprema de Justicia de la República y dicta otras disposiciones, entre otras normas, modifica el artículo 400 del Código Procesal Civil, sobre el “precedente judicial” en los siguientes términos literales:

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la audiencia, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedida, bajo responsabilidad.

El tenor de este precepto sin duda plantea importantes cuestiones especialmente en lo referente a lo relativo a la vinculación de los precedentes respecto de los órganos jurisdiccionales, la afección sobre la imparcialidad judicial que esto supone respecto de los órganos jurisdiccionales inferiores y hasta en el cuadro de fuentes del ordenamiento jurídico con el que cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema. Al margen del interés dogmático y práctico que plantean estas cuestiones basta ahora con resaltar que si, en términos generales, el precedente ya se presenta importante y más en el contexto del ordenamiento peruano a la luz del citado artículo 400 del Código Procesal Civil, todavía lo va a ser más en el futuro, en el caso de que la inteligencia artificial se desarrolle lo suficiente como para poder en todo o en parte sustituir al juzgador. Tema sobre el que vamos a reflexionar brevemente en el presente trabajo.

Lo cierto es que la posibilidad de que una máquina resuelva en términos equivalentes al ser humano todavía no se acepta como algo viable al menos en lo

que se refiere a cuestiones de fondo o en los supuestos más complejos. Esto no es de extrañar, pues las referencias a decisión robótica se presentan actualmente en el peor escenario posible, esto es, con la máxima complejidad del juicio (resolución y sobre todo dictado de sentencias de fondo sobre aspectos fácticos y jurídicos), en un contexto de extrema debilidad de la actual tecnología que, como es sabido, todavía se encuentra en estado embrionario y en desarrollo precario. Así se comprende fácilmente que la posición mayoritaria resulte de lo más pesimista, hasta el punto de que en numerosas ocasiones se llega a negar cualquier tipo de asunción resolutoria por la máquina.

En mi opinión, con la confianza de que el desarrollo científico seguirá proyectándose en su evolución, podrán orillarse los múltiples retos que planteará una futura implementación de sistemas de inteligencia artificial capaces de dictar resoluciones. Y en ese escenario, el precedente todavía adquirirá todavía mayor importancia a la que ya cuenta actualmente a la hora de resolver.

En la actualidad, el precedente ya cuenta con gran relevancia a los efectos de prever el posible resultado del proceso en lo referente a la interpretación de las normas aplicables. A pesar de la independencia judicial, de la posible evolución de los criterios interpretativos por el Tribunal Supremo y de que nunca es seguro que el tribunal de instancia siga siempre tales criterios, lo bien cierto es que a la corta o a la larga terminan imponiéndose en líneas generales. Si a ello añadimos una suficiente coincidencia en el substrato fáctico fijado, incluso podría ser posible hacer una previsión más o menos aproximativa de los resultados del proceso.

Esto último, en sí mismo ya tiene una gran importancia desde un punto de vista fáctico. En efecto, a pesar de que el prejuicio suele ser entendido en sentido peyorativo, prever eventuales consecuencias, sean positivas o perniciosas, derivadas de determinados actos o actitudes, en general permite tomar decisiones adecuadas que potencien las primeras y orillen o reduzcan las segundas, de modo que una adecuada previsión de las expectativas de éxito permite tomar importantísimas decisiones estratégicas en cualquier litigio.

En el proceso civil encontramos prejuicios necesarios en las medidas cautelares, como el juicio provisional e indiciario al que se refiere, como presupuesto de una medida cautelar, por ejemplo, el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Pero ya no solamente esto, conocer de la forma más aproximativa posible la fortaleza de nuestra pretensión permitirá

desterrar la improvisación o la arbitrariedad a la hora de tomar las numerosas decisiones derivadas de la solución del conflicto, entre otras, al valorar si actuar o tolerar determinadas injusticias, si negociar o litigar, con toda claridad, a la hora de conocer el umbral de sacrificio para acordar sin que sea un mal negocio en el patrimonio, o si conviene formular o no recurso frente a la resolución que no sea favorable. Aunque el prejuicio conviene hacerse de la forma más rigurosa que mediante la mera intuición o experiencia¹, siempre tendrá un margen de error significativo con resultados aproximativos. Las incertidumbres y certezas que produce todo esto permiten entender las muchas críticas que se han formulado frente a una decisión automática pues, por mucho que podamos aproximarnos al futuro resultado del proceso, todavía no será suficiente para elevar el prejuicio a la categoría de juicio.

Lo bien cierto es que el precedente permitirá, en algunos casos al menos, anticipar un posible resultado del conflicto basándose, pero esta actividad se presenta demasiado simple y ofrece excesivas incertidumbres en lo fáctico y en lo jurídico. Pero esto es algo que dista mucho de permitir resolver mediante el mismo. Y es que comparar un caso a resolver con otros iguales o similares previamente resueltos no permite realizar un juicio, al menos por las excesivas incertezas que derivan dado que cuanto menos será necesario evaluar las posibilidades reales de fijación fáctica en el caso a resolver.

Para el juicio es necesario algo más que una mera comparación de un caso con otros resueltos previamente. Y eso es porque la perfección no es precisamente lo más común en el ser humano ni en su actividad, incluida la de juzgar, como lo constata la mera previsión de un sistema de impugnación preordenada a subsanar errores. Lo bien cierto es que resolver presupone siempre algún grado de incerteza tanto en la fijación del sustrato fáctico como en la traslación de lo genérico de la norma a lo específico del objeto previamente fijado. Y toda esta imperfección no tolera tan alto nivel de incerteza fáctica y jurídica como la que generaría alguna resolución basada únicamente en el precedente. Aunque la predicción se presenta útil para el prejuicio, resulta insuficiente para el juicio con unos estándares algo más exigentes en cuanto a las suficientes garantías y razonables certezas. Y esto requiere, en primer lugar, partir de la fijación del sustrato fáctico constatada la notoriedad, la aceptación por la contraparte o la prueba de los correspondientes datos. Una

1 Véase esta idea con mayor desarrollo en mi trabajo BONET NAVARRO, J., “El juicio y el prejuicio por la máquina”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 60, 2023.

vez fijado el substrato fáctico, será necesario trasladar lo genérico de la norma aplicable al supuesto concreto cubierto por la misma norma y, de ese modo, comprobar si procede desestimar o estimar total o parcialmente lo solicitado por el demandante. En fin, solo después de la fijación, será posible despejar las muchas certezas que esta misma actividad plantea, y a partir de la misma, podremos empezar a elevar la mera predicción a un verdadero juicio.

Es claro que el señalado tránsito de lo genérico de la norma a lo concreto del objeto litigioso no se produce automáticamente. El juzgador encargado de ello realiza una actividad relativamente creativa dentro de los márgenes más o menos estrechos que le permite la norma, de modo que en su interpretación, concreción y aplicación influye poderosamente su personalidad². Así, se explica la existencia del principio de juez legal y predeterminado por la ley como garantía de independencia del poder judicial orientada precisamente a evitar que alguien pueda aprovechar el factor de la personalidad y valores del juez para favorecer o perjudicar a alguna de las partes; o la mera existencia de qué casos similares o equivalentes puedan ser resueltos de modo diferente por distintos tribunales, hasta el punto de que el interés casacional permitirá el acceso a la casación, entre otras cosas, cuando la sentencia sea contraria a la “doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o, en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia) o sobre asuntos o cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”³. El problema es si una máquina o sistema de inteligencia artificial es capaz de trasladar lo abstracto a lo concreto donde tanto influye la “personalidad” del encargado de esta traslación.

En un estadio más avanzado, el tránsito de lo genérico a lo concreto del caso se realizará directamente por la máquina, a pesar de que la formación interna de la resolución sobre el fondo es notablemente compleja, como lo es todo fenómeno relacionado con el pensamiento y la voluntad del ser humano⁴. Por ello

2 ORTELLS RAMOS, M. *et al.*, *Introducción al procesal civil*, 11.ª ed., Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, pp. 55 y 97.

3 Son palabras literales de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

4 ORTELLS RAMOS, M. *et al.*, *Derecho procesal civil*, 19.ª ed., Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, pp. 335-336, afirma que los intentos para su explicación distan de ser satisfactorios y además añade que el estudio de la formación interna de la sentencia reviste gran dificultad. En primer lugar, porque al ser el judicial el modo jurídico por excelencia de decidir (Gil Cremades), no hay orientación de metodología jurídica que no pretenda ser explicativa —y, a veces, rectora— del razonamiento judicial: desde la que concibe al poder judicial como “boca que pronuncia las palabras de la ley”, hasta la que, poniendo en primer plano la decisión judicial, considera que el derecho no es más que una profecía de lo que harán los jueces en un caso dado.

la explicación basada en el silogismo judicial se ha criticado por no incorporar los componentes no lógicos del juicio jurisdiccional y por ignorar que en ese juicio influyen elementos inasequibles a una explicación racional (impresiones y creencias del juzgador). Sin embargo, como afirma ORTELLS⁵, esta complejidad no debe “conducir a la conclusión de que la única actitud posible ante el mismo sea la de contemplación de un fenómeno misterioso”, pues se trata de una actitud racional que además ha de manifestarse a través de la motivación.

No obstante, todas las dificultades para explicar la formación del juicio jurisdiccional, puede describirse la actividad partiendo de los hechos afirmados. Así, se establecerá si se cuenta con normas que atribuyen a los mismos las consecuencias jurídicas que las partes han pedido. Para ello, se examinará la existencia, vigencia, validez y significación de las normas jurídicas que sean atinentes al supuesto planteado. Hasta este momento no parecen concurrir particulares inconvenientes para que un sistema inteligente pueda establecer la inicial viabilidad normativa, a pesar de que concurra un sistema de fuentes normativas complejo y multinivel (por la concurrencia de normas autonómicas, constitucionales, comunitarias y otras supranacionales), con problemas de vigencia temporal o espacial y de jerarquía y, por último, de integración mediante analogía y conforme a los eventuales principios del derecho.

Para la fijación de los hechos se procederá según se ha indicado el punto anterior y sigo sin encontrar inconvenientes ontológicos más allá de la mera incapacidad transitoria del avance de la tecnología para que pueda aplicar, de haberlas, normas de presunción o para construir presunciones judiciales con el objeto de fijar hechos relevantes antes de aplicar normas sobre carga de la prueba.

Fijados los hechos, sigue explicando ORTELLS, dado que el conjunto de hechos concretos y los supuestos de hecho abstractos previstos por las normas son entidades heterogéneas, el juzgador deberá componer, a partir de los hechos concretos, un todo orgánico susceptible de ser calificado como alguna de las relaciones, actos o hechos regulados por el derecho previamente a aplicar las normas. Para una máquina esto es altamente dificultoso al ser preciso apreciar la esencia, entidad o significación jurídicas de los hechos, incluida la interpretación de los negocios jurídicos partiendo meramente de palabras y conceptos sin contar con precedentes. Con todo, al margen de que pudiera aprovechar

5 ORTELLS RAMOS, *et al.*, *Derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 335-336.

previos precedentes, seguiría concretando la norma por sí misma no en vano el juzgador humano también se refiere, remite y aprovecha habitualmente en todo o en parte supuestos procedentes sin que por ello nadie le haya negado ser creador achacándole ser mero transmisor de lo resuelto previamente sobre hechos idénticos o con suficiente identidad. En todo caso, será necesario si el desarrollo tecnológico permite este estadio de actividad.

A partir de aquí, se procederá a la subsunción del conjunto de hechos jurídicamente calificados en el supuesto fáctico de la norma. Para ello se hará un juicio comparativo entre lo abstracto de la norma y lo concreto de los hechos debidamente calificados para lo que una vez más es posible que la máquina pueda o deba contar en todo o en parte con precedentes, máxime cuando en ocasiones deberá integrar el supuesto de hecho legal con la concurrencia de determinados conceptos o expresiones valorativas utilizadas por el legislador, denominados conceptos jurídicos indeterminados, que deberían estar previamente determinados o ser determinables para el algoritmo, todo esto salvo que llegue a un estado suficientemente avanzado de la tecnología que le ofrezca aptitud para proceder a la subsunción meramente partiendo de la norma y de los hechos fijados. En todo caso, esta complejidad forma parte de lo habitual sobre todo cuando es en las normas donde surgen las discrepancias interpretativas y por ende la necesidad de unificar jurisprudencia. Y, como se ha indicado, la utilización o aprovechamiento del precedente no es un fenómeno extraño en la práctica resolutoria, tampoco permite poner en duda la imparcialidad judicial ni implica que se trate de una mera actividad traslativa. De otro lado, la máquina, como el juez humano, en virtud del principio *iura novit curia* no estaría vinculada por los derechos alegados por las partes, pudiendo y debiendo aplicar aquellas normas que sean correctamente aplicables siempre que, en el proceso civil, por esta vía no se modifiquen los hechos ni las consecuencias pretendidas.

Toda esta actividad resulta sin duda compleja. Entre las principales dificultades que implica merece destacar el hecho de que la máquina llegue a tener aptitud para extraer conceptos de meras palabras; que de los hechos componga un todo orgánico susceptible de ser calificado; que aprecie la esencia, entidad o significación jurídicas de los hechos, incluida la interpretación de los negocios jurídicos; o que integre el supuesto de hecho legal con conceptos jurídicos indeterminados. Pero una cosa es reconocer las dificultades y otra bien distinta es negar que una máquina nunca pueda llegar a realizarlas, aunque inicialmente

sea basándose en el precedente o en los numerosos ejemplos en los que se ha realizado tal actividad en el pasado. No obstante, no parece descabellado que algún día llegue a este estadio si añadimos su gran capacidad de aprendizaje y entrenamiento para realizar la resolución de forma autónoma, sin necesidad de acudir en todo caso al precedente como resuelve el ser humano.

Por su parte, más viable se presenta, al menos en fases más iniciales, la aplicación de las normas a través de su previa concreción por un juzgador humano. Como se ha indicado, es precisamente en la traslación de lo genérico de la norma a lo concreto del supuesto fáctico donde se generan las mayores dificultades. Por tal motivo, será en las fases finales del desarrollo tecnológico cuando podrá alcanzarse el objetivo de la resolución por la máquina. Pero de no lograrse, no ser posible o mientras tanto se alcanza tan avanzado desarrollo tecnológico, en fases intermedias cabría que el sistema de inteligencia artificial pudiera meramente aplicar normas previamente concretadas por el ser humano en precedentes jurisprudenciales. En realidad, esto no supondría una genuina resolución exclusivamente mediante la máquina, sino más bien esta sería intermediaria entre la previa resolución y el caso concreto. Se trataría, en definitiva, de una resolución anterior hecha por el ser humano que la máquina aplicaría posteriormente a supuestos iguales o similares.

La simplificación en este caso sería notable, aunque la resolución no estaría todavía exenta de dificultades. La resolución no operaría en realidad como una simple comparación del caso concreto con precedentes idénticos o similares. Como se ha indicado, esto solo sería idóneo, como se ha indicado en el punto anterior, para el prejuicio. Diversamente, en lugar de proyectar meramente el precedente al supuesto coincidente a resolver, todavía el sistema debería realizar actividades complejas como, entre otras, comprobar la existencia o no de normas que puedan coincidir con las consecuencias solicitadas o realizar la calificación, esencia, entidad o significación jurídica de los hechos. A partir de aquí, en lugar de realizar directamente la subsunción entre norma y el caso concreto se utilizará la norma previamente concretada en precedentes para comprobar la coincidencia con el caso concreto y atribuir o no las consecuencias solicitadas. De ese modo, se orillan buena parte de las actividades más complejas para que el sistema de inteligencia artificial sea capaz de dictar resoluciones al margen de la dificultad del caso tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. Pero todavía se mantienen parte de las dificultades de operatividad planteados respecto de la resolución predictiva, principalmente porque los precedentes

difícilmente van a ser idénticos, de modo que son de prever márgenes de imprecisión y posible error. Igualmente, las normas son cambiantes por el avance social o al ser modificadas cuando no sustituidas, y, además, la interpretación, dentro de ciertos márgenes más o menos amplios, puede ir variando según la personalidad del juez o tribunal que lo evalúe.

El propio sistema de inteligencia artificial quizá pueda llegar a ser capaz de resolver tal y como lo hace el ser humano. Esta posibilidad está sin duda lejana y es difícil, y, aunque no deberíamos descartarla sin más, sin duda se presenta como más compleja y exigente que la resolución meramente con precedentes, de modo que requerirá como mínimo más tiempo. Para soslayar la mayor parte de estos problemas podría ser contar con unos precedentes unificados y dinámicos, esto es, con unas normas previamente concretadas que se mantengan actualizadas según los cambios sociales y normativos. Para este objetivo sería necesario contar con un alto tribunal integrado por seres humanos, al margen de que este órgano pueda auxiliarse y favorecerse con la tecnología, que tenga función nomofiláctica y pueda realizar la actividad de “mantenimiento” del precedente, tanto en su aspecto cualitativo, actualizando las normas concretadas a los cambios legislativos y sociales; como cuantitativo, ofreciendo normas concretadas en todos los supuestos. Aunque un sistema de inteligencia artificial podría servirse cuando fuera necesario del precedente, como lo hace cualquier tribunal actualmente, aplicadas las normas por la máquina estando previamente concretadas por el juzgador humano, nos encontraríamos en realidad ante un fenómeno de justicia humana diferida mediante o con la ayuda de la máquina, pues, al margen de la fijación del substrato fáctico, la esencia resolutoria se habría hecho previamente por un tribunal integrado por humanos.

Con todo, a pesar de todos los esfuerzos unificadores y concurrencia de numerosos precedentes, seguirá siendo bastante probable que las normas previamente concretadas lo sean en supuestos no exactos ni idénticos. Con mayor o menor intensidad, se mantendrá siempre alguna diferencia, lo que exigirá establecer márgenes de equivalencia o similitud máximos que permitan considerados los supuestos como equivalentes a los efectos de permitir la concreción. Al margen de otros aspectos, esto excluirá en la práctica totalidad de las ocasiones una resolución perfecta, por mucho que la realice una máquina. En realidad, no cabe esperar perfección pues bastaría con una resolución con un margen aceptable de calidad tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos. En efecto, si hemos asumido, por ser consustancial al ser humano, una justicia con cierto grado de

imperfeción, coherentemente hemos de aceptar un margen similar de imperfección en la resolución por la máquina, aunque venga por caminos distintos. De ese modo, aunque sea con ciertos márgenes de equivalencia o similitud, solo hace falta algo de tecnología y voluntad para evaluar correctamente el coste y lo mucho que aporta frente a las dilaciones que es el principal mal de la justicia.

Como toda resolución con o sin precedente, un sistema de inteligencia artificial tendrá márgenes más o menos importantes de imperfección. Podrá aprender, mejorar y reducir sesgos, incluso superar en algunos aspectos la valoración y apreciación por el ser humano, pero, como obra suya, mantendrá imperfecciones. A pesar de ser artificial, no será perfecta y mucho menos en estos momentos en que se encuentra todavía en fase de gestación y ha planteado algunos sesgos en su aplicación⁶, por mucho de que puedan minimizarse en el futuro. Al margen de los problemas jurídicos que, en mi opinión, son fácilmente superables los problemas ontológicos requerirá adquirir elementos que ofrezcan confianza, especialmente a través de la mejora del sistema y la reducción de sesgos y problemas de aplicación en general.

Suele argumentarse que en el proceso se realiza algo más que la fría aplicación de la ley al caso concreto, ya que el juez al interpretar también explica, adapta, completa y evalúa sobre unos hechos que están por determinar y que generalmente son incalculables, lo que junto a que los valores o su percepción pueden cambiar en el tiempo y en el espacio, provoca que los resultados no suelen ser predecibles⁷. Por supuesto, como se ha indicado, adecuar la ley al caso concreto implica actividades que dependen de la misma personalidad del juez. Y, además, la dificultad aumenta por la concurrencia

6 En la literatura jurídica es bastante habitual una referencia a los sesgos como crítica fundamental a la aplicación de la inteligencia artificial en el proceso. Valga como ejemplo, recientemente, CHIAPPINI, D., “Intelligenza artificiale, un ritorno alla ‘Bouche de la Loi’?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 58, 8.ª ed., 2022, pp. 1 y 9.

7 En ese sentido la mayor parte de la doctrina. Uno de los autores más representativos en esta posición es CARRATTA, A., “Decisione robotica e valori del processo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 75, n.º 2, 2020, pp. 491-514. Y en una línea similar, aunque algo menos restrictiva, SANTAGADA, F., “Intelligenza Artificiale e processo civile”, en *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, n.º 4, 2020, pp. 465-496. La doctrina española suele seguir también esta línea, por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ, V., *De la justicia a la ciberjusticia*, Barcelona: Atelier, 2022, pp. 117, 127 y 171, indica que “tal como entendemos hoy en día la jurisdicción y el juicio jurisdiccional, con las garantías que deben concurrir, estas no pueden sustituir la función del juez o magistrado”, plantea dudas básicamente en relación con la igualdad, la independencia judicial, y las dificultades e insuficiencia del silogismo para recrear el razonamiento humano para establecer una debida relación entre hecho y derecho.

de cláusulas generales, normas elásticas, conceptos indeterminados, necesidad de determinación de la calidad constitutiva o defensiva de un hecho y otras muchas circunstancias que dificulten la operatividad del algoritmo, que han de actuar incluso con una enorme cantidad y sobre todo diversidad de pronunciamientos sobre temas similares⁸. Con todo, hay tantas razones para el optimismo como para el pesimismo sobre un incierto pero posible desarrollo tecnológico futuro que sea apto para superar todos los obstáculos. En principio, se presenta viable que pueda resolver litigios simples o con mayor o menor uniformidad, identidad o similitud⁹, incluso, más adelante, que llegue a trasladar lo abstracto de la norma al caso específico de un modo no idéntico pero cercano a como el ser humano parece funcionar.

Lo cierto es que la inteligencia artificial no consistiría simplemente en introducir un caso en una especie de máquina para que ofrecer un resultado según un precedente, sin incluir la determinación y calificación de las pretensiones, el principio dispositivo, la aportación de parte, la fijación de los hechos siguiendo instrucción probatoria y, por último, la aplicación de las normas, a través, ahora sí, de los precedentes en forma de criterios jurisprudenciales anteriores o quizá directamente por la máquina, para conceder o no lo solicitado, con una instrumentación del sistema de inteligencia artificial respetuosa de los derechos fundamentales, que solo requieren adaptaciones adecuadas. La operatividad de un sistema de inteligencia artificial deberá ser

8 Esto último en lo que se ha venido a denominar “realismo jurídico”. Véanse al respecto los datos estadísticos en ZAGORSKI, W., “Law as a set of decisions. On merits and dangers of legal realism through the prism of big data”, en CALZOLAIO, E., *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano: Cedam, 2020, pp. 175 y 183.

9 Para resoluciones realmente repetitivas (NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, en CALAZA y LLORENTE (dir.), *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, p. 436); para determinadas clases de materias (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, A. I., “La irrupción de la inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos”, en CALAZA y LLORENTE (dir.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, p. 550); para determinados procedimientos (MARCOS GONZÁLEZ, M., “Procesos judiciales y procesos automatizados”, en LLORENTE y CALAZA (dir.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 336); para asuntos que tengan cierta facilidad (PÉREZ DAUDÍ, V., “La transformación digital de la justicia civil”, en LLORENTE y CALAZA (dir.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022, pp. 475 y 476, o que pueda considerarse adecuado por diversas circunstancias como por contar con casos prácticamente idénticos, sin oposición, en ejecución de condena dineraria del proceso civil (NIEVA FENOLL, J., “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 57, 2022, p. 5).

algo más que una mera ayuda para el juzgador¹⁰, será capaz de fijar los hechos, calificarlos jurídicamente y aplicar la ley sea o no previamente concretada para unos hechos equivalentes, esto es, después de establecerlos con la ayuda de la tecnología. En mi opinión, no es excluible que puedan superarse las múltiples dificultades para que el sistema establezca hechos, los califique jurídicamente y que, sobre ellos, se apliquen normas genéricamente formuladas sobre el caso enjuiciado, concretadas o no previamente por la jurisprudencia. Se tratará de una decisión imperfecta¹¹, pero lo importante es que sea justa y correcta, adoptada con suficientes garantías y razonable certeza. Y es que el juicio por la máquina tendrá similitudes, pero no será, ni tiene por qué ser, perfecta ni idéntica a la decisión humana. Pero, con todas sus debilidades, la inteligencia artificial podrá explotar la previsibilidad que ofrecen los precedentes, ofreciendo seguridad derivada de la confianza, la estabilidad¹², y, sobre todo, ofreciendo resultados con un nivel de calidad aceptable, pero con un costo ventajoso en términos de tiempo y quizás también de dinero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARRATTA, Antonio, “Decisione robotica e valori del processo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, 2020.
- CHIAPPINI, Daniele, “Intelligenza artificiale, un ritorno alla ‘Bouche de la Loi’?”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 58, 2022.

-
- 10 Por ejemplo, no descarta la posibilidad de resolución por la máquina si bien con supervisión judicial ESPARZA LEIBAR, I., “Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito jurisdiccional e inteligencia artificial. En especial la LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales”, en CALAZA y LLORENTE (dir.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 202.
- 11 Tan imperfecta como lo es la humana, no en vano la Inteligencia Artificial es un producto del mismo ser humano. Como ha evidenciado DALFINO (“Decisione amministrativa robotica, ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una ‘buona scuola’”, en *Questione Giustizia*, 13 de enero del 2020. Recuperado de <<http://bitly.ws/PW5P>>).
- 12 Recuerda DALFINO (“Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo”, en *Questione Giustizia*, 3 de julio del 2019), que es una opción “tutto sta a decidere se si vuole andare nella direzione di una giustizia soltanto statistica e logica oppure (anche) umanamente fluida”. A continuación, afirma en este sentido que “se l’uomo non può fare a meno dell’algoritmo, questo non può fare a meno dell’uomo. Ciò vale sia, ovviamente, a monte, nella fase di individuazione dei criteri e dei dati da immettere per l’elaborazione del software; sia a valle, nella fase di controllo; sia nel mezzo, nella fase dell’istruttoria procedimentale”.

- DALFINO, Domenico, “Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo”, en *Questione Giustizia*, 3 de julio del 2019. Recuperado de <<http://bitly.ws/PW6A>>.
- DALFINO, Domenico, “Decisione amministrativa robotica, ed effetto performativo. Un beffardo algoritmo per una ‘buona scuola’”, en *Questione Giustizi*, 13 de enero del 2020. Recuperado de <<http://bitly.ws/PW5P>>.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki, “Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito jurisdiccional e Inteligencia Artificial. En especial la LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales”, en CALAZA y LLORENTE (dir.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Ana, “La irrupción de la inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos”, en CALAZA y LLORENTE (dir.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022.
- MARCOS GONZÁLEZ, M., “Procesos judiciales y procesos automatizados”, en LLORENTE y CALAZA (dir.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- NIEVA, Jordi, “Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas ante un alto tecnológico en el camino”, en CALAZA y LLORENTE (dir.) *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *et al.*, *Derecho procesal civil*, 19.^a ed., Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2020.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *et al.*, *Introducción al procesal civil*, 11.^a ed., Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, “La transformación digital de la justicia civil”, en LLORENTE y CALAZA (dir.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2022.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente, *De la justicia a la ciberjusticia*, Barcelona: Atelier, 2022.
- SANTAGADA, Filomena, “Intelligenza artificiale e processo civile”, en *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, n.º 4, 2020.
- ZAGORSKI, Wojciech, “Law as a set of decisions. On merits and dangers of legal realism through the prism of big data”, en CALZOLAIO, E., *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano: Cedam, 2020.