

TERESA ARMENTA DEU

**DERIVAS DE LA JUSTICIA**  
**Tutela de los derechos y solución**  
**de controversias en tiempos**  
**de cambios**

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA | SÃO PAULO

2021

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	Pág. 15
--------------------	------------

## CAPÍTULO I

### **ACELERACIÓN DE LA JUSTICIA Y EFICACIA. LOS PARÁMETROS ECONÓMICOS. DECISIÓN INDIVIDUAL Y CONTRACTUALIZACIÓN**

1. LA GESTIÓN DE LA JUSTICIA, UN ASPECTO PRIORIZADO.....	26
2. LOS PARÁMETROS ECONÓMICOS Y ALGUNOS DE SUS EFECTOS .....	34
3. REMISIÓN DE COMPETENCIAS A ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES Y DESJUDICIALIZACIÓN DE «LO PROCESAL».....	35
4. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, CONTRACTUALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN/ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LA JUSTICIA...	39
4.1. En el proceso civil.....	41
4.2. En el proceso penal.....	45
5. LA RENUNCIA AL PROCESO COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	48
6. OTROS MECANISMOS QUE LIMITAN LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL DESDE DIVERSAS PERSPECTIVAS O QUE LA INCENTIVAN COMO GESTIÓN. LA JUSTICIA COMO BIEN ESCASO Y LOS COSTES COMO CRITERIO .....	51
7. EL CONTRATO, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA .....	59
BIBLIOGRAFÍA .....	64

## CAPÍTULO II

**REMISIÓN DE COMPETENCIAS ESTATALES  
A LO NO JURISDICCIONAL, ADMINISTRATIVIZACIÓN  
Y DESJUDICIALIZACIÓN DE LO PROCESAL.  
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRACTUALIZACIÓN.  
COLABORACIONES PARA EVITAR O DETERMINAR LA PENA**

1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL ESTADO DESBORDADO .....	69
2. INCREMENTAR EL NÚMERO DE JUECES O MODIFICAR SU SISTEMA DE ACCESO.....	71
3. DERIVACIÓN A TERCEROS .....	77
3.1. Remisión de competencias al letrado de la Administración de Justicia y Ley de Oficina Judicial .....	79
3.2. Administrativización, notarios, registradores y otros actores .....	82
3.3. Externalización en empresas tecnológicas.....	86
4. DERIVAR FUERA DEL PROCESO. ACUERDOS PREVIOS Y COLABORACIÓN PRIVADA .....	89
5. DERIVAR FUERA DEL PROCESO MEDIANTE ADR .....	94
5.1. Negociación: breve referencia .....	99
5.2. La conciliación: breve referencia.....	101
5.3. La mediación .....	103
A) Mediación en general y mediación civil.....	104
B) Algún ejemplo actual .....	111
C) Mediación penal.....	112
a) La escasa normativa actual.....	114
b) La mediación en el proceso de menores .....	119
c) La mediación en las últimas reformas del Código Penal .....	120
d) La mediación en el Anteproyecto de 2011, en el Borrador de CPP de 2013 y en el Anteproyecto de LECrim de noviembre de 2020 .....	121
e) Alguna consideración general en torno a la mediación penal .....	123
f) Algún ejemplo actual .....	125
5.4. Otros ADR en Estados Unidos (mención). Derecho colaborativo...	126
5.5. ADR en la Unión Europea .....	129
5.6. ADR a instancias del juez .....	134
6. ACUERDOS Y «PLEA BARGAINING».....	135
6.1. «Plea bargaining», administrativización y privatización (una lectura norteamericana) .....	146

	Pág.
6.2. «Plea bargaining» desde el punto de vista del acusado. Doctrina del TEDH. Condena del inocente .....	151
6.3. La conformidad: regulación actual y algunas propuestas.....	157
<b>7. COLABORACIONES PARA EVITAR EL PROCESO, DETERMINAR LA CONDENA O ARCHIVARLO .....</b>	<b>178</b>
7.1. Traslado de la carga de la investigación, eficacia y colaboración.	179
7.2. Cambio en el esquema judicial y social.....	181
7.3. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la UE.....	184
7.4. Delación premiada: negociación y condena pactada.....	185
7.5. Delación y recompensas económicas .....	186
7.6. Colaboración y justicia premiada penal: de las excusas absolutorias a las atenuantes .....	188
A) Colaboración y premio a través de excusas absolutorias....	188
B) Atenuantes por colaboración con la justicia en el ámbito penal.....	189
a) Tipos atenuados específicos para el arrepentido .....	190
b) La atenuante genérica de confesión .....	191
c) La atenuante analógica de colaboración con la justicia.....	191
d) La colaboración con la justicia como atenuante expresa de la persona jurídica.....	192
7.7. El colaborador en el ámbito procesal: la colaboración eficaz.....	193
A) El colaborador eficaz con la investigación y su eficacia procesal.....	194
B) El colaborador eficaz, su estrategia de defensa y las repercusiones en el derecho de defensa de otros encausados delatados.....	195
C) Testimonio del colaborador y valor probatorio.....	197
7.8. La colaboración del arrepentido como supuesto de oportunidad y archivo del proceso en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (breve referencia).....	199
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>199</b>

### CAPÍTULO III

#### TECNOLOGÍA DISRUPTIVA Y PROCESO

PLANTEAMIENTO.....	217
1. SOBRE LA TERMINOLOGÍA. LA TECNOLOGÍA COMO MACROCONCEPTO CENTRAL.....	219

	Pág.
2. DIGITALIZACIÓN: DE LA NUMERACIÓN Y LA PROGRAMACIÓN A LA CORRELACIÓN DE DATOS. LA IRRUPCIÓN DEL 5G Y LA EXPECTATIVA DE LA COMPUTACIÓN CUÁNTICA.....	224
3. TECNOLOGÍA DISRUPTIVA, «BIG DATA» E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: LOS «TALONES DE AQUILES» DEL BD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS. EL ESTADO Y LAS «BIG TECH».....	228
4. MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y ALGUNAS APLICACIONES JURÍDICAS: DE LA JUSTICIA DIGITAL A LA IA .....	239
4.1. Medidas tecnológicas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de justicia .....	239
4.2. Expediente judicial electrónico.....	242
4.3. LexNET .....	247
4.4. Juicios telemáticos y ciberjusticia: previsiones legales e interpretación de los tribunales .....	251
5. ODR .....	257
6. JUSTICIA PREDICTIVA Y PREDICTIBILIDAD. ALGUNOS PROBLEMAS .....	262
6.1. Instrumentos de prevención y predicción: policía preventiva y predictiva. VALCRI, COMPAS, SyRI, PNR y VioGén.....	267
6.2. Tratamientos automatizados de prevención: perfiles, reconocimiento facial y detector de mentiras .....	272
6.3. Fuentes de investigación y prueba: «investigar para prevenir» ...	276
6.4. Una aproximación a la distinción entre «vigilancia legítima» y «vigilancia ilícita» .....	278
6.5. El problema de la conservación de datos.....	280
7. INVESTIGAR PARA PODER ACUSAR Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS: GARANTÍAS PARA SU ADOPCIÓN .....	282
7.1. Garantías legales y jurisprudenciales.....	283
7.2. Requisitos necesarios para surtir efectos probatorios.....	290
8. EXPERIMENTOS Y FICCIONES: HART, I2 EIA, DEEPFAKE, ROBOTS POLICÍA Y JUECES ROBOTS .....	291
9. PROBLEMAS EMERGENTES: SESGO Y PATRONES; CONTROL; LENGUAJE; SERVIDUMBRE; GESTIÓN Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA; INFALIBILIDAD; SUBJETIVIDAD Y OPA-CIDAD .....	299
9.1. El problema del sesgo y la creación de patrones discriminatorios .....	301
9.2. La falta de control democrático sobre el desarrollo e implantación de la tecnología, claramente liderada hasta la fecha en el ámbito privado. ....	301
9.3. El obstáculo del lenguaje jurídico.....	302
9.4. El impacto en los modelos organizativos de gestión pública y la colaboración público-privada.....	303

	<u>Pág.</u>
9.5. Crisis del jurista técnico, sumisión pericial, ecosistemas digitales (Entidades certificadoras).....	304
9.6. Una justicia sin personas .....	307
9.7. Una justicia infalible .....	308
9.8. Los problemas inherentes a la subjetividad y al sentido común.	309
9.9. La opacidad y el efecto caja-negra y la necesidad de regular la IA: las lecciones de SyRI y el programa BOSCO .....	310
9.10. El impacto de las plataformas de alojamiento de contenidos ...	313
10. LA MARGINACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA Y ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LAS SOLUCIONES BASADAS EN EL BD. GRUPOS DE EXPERTOS QUE PREFIGURAN LAS LEYES. CÓDIGOS ÉTICOS, «GUIDE LINES», Y «CÓDIGOS DE BUENAS PRÁCTICAS».....	316
11. A LA BÚSQUEDA DE UNA NORMATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA .....	322
11.1. Unión Europea .....	323
11.2. España.....	330
12. DERECHOS Y GARANTÍAS EN LA ERA DIGITAL .....	332
BIBLIOGRAFÍA .....	336

## PRESENTACIÓN

La idea de este libro surgió hace tiempo y se ha ido modulando al filo de las importantes transformaciones que afectan a los principios básicos del proceso, hasta el punto de alterar la comprensión que de él tenemos.

Su objetivo inicial era el análisis crítico de la «lectura económica» de la justicia y el proceso que parece inspirar buena parte de las nuevas tendencias que se pretenden plasmar en reformas legales de calado. Esta orientación inicial se fue concretando, enriqueciendo y también complicando al considerar los que se presentaban como hipótesis de partida o presupuestos ineluctables de esas reformas que se han acometido en unos casos y se plantean en otros. Hay tres que pueden destacarse por su generalizada presencia. Una es la percepción de la gestión de la justicia como una carga muy gravosa para un Estado desbordado por sus cometidos y que busca por ello soluciones alternativas, previas o complementarias, hasta convertir el proceso judicial en la última ratio. Otra es la contractualización de las controversias, saltando del proceso civil al proceso penal más allá de la originaria concepción sobre la disponibilidad de los derechos. La tercera y más reciente es el severo impacto de la revolución tecnológica con su ya firme propuesta de encomendar la solución de muchos problemas y controversias a la digitalización, la tecnológica y otros fenómenos concurrentes, generalmente sin un previo conocimiento, ni del instrumento tecnológico ni de los riesgos y servidumbres que inevitablemente comportan aspectos como pasar de la prevención a la predicción o de las personas a las máquinas, siempre en aras de la aceleración y la eficacia.

En el entorno de estas propuestas se advierten otros fenómenos: una pujante administrativización, entendida como remisión a métodos propios del Derecho administrativo, más fácil de controlar, o de la atribución de

funciones a sujetos que por su proximidad o pertenencia participan de aquella calidad; la constante absorción en los diferentes ordenamientos europeos, y desde luego en el español, de categorías jurídicas propias del norteamericano, generalmente a través de la Unión Europea, uno de sus mejores embajadores merced a la importante tarea legislativa de los últimos años: la colaboración premiada, la «compliance» o la conformidad, pero también la nueva configuración de la responsabilidad y los seguros o el derecho de la competencia, son buenos ejemplos de ello.

El análisis de este libro se extiende así a los tres grandes ámbitos de la justicia, correspondientes a cada uno de los capítulos, que se conectan y convergen en un aparente nuevo paradigma de la tutela de los derechos y la solución de controversias: la eficacia como parámetro del «servicio justicia», la remisión fuera del proceso, la negociación y la colaboración, y, finalmente, la irrupción de la tecnología disruptiva en nuestras vidas y en múltiples ámbitos jurisdiccionales. En este amplio espectro algunas instituciones son más antiguas que el proceso y hunden sus raíces en culturas refractarias al conflicto, generalmente ajenas a la intervención del Estado. Otras han irrumpido en nuestra sociedad ofreciendo métodos hasta ahora de ciencia ficción, recibiendo un gran espaldarazo con la crisis actual de la que probablemente se buscará sacar rédito para «adelgazar» el «servicio justicia». Unas y otras se perciben en el espíritu que informa propuestas legislativas presentadas muy recientemente que, a falta de un examen imposible aquí y ahora, suscitan la necesidad de recordar que no es lo mismo buscar la solución justa que solventar un conflicto.

La concepción de una justicia «gestionada» encuentra menos dificultades al trasladarse a órganos no jurisdiccionales, colaboradores en un principio y después a otros juristas, notarios, registradores, para pasar finalmente al individuo, a la autonomía de la voluntad, incrementando el valor de la transacción, la negociación y la colaboración, transformando en buena medida la justicia en un servicio y la eficacia en su valor fundamental. El afán por reducir el número de cuestiones litigiosas provoca un efecto expansivo que sirve tanto para fomentar mecanismos como la conciliación o la mediación, como para reivindicar una nueva función gestora de los órganos judiciales, quienes administran justicia, pero se ven obligados también a velar para que «lo procesal» no se fíe enteramente a la libre disponibilidad de los justiciables, y a obtener un buen resultado de la ecuación coste/beneficio.

Las limitaciones del Estado social y de Derecho en su función judicial más característica —dispensar la tutela jurídica a través del proceso— hace ya tiempo que se hicieron visibles, y para tratar de superarlas se adoptaron diversas fórmulas que discurrían por las vías de la contractualización, la privatización o la externalización. Un aspecto que converge ahora —no

por casualidad— con las constantes apelaciones de la Unión Europea a la cooperación público-privada en relación con la tecnología, como antes sucedió con la ciencia. Las iniciativas para mejorar la situación se mueven en un arco de ciento ochenta grados, desde incrementar el número de órganos judiciales, modificar su sistema de acceso o reorganizar su planta, hasta derivar funciones a terceros, bien entre los órganos colaboradores, bien hacia los expertos. Es el proceso en su conjunto el que se ve afectado en la búsqueda de ese «adelgazamiento», incidiendo tanto sobre los sujetos, incentivando fórmulas negociadoras, como sobre la propia estructura del proceso, limitando su acceso o comprometiendo para ello tanto a jueces y fiscales como a los propios justiciables, a los que se incentiva con diversas ventajas o premios. La reticencia del justiciable podría comportar hasta la imposición de medidas sancionadoras si se entendiera que acudir al proceso, sin intentar previamente un arreglo amistoso, podría constituir un abuso del proceso.

Se refuerza la autonomía de la voluntad como presupuesto de la contractualización a través de numerosas formas de resolución amigable de controversias, pero también para acordar una concreta sentencia condenatoria que comporta la previa renuncia del justiciable. Aun reconociendo que comporta innegables ventajas para todos los implicados, lo cierto es que las consecuencias penales se individualizan según la capacidad y voluntad de negociación. La verdad queda arrumbada y el resultado se va delimitando conforme a las ventajas que ofrezca para la investigación. A más prontitud en alcanzar la avenencia, mayor ventaja. El debilitamiento del Estado, de la justicia y del principio de legalidad frustra la expectativa del ciudadano a obtener una respuesta judicial orientada a la búsqueda de la verdad resultante del proceso.

Paralelamente se va filtrando una percepción colaborativa y de remisión a lo privado, buscando las extraordinarias ventajas que comporta, bien en los casos de «compliance», bien fijando la contraprestación («quid pro quo») en proporción con la ventaja que aporta el colaborador, o simplemente porque resulta inevitable al tratarse de cuestiones relacionadas con los avances tecnológicos. La negociación y la colaboración constituyen, así, dos manifestaciones de un mismo objetivo de resolver los procesos penales buscando un difícil equilibrio entre ventajas y renunciaciones. Con diversos matices, la conformidad, configurada originalmente como una forma de poner fin al proceso antes de la práctica de la prueba —porque el acusado se conformaba con la calificación más grave—, ha pasado a incorporar la negociación que favorece al acusador y al acusado al presentar un escrito de acusación conformado, que no ayuda a acelerar la investigación, pero sí a la inmediata finalización del juicio. La novedad del premio en la reforma de 2002 se anuda a facilitar la investigación permitiendo una sentencia en

la guardia y una reducción de un tercio de la pena, cuando concurren determinados presupuestos y condiciones.

Como resultado de la confluencia de todos estos fenómenos, la justicia, que no es una obligación sino un derecho (de acceso a jueces y tribunales a través del proceso, art. 117 de la Constitución española) que garantiza el Estado a través de una serie de funciones tuitivas, no puede circunscribirse al mero control formal de si la renuncia a los derechos implicados es voluntaria y está suficientemente informada.

Ante la presión por los medios alternativos, complementarios y negociados, creo necesario recordar la sugerencia de Mirjan Damaska: tantos procesos como sea posible, tantos acuerdos como resulte imprescindible.

\* \* \*

Medios complementarios de la jurisdicción y tecnología son dos realidades destinadas a encontrarse. El fundamento que justifica a los primeros, como mecanismos de auxilio para una justicia sobrepasada, encuentra en la tecnología un instrumento idóneo por su potencial para imprimir la rapidez e informalidad que se predica de los medios alternativos.

La tecnología se sirve de muy diversas herramientas, como los ordenadores o, más recientemente, la inteligencia artificial (IA). Se habla de *e-justicia* y *TIC*, destacando su formidable incidencia en la vida social y su posible proyección en todos los ámbitos del Derecho: civil, administrativo, penal y, por supuesto, procesal. La revolución numérica ha invadido la sociedad, y cómo no, la justicia. A caballo de la globalización, por una parte, y de las tendencias impulsadas por el neoliberalismo, por otra, conforman una tríada —técnica, geoestratégica y económica— que aspira a contestar satisfactoriamente los reiterados requerimientos de eficacia. Permite un acceso del ciudadano más directo a la justicia propiciando cruzar datos y metadatos y acelerar la implementación de los «online dispute resolution (ODR)». Un optimismo tecnológico que contrasta con el fracaso en Europa de la «Plataforma de Resolución de Conflictos de Consumo en Línea (Plataforma ODR)», operativa desde el 13 de diciembre de 2017. El primer informe sobre su funcionamiento destaca que el 85 por 100 de las reclamaciones decaen automáticamente a los treinta días naturales. Un dato confirmado en un segundo informe, con muy escasas variaciones. Para remediar esta situación, se ha propuesto una política legislativa en la que la mediación y negociación resulten de «cierta obligatoriedad», al menos como intento previo a la reclamación. Quizá sea esta la razón de querer obligar a acreditar un intento de avenencia antes de acudir al proceso, algo que, además de haber mostrado históricamente su inutilidad, va en contra de la naturaleza voluntaria de aquella; una desnaturalización en la que ahonda la negociación en el proceso penal, no por la falta de volun-

riedad en este caso, sino por asentarse únicamente en la renuncia a los derechos, olvidando por completo la falta de disponibilidad del Derecho penal y su orientación a la búsqueda de la verdad, elementos clave que hoy están muy erosionados, también por la acción de filósofos tan influyentes como Michel Foucault, Jacques Derrida o Richard Rorty, cuando afirman que no existen verdades halladas, sino que nosotros las construimos a base de acuerdos y consensos.

Por lo demás, la suma de digitalización, «big data» e inteligencia artificial contribuye a que en los últimas décadas la justicia haya pasado de reprimir las conductas antisociales a buscar la prevención de los riesgos, de manera que en tanto el modelo clásico sanciona hechos pasados, el tecnológico se proyecta sobre la previsión de los riesgos futuros, la prevención y predicción de conductas ilegales, al coste, eso sí, de aceptar el margen de error cuando se trata de la libertad de las personas. El auge de la IA converge con la desregulación resultante de la globalización y la imposibilidad de establecer un marco normativo común, circunstancias que franquean la entrada a aplicaciones fragmentarias por cada Estado y por cada sector, entre ellos el jurídico, y singularmente el procesal, abriendo dos tipos de brechas.

La primera y más conocida, la brecha digital, no afecta solo a los menos entendidos en tecnología; la mutación sociológica y jurídica añadida no proviene, a diferencia de otras revoluciones jurídicas, ni de la política, ni de la sociedad, sino más bien de matemáticos y jóvenes negociantes que ven en la justicia un campo inexplorado e inexplorado, que ha situado a los Estados en posiciones claramente dependientes de las «Big Tech». La IA transforma la geopolítica, adentrándonos en un terreno desconocido en el que las empresas tecnológicas, y no los gobiernos, están al timón. Pero los riesgos son mayores: los gobiernos compran tecnología a empresas extranjeras, mayoritariamente norteamericanas o chinas, pero también israelíes o canadienses, y al hacerlo se van volviendo poco a poco dependientes de la IA extranjera, algo que explica el renovado interés de la Unión Europea por tener su propia tecnología de IA. Un espejo inmejorable de esta afirmación lo ha constituido la crisis de la covid-19, que ofreció imágenes preocupantes al desatarse la guerra por controlar la expansión de la pandemia o la adquisición de mascarillas en el acertadamente calificado de «mercado turco» en que se convirtió el mundo en la primavera de 2020. La provisión de mascarillas, respiradores y otros artículos de primera necesidad mostró con toda su crudeza las consecuencias de la deslocalización y la dependencia de China, «la fábrica del mundo» y, hoy por hoy, la avanzadilla en IA.

La segunda brecha surge en el seno del Derecho, dividiendo cada vez más su aplicación entre empresas y ciudadanos pertenecientes a «grandes

mercados económicos» como Estados Unidos, la UE o China y el resto de los países. Y aún dentro de los primeros, entre quienes pueden permitirse acudir al proceso, negociar u ofrecer información valiosa y quienes se quedan fuera. Por más que se alegue que la IA reequilibra las relaciones entre el individuo y el Estado, al usar algoritmos que contribuyen a que los más humildes asuman el riesgo de enfrentarse al oponente/demandado cuando el resultado previsible les es favorable, y que estas herramientas ofrecen un acercamiento del acceso de los ciudadanos, lo cierto es que las posibilidades de éxito provienen de datos matemáticos y estadísticos, sujetos a error de cálculo o cambio de criterios judiciales. Se provoca, además, un efecto, colateral pero determinante: la pérdida de confianza en la justicia y en sus naturales protagonistas (jueces, fiscales, abogados) que se ve desplazada ahora hacia las cifras, datos y otros mecanismos, que no se comprenden realmente, pero quizá por lo mismo, fascinan.

La justicia predictiva se promueve como herramienta para la eficacia procesal, combinando una mejora en la calidad de la toma de decisiones y una reducción de la actividad judicial. Se distingue así entre el procedimiento, en el que se parte de dudas hasta llegar a una resolución final, de la justicia predictiva, en la que se invertiría esa secuencia al fijar el algoritmo una certidumbre inicial que vincula el derecho del litigante a una decisión adaptada a su caso. Ciertamente que la previsibilidad siempre ha existido en el Derecho desde el momento en que las reglas legales pretenden regular la sociedad, antes incluso de que surja el conflicto o, cuando lo hace, remediándolo prontamente, pero la justicia predictiva convierte el conocimiento del Derecho en una cualidad secundaria y a los juristas en auxiliares de los estrategas económicos. Al final, la verdad se sustituye o queda supeditada a la opinión dominante, más cuantificable y aprehensible en términos numéricos (digitales).

La predictibilidad de las resoluciones judiciales comporta riesgos sistémicos, ya sea porque se acude mucho menos a los tribunales, ya porque los pronunciamientos serán conocidos y cada vez más homogéneos. El ejemplo de «Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights» ilustra bien a las claras esta consideración. El determinismo predictivo niega la libertad de los sujetos y el enjuiciamiento de los actos que efectivamente han realizado, como sucedería, por ejemplo, si se encontrara una correlación entre las tasas de reincidencia y los lugares de residencia de los condenados, pudiendo concluirse que sería suficiente preguntar por el código postal a un demandado para deducir casi automáticamente, en función del riesgo de reincidencia, sobre la libertad provisional. Se perpetúa la situación en sí misma, otorgando una relevancia desmesurada al pasado y al presente, en detrimento del futuro, o lo que es igual, pudiendo bloquear las tentativas de cambios.

Otras técnicas como el reconocimiento facial ofrecen promesas de eficacia y mejora en las investigaciones, permitiendo identificar personas con velo, pasamontañas o máscaras, facilitando la creación de bancos de imágenes que permiten el rastreo en red o ciberpatrullaje, el uso de programas para leer matrículas, la videovigilancia mediante cámaras de activación remota, los georradars o la tecnología GPS para ubicar a una persona. La cuestión es a qué precio. La existencia de múltiples disfunciones ha obligado a Amazon y a IBM a descartar el uso de su programa Rekognition, pues diversos estudios demostraron que discrimina a los negros y personas de piel oscura así como a las mujeres, a las que distingue con más dificultad.

La disrupción tecnológica ha puesto de relieve una falta de previsión normativa, tanto más necesaria cuanto más se conoce que la predictibilidad presenta desviaciones e incluso efectos rebote. Los datos precisan interpretación, y la interpretación, a su vez, un juicio evaluativo humano para combatir los sesgos, las inclinaciones o los incentivos que pueden conducir a valoraciones erróneas de aquellos, y de ahí que siempre requieran de una evaluación humana. Por otra parte, los datos son incompletos y necesitan ser filtrados y analizados mediante juicios teóricos; sin ellos solo se adquiere un mar de correlaciones incoherentes. El lenguaje caracteriza al Derecho en tanto el valor de los datos se encuentra en su comprensión mediante una teoría o explicación que los contextualice adecuadamente.

El desarrollo imparable del «big data» hace bien visible sus propios «talones de Aquiles», entre ellos la limitación, cuando no vulneración, de la privacidad y otros derechos, y las debilidades propias de su predictibilidad. Los ataques a la privacidad han intentado ser neutralizados mediante normas como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pero el espectro es mucho más amplio y se extiende al ámbito de la UE, en el que la Comisión y el Tribunal Europeo de Luxemburgo están singularmente interesados. Se está lejos, no obstante, de regulaciones como la existente en torno a las fuentes de investigación, que desde la reforma de 2015 acometió una actualización imprescindible en la protección del derecho al secreto de las comunicaciones. Los nuevos desafíos vislumbran un largo camino por recorrer en el que la iniciativa europea marca la línea a seguir, sin perjuicio de la propia capacidad normativa nacional, como señala la «Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza». Las dificultades de ese camino se advierten ya en los problemas que suscitan los sesgos y patrones discriminatorios, el obstáculo que representa el propio lenguaje jurídico, la crisis del jurista técnico, la sumisión pericial y la necesidad de crear ecosistemas digitales; por no hablar de las dificultades inherentes a la subjetividad y al sentido común o la opacidad y el efecto caja-negra, que ha llevado a la condena de Holanda por el uso

del sistema SyRI, por utilizar técnicas de «machine learning», opacas e incompatibles con los requisitos de transparencia, control, trazabilidad y posibilidad de identificar los procesos en las decisiones de los algoritmos que deben acompañar el uso de estos mecanismos.

De todo lo expuesto se derivan cuando menos dos prevenciones. Una sobre la tentación de sucumbir a la innegable utilidad de la tecnología, sin ponderar y establecer los límites que derivan del respeto a bienes superiores como los derechos humanos. La otra sobre la dificultad de legislar sobre una materia tan volátil, lo que propicia la entrada de otros instrumentos regulatorios que se presenten más ágiles, generalmente adscritos al «soft law»: «guidelines», «códigos éticos» u «opiniones de expertos» y, por supuesto, «principios» que informen cualquier modificación con carácter general.

En su afán regulador y de desarrollo de la IA, la Comisión Europea ha establecido la confianza y el respeto a los Derechos Humanos como fundamento esencial de su estrategia. A ellos se añade el principio de transparencia, que en esta materia se concreta en visualizar cómo y por qué el mecanismo de IA se comporta de una determinada manera, siendo posible para quien interactúe con esos sistemas conocer que se trata de IA y las personas responsables. A través de numerosos textos se recuerda el art. 2 de la Convención de Derechos del Hombre y la primacía de la persona sobre los intereses de la ciencia y el conocimiento, a la par que las dos últimas «Resoluciones del Parlamento Europeo sobre Ley de servicios digitales y régimen de responsabilidad en materia de IA» refuerzan la idea conforme a la cual la decisión final en cualquier resolución de conflictos ha de corresponder a una persona. España tomará buena nota de estas líneas hermenéuticas en su esfuerzo por ponerse al día en la revolución tecnológica, más allá del expediente judicial electrónico, LexNet, la generalización de la videoconferencia o el inicio de juicios telemáticos, entre otros aspectos destacables que a día de hoy precisan de un desarrollo de más largo recorrido.

Queda mucho camino por andar. Pero el tiempo apremia ante una realidad que avanza a gran velocidad inundando la vida social y reclamando respuestas jurídicas. En ese orden de cosas, ocupan un lugar importante los derechos y garantías en la «era digital», sobre los cuales en fase de corrección de pruebas de este libro el Gobierno de España presenta un documento para la consulta pública que contiene un «Borrador de Carta de Derechos Digitales». En torno a un eje vertebrador alrededor de los derechos que pueden verse afectados (derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos de participación y conformación del espacio público y derechos digitales en entornos específicos) surgen otro grupo de derechos, conformando así un amplísimo abanico que requerirá de una mayor concreción,

un tiempo para su análisis y, sobre todo, una articulación jurídica para su defensa y protección jurisdiccional o de otro tipo, si así se desea y resulta disponible y adecuada, con el límite, siempre repetido, de no impedir ni constreñir el derecho de acceso a la justicia, vértice final de la protección de la tutela de los derechos aun en estos tiempos de cambios.

Mientras se escriben estas líneas —en plena crisis sanitaria y ante la consecuente crisis económica— se presenta también la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la administración de Justicia, adelantando en parte el contenido de una nueva iniciativa presentada en diciembre de 2020 a través del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, cuyo propio título corrobora las tendencias mencionadas en este trabajo, desde hacer hincapié en la configuración de la justicia como un servicio, hasta el auge de medios ajenos, cuando no elusivos, del proceso, pasando por adecuaciones —pocas de momento— a la transformación digital en la Administración de Justicia.

\* \* \*

Aclararé finalmente que el término «derivas» del título debe entenderse como «sin dirección o propósito fijo, a merced de las circunstancias», más que «desvío de su verdadero rumbo», otra de sus acepciones. Quiero significar así que no todas las instituciones, fenómenos sociales y reformas o propuestas que se analizan se perciben como criticables. Algunas merecen un juicio favorable, otras simplemente una aceptación rendida. El conjunto, sin embargo, no ofrece una perspectiva homogénea o en una dirección coincidente, más allá quizá de responder a un objetivo de eficacia y aceleración en la resolución de las controversias, aunque quizá no tanto en la tutela de los derechos.

Llegados al final de esta presentación es posible que el lector tenga más preguntas que respuestas. Si es así se habrá alcanzado uno de los propósitos con los que se escribió.

Barcelona, enero de 2021

# CAPÍTULO I

## **ACELERACIÓN DE LA JUSTICIA Y EFICACIA. LOS PARÁMETROS ECONÓMICOS. DECISIÓN INDIVIDUAL Y CONTRACTUALIZACIÓN**

Señalaba hace unos años que toda reforma procesal que se precie inicia su Exposición de Motivos destacando su finalidad aceleradora, sobreentendiendo que cumple así otra de eficacia. Esta característica se manifiesta por igual en el proceso civil y penal, en el plano nacional y en el del derecho comparado habiéndose disparado en esta época de crisis institucional y económica, elevada «a la n» por la covid-19<sup>1</sup>. Sin negar legitimidad a la búsqueda de una justicia más eficaz, fiándola a la aceleración de los procesos o a un importante número de mecanismos que hacen más difícil acceder al mismo, que conducen a abandonarlo o incluso a excluirlo, cabe reflexionar sobre la concurrencia en el tiempo y en los diferentes ordenamientos de todos, abriendo importante interrogantes, como los límites de dicha remisión, de la delegación o de la exclusión de la «reserva jurisdiccional», así como de la posición institucional del Estado como titular de la función jurisdiccional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de los jueces y tribunales y sus límites (art. 117.3 CE)<sup>2</sup>. Son bastantes las voces

---

<sup>1</sup> Muestra clara es el Real Decreto ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, y la posterior Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de justicia.

<sup>2</sup> Vid. mi trabajo «Derivas de la justicia: una reflexión abierta», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (2017).

que alertan sobre la retirada del Estado en el ejercicio de diversas funciones, incluido el marco judicial<sup>3</sup>.

A partir de los años ochenta del pasado siglo y de manera explícita a comienzos del presente, se han ido dando pasos y seguido líneas de actuación cuyo objetivo común era combatir las acusaciones de una justicia demasiado lenta, demasiado cara e incluso demasiado imprevisible<sup>4</sup>. Este punto de vista, que concurre con otras circunstancias de tintes claramente neoliberales centra la atención sobre la justicia en su vertiente de administración que el Estado debe gestionar con parámetros económicos, más que como poder que le corresponde constitucionalmente. Con esta deriva las consecuencias son múltiples, desde un constreñimiento del principio de legalidad hasta una auténtica fuga del proceso a través de diferentes mecanismos, algunos regulados en la propia ley o incluso en el seno del mismo proceso, y otros que parten de la emergencia de la autonomía de la voluntad, bien para apartarse del proceso utilizando de la jurisdicción solo en aquello que resulta insustituible<sup>5</sup>, bien para concertar rectamente no llegar nunca a ella<sup>6</sup>. Unos y otros, finalmente, pueden conducir a una nueva forma de creación del derecho que nace no solo de la ley sino del acuerdo de voluntades, del contrato que subyace a los fenómenos expuestos, o que simplemente lo sustituye<sup>7</sup>.

## 1. LA GESTIÓN DE LA JUSTICIA, UN ASPECTO PRIORIZADO

Con el principio de siglo la necesidad de modernizar la justicia se percibe como algo acuciante. Dicho objetivo se centra primordialmente en una mejor gestión de los medios humanos y materiales para alcanzar la reiterada aceleración-eficacia. Se acoge así una perspectiva propia de la «razón neoliberal» que desplaza el centro de gravedad de la institución al individuo centrando en la eficacia el núcleo de valor determinante. La masificación y los reproches de lentitud de la justicia han obligado a pensar en términos de fluidez, eficacia y previsibilidad<sup>8</sup>. En este contexto, la irrupción de la tecno-

<sup>3</sup> Sobre el retroceso del Estado en muchos aspectos y su porqué, J. ESTEVE PARDO, *Estado Garante. Idea y realidad*, Madrid, Innap Investiga, 2015, pp. 41-42. En torno a lo jurisdiccional, J. F. HERRERO PEREZAGUA, *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson Reuters, 2014.

<sup>4</sup> A. GARAPON, *La Raison du moindre État: Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, pp. 21 y 45.

<sup>5</sup> Sobre la crisis del principio de legalidad en el sentido aquí utilizado, L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, pp. 257 y ss.

<sup>6</sup> *Vid. infra*, apartado 4.

<sup>7</sup> M. MEKKI, *L'Intérêt Général et le Contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGGJ, 2004, pp. 736-762.

<sup>8</sup> En torno al avance del neoliberalismo y sus efectos sobre la justicia, *vid.* M. FOUCAULT, *Naissance de la Biopolitique (Cours au Collège de France)*, Hautes Études, Ehes Gallimard, Seuil, 2004, pp. 245 y ss.

logía que abordaremos en el capítulo III adquiere un relieve impredecible y quizá por eso necesitado de un análisis sobre su realidad e innegables ventajas, pero también de los riesgos que pueden acompañarle.

A tenor de esta lógica, el derecho y la tutela de los derechos suponen un factor de riesgo, de manera que la ley precisa de su interpretación a través del ejercicio de una acción que genera unos costes particulares y sociales<sup>9</sup>. En un modelo de «justicia gestionada» el juez descubre un nuevo elemento de presión: las cifras de resolución que suponen a su vez un elemento clave para la propia decisión<sup>10</sup>. Si a ello se une que el número de resoluciones constituye un baremo de su retribución, dicha lógica encuentra un nuevo argumento<sup>11</sup>. Este modelo de justicia gestionada presenta además otros elementos característicos: los formularios, los códigos de buenas prácticas y todo un corolario de técnicas reguladoras de la función juzgadora que en buena medida la constriñe desde un doble tipo de aspectos que quedan al margen de los jueces: los aspectos «burocráticos», «de gestión de la función» y los del ejercicio de los derechos, en los que la decisión individual emerge, por una parte, y la actividad de los abogados se realza, por otra. Manifestación significativa a este respecto es el llamado *managerial judging* en Estados Unidos y el reforzamiento de la misma que se propone por la Unión Europea a la hora de elaborar las «Normas mínimas de proceso civil en la Unión». Uno y otro serán objeto de atención en este y posteriores capítulos.

Un primer punto de inflexión y manifestación de esta tendencia en España fue la reforma mediante Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*. A la «Ley de Oficina Judicial» le siguieron diversas reformas orientadas a obtener una tutela civil más pronta en el ámbito de la propiedad horizontal, de las reclamaciones crediticias, del ejecutivo hipotecario, de la propiedad intelectual y de las innumerables ampliaciones de la técnica monitoria, entre otros<sup>12</sup>. No es que la aceleración haya sido la única finalidad, pero sí la más llamativa y un reflejo fiel de la orientación general detectable asimismo en el entorno de la Unión Europea, que ha comportado la obligación del uso de las nuevas tecnologías y otras normas, cuyo rótulo es de por sí suficientemente ilustrativo<sup>13</sup>. Paralelamente, el Anteproyecto

---

<sup>9</sup> C. LAVAL, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007, *passim*.

<sup>10</sup> A. GARAPON, *La Raison du Moindre...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>11</sup> Art. 403 LOPJ.

<sup>12</sup> La consulta del conjunto de normas publicadas pone de relieve otros focos de interés en materia de consumidores, vivienda, concursal, hipotecario o propiedad intelectual.

<sup>13</sup> Ley 19/2009, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios; Ley 4/2001, de 24 de marzo, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía; Ley 11/2011, de arbitraje; Ley 27/2011, de medidas de agilización procesal; Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y Ley

de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (conocido como Ley MASC)<sup>14</sup>, no puede tener un título más expresivo de lo que aquí se trata.

La emergencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito del proceso penal por su parte se inició con la ya citada crisis del principio de legalidad, fundamentando claramente la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que incorporó el consenso a nuestro proceso penal y a la que siguieron todas las reformas posteriores en dicho ámbito, orientadas todas ellas a reducir los tiempos procesales, y la reforma de 2015 con el significativo título «Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales», incluyendo una imprescindible y urgente adecuación de determinadas medidas limitativas de derechos fundamentales, que se verán modificadas a su vez si se aprueba el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros el 20 de noviembre de 2020. En dicho Anteproyecto, que no podrá recibir la atención que quisiera por su recientísima publicación, se opta —entre otros muchos aspectos— por regular nuestro modelo de principio de oportunidad en tres vertientes: como «mecanismos alternativos a la acción penal», terminando el proceso por razones de oportunidad (discrecionalidad)<sup>15</sup>, por conformidad<sup>16</sup>, o por justicia restaurativa<sup>17</sup>.

En el marco europeo, el enfoque, o cuando menos uno de los objetivos prevalentes, es semejante. La Resolución adoptada con ocasión de la 23.<sup>a</sup> Conferencia de Ministros de Justicia europeas, celebrada en Londres los

---

10/2012, de 20 de noviembre, y Real Decreto ley 3/2013, de 22 de febrero, sobre tasas. En cuanto a la implantación de la llamada «e-justicia» *vid.* las leyes citadas en la nota 31, y sobre todo, capítulo III, apartado 11.1.

<sup>14</sup> Aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020, en fase de corrección de pruebas de este trabajo.

<sup>15</sup> Pese a que la Exposición de Motivos señala que la introducción limitada del principio de oportunidad, con márgenes legales claramente definidos y acotados, no ha de ser entendido como mera discrecionalidad técnica en la interpretación de la norma penal, sino «como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad» (Exposición de Motivos XXV); lo cierto es, que las diversas variantes de esta «modalidad de principio de oportunidad» (archivo por oportunidad, archivo condicionado, oportunidad relacionada con la persecución de organizaciones criminales o con la figura del arrepentido, no se compadece con el sentido propio de la discrecionalidad, entendido como ámbito de actuación entre unos márgenes establecidos por la ley entre cuyos extremos toda decisión es conforme); no resultando por esencia recurrible, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de derecho administrativo* (con T. R. FERNÁNDEZ), 5.<sup>a</sup> ed., 1989. En el mismo sentido, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1976. Será preciso reflexionar sobre esta configuración, así como sobre la consecución de «la igualdad ante la aplicación de la ley penal» a través de las Circulares e Instrucciones generales para asegurar «la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad» (*sic*: la discrecionalidad). Art. 174.2.II Anteproyecto.

<sup>16</sup> Sobre la conformidad, me remito al capítulo II, apartado 6.3.

<sup>17</sup> *Vid. infra* capítulo II, apartado 5.3.