

Abriendo la caja negra del conocimiento jurídico

Elementos para una reconstrucción de las decisiones judiciales

Josefa Dolores Ruiz Resa [*]

Resumen. El pensamiento racional moderno ha venido considerando que los procesos de interpretación y aplicación del Derecho que se llevan a cabo para resolver un caso son operaciones racionales. Sin embargo, si tenemos en cuenta el tipo de actividades que se desarrollan en la práctica forense cotidiana y las reglas que la rigen, se llega a la conclusión de que no estamos ante un proceso tan racional como se supone. Pero tratar de ofrecer pautas para hacer más racional esa decisión pasa por conocer hasta qué punto no lo es ahora. Desde mediados del siglo xx se cuentan con nuevas metodologías que han surgido tras la crítica a la teoría moderna del conocimiento, que lo situaba en una torre de marfil, ajeno a las influencias del medio social y natural sobre el sujeto que conoce. Estas otras metodologías prestan atención a la manera en que se llevan a cabo cierto tipo de operaciones mentales o se toman cierto tipo de decisiones que suelen pasar desapercibidas. Persiguen desvelar, en definitiva, la *caja negra del conocimiento*. Este artículo se dirige a mostrar su posible uso en el conocimiento de la caja negra de los procesos que hay tras la decisión judicial que resuelve el caso.

Palabras clave: decisión judicial, práctica jurídica, ciencias cognitivas, caja negra, intuición, saber cómo, dimensión tácita

Abstract. The modern rational thought has considered that the interpretation and application of law in order to resolve cases are rational operations. However, if we consider the type of activities that takes place in everyday court practices and the rules governing them, we come to the conclusion that this is not a rational process such as assumed. But if we try to offer guidelines to make the court decision more rational, we need to know to what extent it is not now. Since the mid-twentieth century it is possible to count on new methodologies that have emerged after the criticism of the modern theory of knowledge, which had placed it into an ivory tower, forgetting the influences of social and natural environment on the individual that knows. These other methodologies pay attention to how some type of mental operations is carried out or how certain types of decisions are adopted, which usually is unnoticed. They intend to reveal, ultimately, the black box of knowledge. This article aims to show their possible utilization in understanding the black box of knowledge behind the court decision that solves the case.

Keywords: court decision, legal practice, cognitive sciences, black box, intuition, know how, tacit dimension.

Desde la Modernidad y sobre todo como consecuencia del influjo de la Ilustración, se ha considerado que tanto la producción del Derecho como su interpretación y aplicación son operaciones racionales. Se suponía que con la razón no sólo se resolvían problemas del conocimiento teórico, esto es, filosófico o científico, sino también problemas prácticos, es decir, de tipo político, económico o forense.

Esta forma de considerar el conocimiento jurídico permite controlar su producción y revisarlo, a partir de su racionalidad. Cuando la Constitución española, en su artículo 120.3, obliga a los jueces a motivar sus sentencias, está recogiendo esta tradición moderna ilustrada acerca del conocimiento forense, lo que tiene también su expresión en las garantías y derechos procesales. Por otra parte, la motivación de las sentencias conecta con la tradición de los Estados de Derecho, donde la racionalidad se equipara a la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, esto es, a su sometimiento al principio de legalidad. De ahí que las actuaciones de los jueces deban estarlo, como manifestación de su racionalidad.

Así pues, la racionalidad del proceso judicial que podemos considerar como el conjunto de actividades que se llevan a cabo para resolver un caso, descansa en que vienen reguladas por el propio Derecho, el cual es considerado a su vez un sistema ordenado de normas jurídicas de acuerdo a principios que se consideran racionales. Sin embargo, lo que las normas jurídicas dicen que debe hacerse (a través de la legislación o de la jurisprudencia de tribunales superiores como el Tribunal Supremo, o de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución) resulta insuficiente para guiar la actividad forense. Esto deja un amplio margen de discrecionalidad a los

jueces a la hora de decidir cómo o qué debe entenderse por la racionalidad en el proceso, lo que se agrava si tenemos en cuenta que los jueces no suelen recibir formación en métodos del conocimiento racional de ningún tipo; ni siquiera jurídico. Por lo demás, las normas jurídicas disponibles suelen remitir en ocasiones a prácticas y modelos de actividad poco racionales. En primer lugar, en nuestro Derecho rige el principio de libre convencimiento del juez en la valoración de la prueba, como en el de numerosos países que se presentan como Estados de Derecho (es decir, Estados cuyas actuaciones se someten al principio de legalidad y tienen los derechos fundamentales como límites de esas actuaciones). Este principio está basado a su vez en el principio de inmediación, que determina que el juez esté presente en el momento de practicarse las pruebas, recibiendo así una impresión inmediata que le permite valorarlas libremente, sin intermedio de otras personas.

La libre valoración de la prueba se consideró un triunfo frente al sistema de prueba legal, que imponía a los jueces absolver o condenar según estuvieran presentes o no ciertas pruebas. Sin embargo, pronto se reveló que el principio de libre convencimiento conducía a una actividad incontrolada, lo que llevó a atemperarlo con el recurso a reglas como la sana crítica, la lógica o la razón de la experiencia [1]. Pero aún no se ha aclarado en qué consiste recurrir a la sana crítica: sana ¿respecto a qué? Y ¿qué es sana en este contexto? Ni tampoco se sabe con certeza de qué se habla cuando se habla de lógica: ¿lógicas formales o informales? ¿Aplicación sistemática del sistema jurídico según su propia lógica, esto es, sus propias reglas de funcionamiento e interrelación entre normas?. Recientemente se ha tratado incluso de ofrecer algunos estándares más objetivos para la valoración de la prueba, como el principio de la probabilidad

prevaleciente, para el proceso civil, o la íntima convicción y el principio BARD, que proviene de EE UU (*Beyond All Reasonable Doubt*), estándares que serían aplicables al proceso penal. Pero no se sigue discutiendo todavía en qué consiste una duda razonable, como apunta en sus estudios sobre este principio el epistemólogo Larry Laudan, para saber si se ha ido o no más allá. Para Laudan, no sólo fallarían como estándares objetivos de prueba sino que, además, remiten al subjetivismo [2]. Tampoco se sabe cómo opera o qué es siquiera una «íntima convicción». Igualmente se discute cómo entender la probabilidad, si desde el punto de vista matemático o estadístico, según el cual la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de una clase de eventos a la que pertenece, o desde un punto de vista lógico, que se predica de proposiciones, no de sucesos [3].

Otras reglas jurídicas que se han dado para la racionalidad en la fase de valoración de la prueba adolecen de vaguedad y concitan la presencia de estereotipos socio-culturales. Se trata, por ejemplo, de la remisión a la verosimilitud (que es la apariencia de verdad de un relato, lo que no significa que sea verdadero), a la ausencia de incredulidad y a la repetición del mismo testimonio, como criterios para valorar la credibilidad de la prueba de los testigos de cargo. Estos criterios emanan de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo [4] y de nuestro Tribunal Constitucional [5]. En todo caso, la obligación de motivar que recoge el artículo 120.3 de la Constitución española se aplica a la fase de decisión, no a la fase concreta de valoración de las pruebas, que puede quedar más o menos justificada, o no, al hilo de la motivación de la decisión del caso [6].

Es obvio que ante esta situación los justiciables, es decir, las personas que podemos

acabar como partes de un proceso (como acusadas o demandadas o como acusadoras o demandantes) sintamos alguna inquietud por nuestra suerte final, pues no hay garantías de que la decisión, que tal vez termine limitando nuestros derechos fundamentales, sea racional ni de que pueda revisarse también, en la instancia pertinente, de manera racional.

Tratar de ofrecer pautas para hacer más racional esa decisión pasa por conocer hasta qué punto no lo es ahora. Pero para saberlo es necesario revisar la forma en que se aborda el estudio de los procesos de conocimiento que se llevan a cabo en los procesos judiciales; es decir, los procesos del conocimiento forense, donde participan varios individuos: las partes del proceso y sus representantes, los testigos, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los peritos y los funcionarios de la oficina judicial, entre los que está el juez, a quien compete adoptar la decisión final, si bien esta tarea de decisión también puede ser competencia, en determinadas ocasiones, de los jurados.

Por el momento, la mayoría de los estudios han abordado de manera superficial qué tipo de procesos mentales se llevan a cabo en los procesos judiciales. Tal vez la causa de esta superficialidad haya residido, en cierta parte, en la carencia de métodos adecuados para su estudio. Desde mediados del siglo xx se cuentan con nuevas metodologías que han surgido tras la crítica a la teoría moderna del conocimiento, que lo situaba en una torre de marfil, ajeno a las influencias del medio social y natural del sujeto que conoce. Estas otras metodologías prestan atención a la manera en que se llevan a cabo cierto tipo de operaciones mentales o se toman cierto tipo de decisiones que suelen pasar desapercibidas, pero que afectan al resultado final del conocimiento. Persiguen desvelar, en

definitiva, la *caja negra del conocimiento*, expresión que proviene de la biología, de donde la tomó a su vez la psicología conductista, para confesar que era algo que no podían desvelar, desde sus métodos y presupuestos (los psicólogos conductistas sólo estudian lo que se evidencia en las conductas). Por esa razón permanecería en la oscuridad.

Con la intención de mostrar su utilidad para el conocimiento de la caja negra de los procesos judiciales y, en especial, de la adopción de la decisión judicial que resuelve el caso, en las próximas páginas nos detendremos, en primer lugar, en el análisis de esas nuevas metodologías. Por el momento, manifiestan un carácter fragmentario y tentativo, ya que provienen de diversas corrientes y disciplinas del conocimiento, y han dado lugar a experiencias que aún deben desarrollarse. Después veremos algunos ejemplos de su aplicación al estudio del proceso forense, ejemplos que evidencian resultados limitados aún pero prometedores, de cara a garantizar un control de las decisiones judiciales y con ello, de nuestros derechos fundamentales. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

La caja negra del conocimiento: contexto y posibilidades

Actualmente asistimos a la multiplicación de estudios sobre cómo y dónde se produce el conocimiento, espoleados no sólo (o no tanto) por las demandas de justicia y defensa de los derechos fundamentales, sino también (o sobre todo) por los nuevos requerimientos de la sociedad/economía del conocimiento. En ella, la innovación, las competencias y los saberes tienen un papel fundamental.

Aunque el interés por el conocimiento es muy antiguo (hablamos de la teoría del conocimiento o gnoseología como parte de la filosofía clásica) el interés por su estudio conecta actualmente con una visión del conocimiento cuya generación y mercantilización se erige en la principal fuente de riqueza y bienestar. Saber qué hay que hacer para producirlo, apropiárselo, incrementarlo mediante la innovación y obtener beneficio de esos procesos constituye el desafío fundamental, en el que están involucradas muchas instituciones públicas y privadas, políticas, educativas y económicas.

El desarrollo de la sociedad/economía del conocimiento parece encaminarnos al cumplimiento extremo de esa tendencia hacia la autorreflexividad que, según Guiddens, manifiesta la Modernidad, la cual se piensa a sí misma [7], y que según Habermas, consiste en el sometimiento a la crítica de dogmas, autoridades y tradiciones, y en la posibilidad de llevar a cabo nuevos procesos de aprendizaje [8]. El rechazo a los dogmas estaba ya presente en el *Discurso sobre el Método*, de Descartes, cuya famosa frase «Pienso, luego existo» [9] constituye el punto de partida del racionalismo moderno. Pero en nuestros días, la autorreflexividad es llevada hasta fronteras nunca vistas, ya que la reflexión epistemológica o pregunta por el conocimiento no es sólo una preocupación de filósofos o de científicos en torno a la objetividad de sus métodos de estudio, sino el presupuesto básico de un nuevo modelo de sociedad/economía, adjetivadas como «del conocimiento», donde la pregunta por cómo se conoce es el eje en torno al cual gira su organización social, económica y política. En nuestros días, esta pregunta se la hacen bien individuos aislados bien organizaciones, y sus respuestas puede orientarse hacia fines distintos, según sirvan realmente para expandir las posibilidades de la inteli-

gencia y colaborar en una autorreflexión que conduzca a la emancipación (en el sentido en que lo exponía por ejemplo Habermas [10]); o para reducir el conocimiento a mera tecnología mercantilizable.

En el fondo de todo este proceso de indagación por el conocimiento subyace la reconsideración de la tradicional distinción entre teoría, de un lado, y técnica, arte u oficio, de otro; es decir, entre procesos que producen cosas y la idea abstracta de esas cosas, entre ciencia y valores morales-socio-culturales, entre razonamiento abstracto y problemas específicos. Aquellas distinciones y jerarquías de Platón [11] y Aristóteles [12], actualizadas en su momento por Kant [13] o Weber [14], se ven hoy superadas por los objetivos de la sociedad/economía del conocimiento, que fuerzan a pensar tales relaciones no sólo como una mejora del individuo y la sociedad sino también (o más bien) como fuente de riqueza.

Por lo tanto, una de las preguntas fundamentales de esta época de la humanidad es cómo se produce el conocimiento, principalmente el científico y aquel otro que conduce a la innovación tecnológica, a los que se ha erigido en presupuestos del progreso y el crecimiento económico. A la innovación está intrínsecamente unida el aprendizaje, que no se reduce a instrucción, ya que es la puesta en marcha de la adaptación de los conocimientos y habilidades que poseemos para resolver los problemas que nos impone el medio; es decir, la espoleta de la innovación misma. La clave está pues en desvelar cómo se produce ese proceso, que suele pasar desapercibido o quedar oculto, en una especie de conocimiento plegado o doblado, que se presenta como intuición. Saber qué ocurre equivale a abrir la *caja negra* en la que, según los psicólogos conductistas, consisten nuestros procesos cognitivos internos;

evidenciando su *dimensión tácita*, como pretendía Michael Polanyi, que es donde reside su poder innovador.

Partiendo del rechazo de que, como comúnmente se venía aceptando, la ciencia es un conocimiento aislado, Polanyi sostuvo la idea de que en el conocimiento hay dos polos: el externo, el cual implica (coincidiendo con la forma en que se viene caracterizando la racionalidad desde la Ilustración), objetividad, estándares universales y articulación o formalización a través del lenguaje; y el polo interno o personal —que no subjetivo—, consistente en creencias prácticas heredadas, tradiciones, valores y prejuicios, así como un conjunto de informaciones e imágenes conceptuales y sensoriales, que no puede ser articulado de manera explícita y que se adquiere a través de la práctica. Para Polanyi, el conocimiento externo está enraizado en el interno, y su conexión se basa en un compromiso, inferencia, intuición o en las llamadas *pasiones intelectuales*. El polo interno del conocimiento constituye su *dimensión tácita* [15], lo que inicialmente explicó desde su conocida frase: «conocemos más de lo que podemos decir» [16].

La explicación de este conocimiento tácito discurre sobre dos presupuestos: la noción de *reorganización*, que Polanyi toma de la psicología de la Gestalt, y la noción de *conocedor activo* (intencional) que toma de la filosofía fenomenológico-existencial. A través de la primera noción, explica la integración de las partes percibidas en un todo en el que se reorganizan y cobran sentido, mientras que a través de la noción de *conocedor activo*, Polanyi pasa del conocimiento como percepción a centrarse en el *conocimiento como acción*, en pos de la resolución de un problema [17]. Cómo opera lo expone a través del ejemplo del sujeto que golpea un clavo con un martillo:

Cuando usamos un martillo para hincar un clavo, prestamos atención a ambos, clavo y martillo, pero de *manera diferente*. *Observamos* el efecto de nuestros golpes sobre el clavo y tratamos de empuñar el martillo para golpear el clavo más eficazmente. Cuando bajamos el martillo no sentimos que su mango nos ha golpeado la palma de la mano sino que su cabeza ha golpeado el clavo. Sin embargo, de alguna forma, estamos ciertamente alerta a las sensaciones de nuestra palma y de nuestros dedos, que sujetan el martillo. Ellas nos guían eficazmente al empuñar el martillo, y el grado de atención que prestamos al clavo es de la misma extensión, pero en un sentido diferente, al que prestamos a esas sensaciones. Puede afirmarse que la diferencia está en que estas últimas no son, como ocurre con el clavo, objeto de nuestra atención sino su instrumento. No son observadas en sí mismas, sino que observamos algo más mientras somos intensamente conscientes de ellas. Tengo una *conciencia subsidiaria* de la sensación de la palma de mi mano que se funde con la *conciencia focalizada* que tengo de mis golpes sobre el clavo [18].

Para Polanyi, se trata de la transición entre el *saber cómo* (*know how*) y el *saber qué* (*know what*) cuya estructura es, sin embargo, muy similar. Ahora bien, ambos tipos de conciencia, subsidiaria y focalizada, son mutuamente excluyentes ya que, si me centrara en lo «accesorio», mi acción se paralizaría, lo que determina que las particularidades de una habilidad queden al final *inespecificadas* [19].

A la hora de descubrir esa parte implícita del conocimiento, hay que observar entonces las operaciones que realizamos cuando conocemos, sobre todo la categorización de los datos mediante conceptos y la resolución de problemas, los cuales crean un conflicto o perturbación que nos obliga a un cambio de conducta o a un cambio de estructuras conceptuales. La mayor parte de las tendencias que se han ocupado de realizar esta observa-

ción de la *dimensión tácita* del conocimiento tratan de superar la filosofía de la ciencia de los positivistas lógicos, que quisieron dejar el conocimiento al margen de lo socio-económico y lo biológico-psicológico, como un templo de neutralidad e inaccesibilidad. Por el contrario, se toma el camino abierto por filósofos como Kuhn o Lakatos y, en general, aquellos filósofos que habían mostrado su interés por el lenguaje cotidiano y su dimensión pragmática. También pivota en algunos casos sobre la idea del Pensamiento complejo, del que es tan representativo la obra de Morin, la cual se sustenta a su vez en a) la Teoría de los paradigmas de Kuhn, así como en b) presupuestos procedentes de otras disciplinas y corrientes, como la Teoría General de Sistemas, cuya paternidad se atribuye al biólogo Von Bertalanffy, que incorpora una perspectiva holística (y del que se toma también la idea de los organismos vivos como sistemas abiertos y autororganizadores); c) la Cibernética, de la que se recogen conceptos como retroalimentación o causalidad circular (presentes en el principio de auto-eco-organización, por el que los fenómenos deben conocerse imbricados en sus entornos); d) la Teoría de la información y la comunicación (de la que se incluye la idea de que el lenguaje y la comunicación humana constituyen las primeras formas de representación simbólica de la realidad); y e) las teorías de Piaget (especialmente sus ideas sobre el circuito de las ciencias, desde su visión del ser humano como ser biológico, físico y cultural, cuyo conocimiento exige conectar las ciencias naturales a las ciencias humanas; y la noción de sujeto epistémico, que sirve para explicar que el ser humano integra su dimensión subjetiva cuando construye la ciencia) [20]. Aunque esta noción se modula según el área de conocimiento a la que se aplica, la complejidad hace referencia con carácter general a la idea de que el mundo es un todo indisociable, que conforma un conjunto intrincado

cuyo conocimiento debe hacerse de manera multidisciplinar. En definitiva, la realidad es compleja y no puede comprenderse desde un pensamiento reduccionista y disyuntivo.

Las aportaciones realizadas para abordar esta parte del conocimiento que suele quedar oculta o escamoteada a la vista de los estudiosos del conocimiento humano provienen de las Ciencias cognitivas (la Filosofía, la Psicología, la Lingüística, la Inteligencia Artificial, la Antropología y las Neurociencias). Las unía su interés por el estudio del conocimiento y tuvieron como presupuesto en común la consideración del ser humano como *procesador de información*, a semejanza de un ordenador; es decir, como un sistema lógico o matemático constituido por procedimientos formales. Este presupuesto inicial, que años más tarde se iría matizando, determinará que la atención gire fundamentalmente en torno al lenguaje y a las leyes sintácticas que determinan cómo las unidades de información más simples se agregan para producir procesos más complejos.

Pero las referencias específicas a la *caja negra del conocimiento* las hallamos en algunos de los miembros de la corriente Science and Technology Studies, como Serge Latour, si bien ha tenido una trayectoria muy peculiar. Este antropólogo ha realizado también estudios específicos sobre la caja negra del conocimiento, incluido el conocimiento jurídico, por lo que más adelante nos referiremos a esta aportación.

Aunque la delimitación de esta corriente no es fácil, ya que aparece bajo diversas denominaciones y con presupuestos teóricos también diferentes (*Science Studies*; *Social Studies of Science*; *Science and Technology Studies*; *Science, Technology and Society*), a los que en adelante nos referiremos con las siglas STS de su denominación más habi-

tual en inglés) [21], puede decirse que su característica principal es constituir un área interdisciplinar que se ocupa de estudiar la creación, desarrollo y consecuencias de la ciencia y la tecnología en sus contextos cultural, histórico y social. La conexión de estos estudiosos con determinados centros de investigación y formación determina que esta corriente se halle institucionalizada en forma de asignatura, programa de grado o posgrado, o disciplina específica. En ese camino hacia la institucionalización (hoy ya muy extendida en los diferentes niveles educativos y lugares del planeta) deben destacarse la creación de la Society for Social Studies of Science (1975) y de revistas como *Social Studies of Science*, y *Science, Technologies & Human Values*, o la publicación del *Handbook of Science and Technology Studies* [22].

A pesar de la variedad, puede decirse que, con carácter general su perspectiva es crítica e incluso activista desde un punto de vista político, y que el núcleo central lo constituye la idea de que el conocimiento científico no es democrático por sí mismo y produce riesgos que deben gestionarse adecuadamente.

Hay que precisar que en el origen de los STS se observan dos líneas, en Estados Unidos y en Europa [23]. La primera constituye un grupo más politizado que se desarrolla en la década de los 60 y 70 del siglo pasado, en torno a los movimientos contraculturales y el activismo intelectual y social estadounidenses, que critican el desarrollo científico y técnico por sus efectos sociales y medioambientales, es decir, por las consecuencias negativas de la implantación de los desarrollos científico-tecnológicos. El punto de partida que aglutina estos estudios es la obra de la bióloga marina Rachel Carson, *La primavera silenciosa* [24], y entre esos estudios se encuentran los de género, uno de cuyos temas de atención inicial fue la ciencia médica, que

tradicionalmente había contribuido a naturalizar una supuesta inferioridad femenina o a considerar la homosexualidad como desviación. A los estudios de género y a los movimientos feministas se suman los estudios y movimientos políticos raciales y los grupos ecologistas. También se dan cita corrientes muy diversas como la Historia de la Cultura Tecnológica, la Ética de la Ciencia y la Tecnología, la Crítica política de la Tecnología, la Evaluación y Control social, la crítica religiosa a la Tecnología o la Didáctica de las ciencias; y perspectivas teóricas igualmente diversas como el Pragmatismo, la Filosofía clásica de la tecnología, la Fenomenología o el Marxismo. A pesar de su activismo y talento crítico, que los lleva a adoptar una óptica prescriptiva y valorativa, especialmente en relación a los efectos de los avances técnicos y científicos y la teoría de la educación, estos estudios serían tempranamente institucionalizados, administrativa y académicamente, en los Estados Unidos.

La otra línea de los STS, la europea, se desarrolla en el ámbito universitario, y surge en torno a la Sociología del Conocimiento científico (*Sociological Scientific Knowledge*, o SSK), de la mano de B. Barnes, D. Bloor, S. Shapin y D. McKenzie (el denominado grupo de Edimburgo); si bien terminarán incorporando también la perspectiva antropológica y psicológica. En esta línea, el objeto de interés lo constituyó la comunidad científica y sus procesos de producción. A David Bloor se debe lo que se ha llamado el «programa fuerte» para una investigación social sobre la Ciencia, dirigido a cuestionar que esta avanza por medio de la lógica y de la correspondencia directa entre naturaleza y observación científica [25]. El grupo se posicionará contra la Filosofía de la ciencia dominante desde principios del siglo xx, la del Positivismo lógico, basada en las dualidades que se habían originando a lo largo de

la modernidad (sujeto-objeto, contexto de descubrimiento-contexto de justificación, ciencia-metafísica), y que ya había sido criticada por otros filósofos de la ciencia como Hanson, Quine, Sellar, Kuhn o Lakatos. Inciden en la conexión entre factores sociales y conocimiento científico, ya que sostienen que aquellos influyen en la aceptación de las teorías científicas [26]. Son los filósofos que inauguran una epistemología social de la ciencia, cuya primera generación estaría formada por Polanyi, Mannheim, Fleck, Bernal y Merton.

Por su parte, Shapin intenta una «historia social de la verdad», reconstruyendo las causas del prestigio del científico moderno (de qué manera objetiva «los hechos») y poniendo en entredicho su supuesta neutralidad respecto al poder. En realidad, y a partir de la idea de que el conocimiento es un bien común, su seguridad descansa en la confianza y poder que desprenden los científicos, más que en el resultado real de sus investigaciones. De ahí que el modelo de sabio fiable coincidiera con el individuo que socialmente se consideraba más poderoso y, por lo tanto, más fiable [27]. En esta línea pueden situarse también algunos trabajos de Bagioli o Latour [28].

De gran interés son también los trabajos de Harry Collins, proponente del *Empirical Program of Relativism* (EPOR). Collins cuestiona la concepción de la ciencia como una maquinaria lógica, cuando a su entender no es sino un artefacto social, como trata de mostrar en su estudio sobre la reproducción de experimentos que se dirigen a probar una determinada hipótesis, según la premisa comúnmente admitida de que una hipótesis se valida a partir de la replicación del experimento. En ellos, Collins pone en evidencia las dificultades y obstáculos que enfrenta una nueva reproducción del experimento en sus mismas condiciones originales [29].

Además de los dos grupos fundacionales, también se incluyen en los STS estudiosos y estudiosas de diverso origen geográfico (y con formación diferente en Sociología, Física, Ingeniería, Antropología, e incluso Derecho) que trabajan en universidades estadounidenses, como Dorothy Nelkin, Sheila Jassanoff, Steve Woolgar, o el mencionado Bruno Latour, quien también investiga en Francia, como Michel Callon y Dominique Pestre [30]; y los trabajos del ingeniero y filósofo holandés Wiebe E. Bijker y el sociólogo británico Trevor Pinch, que a partir del estudio de casos empíricos detallados, impulsaron un nuevo modelo de análisis llamado *Social Construction of Technology* (SCOT) [31].

Los STS incluyen, pues, estudios en temas como el entorno tecnológico, la vida del laboratorio, el lenguaje y la retórica de la ciencia, así como la estética y la cultura visual, las relaciones entre emoción, cognición y racionalidad en la ciencia, estudios semióticos sobre procesos creativos (por ejemplo, descubrimiento, conceptualización y realización de nuevas ideas y la interacción entre conocimiento y administración en investigaciones cooperativas), ética de la investigación, política científica y papel de las universidades, etc. En estos trabajos, subyace en última instancia un cuestionamiento de la objetividad y la verdad como propiedades tradicionalmente atribuidas del conocimiento científico, y una preocupación por determinar el rol de las relaciones de poder, que ya se detectaba en la obra de Foucault.

La influencia de la idea de Polanyi sobre el conocimiento en acción se aprecia de manera específica en los trabajos de Bruno Latour sobre la ciencia *en acción* [32], mientras que Sheila Jassanoff analizará las relaciones del derecho y la *ciencia en acción* [33]. En todos estos estudios, el objetivo es desentrañar los

componentes del conocimiento tácito práctico, que sólo pueden captarse en la acción; en definitiva, abrir la caja negra del conocimiento, como pretenden Latour o Woolgar [34].

La expresión *caja negra* sirve a Latour como metáfora referida a la construcción de los hechos científicos y de los artefactos técnicos mediante una habilidad especial que tiene la práctica científica, a través de la cual se tratan como datos lo que no son más que conceptos, prácticas o presuposiciones. Al final, las complejas negociaciones por medio de las cuales se produce esa operación quedan encerradas en una caja negra y ocultas en el producto final. Esta caja negra puede ser parte, a su vez, de la caja negra de otra práctica científica. Por lo tanto, los estudios sobre las prácticas científicas no deberían ocuparse únicamente del producto final, sino que, al menos como propone Latour que hagan los STS, habrán de estar presentes en su fase de planificación, antes de que la caja se cierre y se vuelva negra. El interés por desvelar esa caja negra del conocimiento ha llevado a Latour a desarrollar diversas etnografías en comunidades de científicos y expertos, también de juristas, a fin de determinar cómo se produce el conocimiento en ellas [35].

¿Qué hacen los jueces cuando deciden? Aproximaciones a la caja negra del conocimiento judicial

Las tendencias a las que acabamos de referirnos muestran una nueva perspectiva para abordar el estudio del proceso de decisión judicial, concebido en la Modernidad como racional. Por lo general, la mayoría de los

estudios sobre Ciencia jurídica representan diversas tentativas por acercarse a la forma en que se desarrollan las tareas de elaboración de un saber teórico o especulativo en torno al Derecho, así como las tareas de interpretación y aplicación del Derecho para la resolución de casos. Se articulan además en las dos tradiciones jurídicas conocidas, la del *Ius Commune* y la del *Common Law*, y esta diversidad dificulta a veces la extrapolación de los resultados de los estudios realizados sobre una a la otra. Los primeros suelen seguir la tradicional concepción dual y jerárquica entre racionalidad teórica y racionalidad práctica que llamaremos clásica (por retrotraerse a los filósofos Platón y Aristóteles); los segundos se han interesado más por los trabajos prácticos, sobre todo de los jueces.

No obstante, acercarse al *know how* del Derecho requiere sobre todo prestar atención a la forma en que los juristas responden a las perturbaciones del medio social, algo a lo que se han acercado más las corrientes realistas en el estudio del Derecho, como por ejemplo, el Marxismo, la Jurisprudencia de intereses, la Escuela del Derecho Libre, la Jurisprudencia sociológica y Realismo jurídico americanos (donde sobre todo como consecuencia de la influencia del psicólogo y filósofo pragmatista John Dewey se aprecia el interés por el Derecho en acción o *Law in action* frente al Derecho de los libros o *Law in books*) [36], el Realismo jurídico escandinavo, la Sociología jurídica en Francia y Alemania, los movimientos *Critical Legal Studies*, *Law & Society*, Análisis Económico del Derecho, y STS. No hay que olvidar tampoco otras aproximaciones al estudio del Derecho, como la realizada por Foucault desde la Filosofía y la Historia, prestando atención a las relaciones de poder que se construyen en red. Estas corrientes han mostrado cómo los procesos

de interpretación y aplicación del Derecho no responden al esquema de relaciones deductivas que tradicionalmente se ha sostenido que se daban entre la teoría y la práctica jurídicas, ni se resuelven en llevar a cabo un silogismo.

Pero el acceso a la caja negra de la práctica forense sigue siendo difícil, como lo es, por lo demás, el acceso a la caja negra de otros tipos de conocimientos. Según ha apuntado Medina Domenech, a esta negritud o escamoteo de lo que ocurre en la práctica científica cotidiana colabora la forma en que se redactan los artículos científicos en la actualidad —no siempre fue así—, con su estructura dividida en introducción, material y métodos, resultados, discusión, conclusión y resumen. Este tipo de relato ha permitido el desarrollo de una serie de mitos como el de la inducción (por el cual se cree que se produce un conocimiento directo de la naturaleza a través de los sentidos); o el mito de la immaculada percepción, por el que se cree que los datos hablan por sí mismos, sin interferencias del sujeto [37].

Por lo que se refiere al conocimiento forense o conocimiento que se lleva a cabo en el proceso judicial, las investigaciones al respecto se han centrado principalmente en los resultados de la decisión judicial, recogidos en una serie de escritos (autos, sentencias), más que en el estudio del tipo de procesos mentales e interacciones entre seres humanos, y entre estos y los documentos, en papel o electrónicos, que se producen a lo largo del proceso.

Ha habido, no obstante, interesantes ejemplos de investigaciones en esta dirección, concretamente estudios etnográficos en torno a ciertos trabajos de los juristas, como el realizado por Bruno Latour. Su trabajo, recogido en el libro titulado *La fabrique du Droit*.

Une Ethnographie du Conseil d'État [38] se llevó a cabo en el seno de una de las instituciones jurídicas más importantes en Francia: el Consejo de Estado. El Consejo de Estado opera como tribunal de última instancia en la jurisdicción administrativa y como órgano consultivo del gobierno. Es, pues, una institución peculiar del Derecho francés, que discurre entre la defensa de la administración, sin entorpecer su discurrir, y al mismo tiempo el control de la legalidad de sus actuaciones. Acceder a esta institución para observar cómo trabajan sus insignes miembros no es cosa fácil, pero de manera casual, Latour consiguió hacerlo. Concretamente, habiendo sido discípulo de uno de los miembros del Consejo de Estado, coincidió con él en el metro, y tras mantener una conversación en la que este le explicaba en qué consistía su trabajo, Latour se dio cuenta de que el funcionamiento de este órgano era bastante ignoto, lo que suscitó su interés. Tuvo la suerte, dice, de que el Vicepresidente y el Secretario del Consejo fueran de mente abierta y que el inicio de su investigación fuera a coincidir con el bicentenario de la institución, lo que permitió cierta apertura para su conocimiento. Aunque no encontró dificultades en su trabajo, le pidieron que se deshiciera de las interlocuciones entre ellos [39]. En mi opinión, esto implica la desaparición de elementos que son importantes para comprender cómo actúan realmente (*know how*), ya que en esas interlocuciones están presentes negociaciones, prejuicios, intuiciones, etc., que son contenidos importantísimos de la caja negra del conocimiento de esa institución.

Latour dirige su investigación hacia las formas concretas de la enunciación jurídica tratando, nos dice, de eludir el punto de vista internalista de las Ciencias Sociales sobre el Derecho, que restringe el análisis de lo jurídico a la evolución de las reglas del Derecho

en la doctrina [así se conocen los estudios de la Dogmática jurídica, como forma dominante de ciencia jurídica] y la jurisprudencia. También trata de evitar el punto de vista externalista, que niega la autonomía de lo jurídico y lo considera resultado de las fuerzas sociales. Para evitar esa dicotomía, Latour utiliza precisamente el método etnográfico, que le permite observar el Derecho mientras este se materializa. Y el Derecho se materializa en diversos tipos de *papeles* (como también en los artilugios con que se sujetan): por ejemplo, las colecciones de Derecho administrativo, los dosieres con sus contenidos diversos, y las anotaciones de los consejeros, que son las que conectan las colecciones del Derecho y los dosieres. Pero este *papeleo* refleja la conexión ente lo jurídico y lo social, ya que implica cosas y actores sociales [40].

De sus observaciones sobre las deliberaciones de los Consejeros, Latour extrae una serie de elementos que, a su juicio, no son ni jurídicos ni sociales sino ambas cosas, ya que revelan en el Derecho una lógica interna que no es puramente jurídica en la medida en que confluyen en ella valores, prejuicios o intereses opuestos que, sin embargo, son finalmente interconectados con el texto de la ley. Esos elementos de los que habla Latour son: el peso otorgado a la jurisprudencia, los controles de calidad [cifrados no obstante en criterios tan escurridizos como la honestidad o la justicia], a los que los propios consejeros someten la discusión, aunque este tipo de control lo hagan sobre todo los Presidentes de las subsecciones; la función de la duda, que contribuye a fundamentar soluciones sólidas; los motivaciones, que permiten conectar los textos legales con los asuntos o casos; la coherencia del Derecho, que posibilita desplazarlo desde un estado formal de ineficacia a uno de eficacia, legible y comprensible; las limitaciones interiores y exteriores de lo que activa al derecho, que

evita tanto la excesiva jurisdicción como la excesiva restricción del acceso a la justicia.

Esta manera en que lo social y lo jurídico se interrelacionan en las actuaciones del Consejo de Estado es comparada por Latour con la manera en que lo social y lo científico se interconectan en un laboratorio y, por lo tanto, la manera en que se producen enunciados científicos y enunciados jurídicos [41]. Latour, que en el prefacio a la edición en inglés indica que le resultó más difícil y técnico el Derecho que la Ciencia o la Tecnología [42], dice que todos tienen en común estar investidos de autoridad, pero difieren en muchos otros aspectos. Así por ejemplo, en los laboratorios los instrumentos y las competencias son heterogéneas mientras que en el Consejo de Estado los objetos son escasos (sólo se trata con textos o *materia* textual) y los consejeros intercambiables, con competencias similares. Por otra parte, ante la cosa objeto de conocimiento, el científico puede sentirse apasionado mientras que el consejero deber mantenerse indiferente. Finalmente, el hecho es en la Ciencia aquello que se afirma y lo que se contrasta pero, en el Derecho, lo que interesa del hecho es su conexión con el Derecho.

Latour cree descubrir en este proceso de enunciación de lo jurídico que llevan a cabo los miembros del Consejo de Estado una sensación de fragilidad, más que la transcendencia que a menudo se da al Derecho, al cual se llega a través de la multiplicidad de las interpretaciones y la flexibilidad de las decisiones. Desvela como el Derecho se hace mediante redes, intereses y relaciones de fuerza que se traducen en enunciados explícitos que producen los actores, sin reflexionar demasiado sobre su práctica o trabajo. La materialidad del Derecho es aceptada e invisible, y reside en el *papeleo*, mientras que la materialidad de las muestras de la natura-

leza que utilizan los científicos se recogen en espectómetros y otros objetos diversos. Sin embargo, si la tecnología escrita del Derecho es visible, explícita (en papel o en la pantalla de un ordenador), en la Ciencia esta tecnología está oculta, al fondo.

A pesar de estas diferencias que desvelan estudios como los de Latour, los trabajos de quienes se dedican al conocimiento jurídico y quienes se dedican al conocimiento científico están interrelacionados en lo que Sheila Jasanoff, otra integrante de los STS, ha llamado la *gramática de la coproducción*, la cual supondría una mutua y continua reconfiguración. Así lo muestran abundantes estudios ya disponibles (propiciados por los STS, mayormente en ámbitos universitarios anglófonos, en los que esta interrelación se evidencia de manera clara en sectores como el medio ambiente o la biotecnología, y en el papel de los expertos en la creación legislativa y en los procesos judiciales). Estos estudios refutan la idea de que los trabajos de los juristas, teóricos o prácticos, o los de los científicos sociales o de la naturaleza, se desarrollan al margen de su entorno social y natural, en una especie de esfera aislada de racionalidad lógico-formal [43]. Sin embargo, este aislamiento que se ha probado como sencillamente imposible sigue siendo un presupuesto básico en las mentes de los juristas, según se les transmite en su etapa de formación, como requisito de imparcialidad o de objetividad.

En los EE UU, los estudios sobre el trabajo de los juristas han utilizado tempranamente los métodos de las Ciencias Sociales y, más concretamente, de la Psicología. La presencia de sus métodos ya se percibe en los integrantes de las corrientes realistas americanas, lo que ocurre sobre todo por intermedio de la Filosofía pragmatista, que reúne muchos presupuestos de la Psicología. Fue

el Pragmatismo una corriente que implicaba, según William James, un método de conocimiento empírico «sedicentemente más radical», dirigido, no a proponer problemas y soluciones «verbalistas y apriorística[a]s», sino a «probar e interpretar cada noción señalando sus respectivas consecuencias prácticas» [44]. Siguiendo esta línea, algunos integrantes del Realismo jurídico americano, como Karl Llewellyn y Jerome Frank, se dedicaron también al estudio de la decisión judicial concreta, el último con incursiones en el campo del Psicoanálisis. La corriente del Realismo jurídico americano, que se dedicó al estudio empírico y cuantificable de las decisiones judiciales, constituye uno de los intentos más decididos —y nada sorprendente a tenor de las influencias psicológicas— por abrir la caja negra del conocimiento jurídico; concretamente, el de los jueces. Esta línea será también seguida por los *Critical Legal Studies*, que se interesaron por los motivos socio-políticos de las decisiones judiciales y también por cómo influían en la formación de los juristas.

Aunque, a juicio de Posner (uno de los representantes más destacados de la corriente Análisis Económico del Derecho y juez él mismo), los estudios del Realismo jurídico americano, en sus diversas vertientes, han exagerado las dimensiones de la zona abierta o indeterminada de los casos, acusando a los jueces de decidir los casos a partir de consideraciones políticas o prejuicios, no pude negarse, admite también Posner, que interpretar es algo *intuitivo* y que las reglas y cánones de la interpretación vienen *después*. El repositorio de conocimiento soterrado que crea la experiencia profesional jurídica, del que luego se nutre la intuición, puede ser más útil y la única manera que a Posner se le ocurre de que no se pasen por alto factores relevantes, y que la base de conocimientos en que descansa la intuición sea lo más

amplia posible es contar con una judicatura plural [45].

Para el propio Posner, la práctica y la valoración de la prueba responden más a la intuición y al sentido común que al cálculo de probabilidades, del tipo que sea. Apunta a que en esta actividad se está ante la presencia de valores que emanan de las ideologías políticas, la formación recibida, tanto formal como informal, la experiencia profesional, el temperamento, las características personales como la raza o el sexo, las emociones o el sentido de lealtad al grupo. En este sentido, nos recuerda como diversos estudios empíricos permitieron conocer que, entre 1916 y 1988, era más probable que un magistrado resolviera a favor de los intereses de un juicio por derechos civiles si era del Norte, si procedía de una zona urbana y si su padre había trabajado o no de funcionario de la administración estatal. También pusieron de manifiesto que la raza, la religión y el género permiten hacer buenas predicciones sobre las opiniones que los jueces emitirán cuando tengan que resolver casos en los que estén en juego cuestiones relativas a estas características. Según Posner, en las decisiones judiciales influye la intuición, el sentido común y el buen juicio; y la intuición, las emociones y las preconcepciones son todas ellas formas de pensamiento abreviado o tácito, distintas de las formas de razonamiento explícitas, lógicas y por pasos [46]. Sigue así la línea que iniciara Polanyi sobre la presencia de la intuición en nuestros procesos de conocimiento [47], admitiendo igualmente la influencia de la Psicología cognitiva y de las emociones [48].

Para Posner, la intuición consiste de una facultad que permite realizar un juicio rápido sin llevar a cabo un balance consciente entre los posibles cursos de acción. Tal facultad se adquiere mediante la educación y la

propia experiencia, y produce muchas de las *preconcepciones inconscientes* que juegan un importante papel en el proceso judicial [49].

La intuición, a la manera en que la entiende Posner, es pues un conocimiento abreviado de conocimientos más o menos racionales o racionalizables que aporta la formación y la experiencia jurídicas. Sin embargo, él mismo indica que esa intuición coincide con lo que Kahan y Braman llaman «cognición cultural», la cual incluye el *sentido común* que Posner concibe, siguiendo a Antaki, como «lo que “todo el mundo sabe sobre algo” sin tener que pensar mucho en ello, por lo que es algo relativo a una cultura» [50].

La presencia de este conocimiento basado en la intuición o cognición cultural parece difícilmente evitable y, para Posner, en tanto no contemos con estudios que muestren la ineficacia de su uso, los jueces seguirán rigiéndose por la misma. En ella, vuelve a subrayar, lo característico es lo *inconsciente*, lo abreviado y sin etapas, aspectos que se eliminan cuando se obliga a los jueces a motivar sus decisiones por medio de un razonamiento lógico y por etapas, a fin de controlar los errores en los que haya podido incurrir este pensamiento comprimido en el que consiste la intuición. Pero a su juicio, esta motivación es, de todos modos, un control imperfecto porque es más justificativa que explicativa, ya que si olvidamos lo que él llama el «prejuicio de la confirmación», esta motivación en realidad viene a argumentar una decisión que se ha tomado antes, decisión que lleva a buscar con más intensidad pruebas que confirmen más que refuten esa decisión. Por eso, el razonamiento que aparece en la fundamentación no es la causa real de la decisión sino sólo su racionalización, y oculta las verdaderas razones de la decisión judicial que quedan enterradas en el subconsciente del juez y, de esta forma, desconocidas e incontrolables [51].

Más recientemente se han desarrollado trabajos sobre cómo se adoptan las decisiones judiciales que están utilizando las aportaciones de las Ciencias cognitivas [52]. Estas parecen corroborar las tesis de que predomina un modelo de razonamiento judicial basado en la coherencia, que va de las premisas (normas y hechos) a la conclusión y viceversa. Así lo ponen de manifiesto los trabajos de Dan Simons, basados en hallazgos empíricos realizados por estudios de Psicología cognitiva, los cuales corroboran una forma de decisión que se aleja tanto de los modelos lógico-deductivos como de los modelos críticos sobre explicación de la decisión judicial, que consideraban que las decisiones están condicionadas profundamente por factores socio-políticos de los que no pueden escapar (como sostenían, por ejemplo, los corrientes realistas o estructuralistas) [53]. En todo caso, Simons sigue la tradición inaugurada por la Jurisprudencia sociológica y el Realismo jurídico estadounidenses, en los que, como ya se ha dicho, se detecta la influencia de la Psicología. Para Simons, esta influencia es especialmente evidente en el libro de Jerome Frank *Law and the Modern Mind*; en los trabajos de Duncan Kennedy (uno de los representantes más destacados de la corriente *Critical Legal Studies*), que él agrupa bajo el epígrafe de «fenomenología del juzgar» y en los que detecta la influencia de la Gestalt; los estudios sobre comportamiento judicial de Pennington y Hastic, e incluso la misma teoría de la interpretación de Dworkin [54].

También Linda Bergen, experta en Retórica del discurso jurídico, aplica a sus estudios las aportaciones de las Ciencias cognitivas, sobre todo la idea (debida al lingüista Lakoff y al filósofo Johnson [55]) de que las metáforas son no sólo un recurso literario sino el sustrato de nuestras formas de pensar y actuar [56]. En la tradición abierta por la Gestalt y Michael Polanyi, Bergen enfatiza

que, en primera instancia, la resolución de problemas o casos jurídicos descansa en la influencia de las intuiciones y corazonadas, y no en argumentaciones jurídicas convencionales basadas en la deducción a partir de reglas o en analogías con los precedentes; en señales que provocan un reconocimiento intuitivo de similitudes, seguidas de comprobaciones y evaluaciones que pueden o no incluir estructuras de más tradicionales de argumentos. Ahora bien, este es sólo el inicio del «baile», la invitación a bailar [57].

En cambio, Frederick Schauer cree que los estudios provenientes de la Psicología muestran más bien los defectos del razonamiento jurídico que cómo se produce realmente. Ha tratado de ocuparse de este asunto en su libro *Thinking like al Lawyer* [58], dirigido precisamente a la formación de los juristas, y en donde alude de forma expresa al trabajo de Simons. Para Schauer son importantes los conocimientos sobre el Derecho así como ciertas habilidades y competencias como redactar contratos o litigar, pero aún teniendo todo eso, no queda desvelado completamente «cómo piensan los abogados», ni tampoco si esto implica diferencias con otros seres humanos. Para contribuir a averiguarlo, se dispone a «identificar, describir, analizar y, en ocasiones, a evaluar los métodos característicos del razonamiento jurídico» [59], al que define como «un camino hacia la obtención de una decisión distinta de la mejor que con todas las cosas consideradas se tomaría en la materia objeto de estudio» [60]. Con este libro sobre los métodos de razonamiento utilizados habitualmente en la práctica forense para la adjudicación de reglas, la aplicación de precedentes, el uso de las analogías, la interpretación de leyes, o la argumentación y presunciones en relación a la prueba de los hechos, Schauer no se aleja mucho de los objetivos de las Teorías de la Argumentación jurídica (entre cuyos representantes

más importantes figuran Perelman o Alexy), que han tratado de desvelar este proceder en relación con los sistemas del *Ius Commune*, ofreciendo también modelos de argumentación. A ellos deben añadirse los estudios específicos, mayormente desde la tradición del *Common Law*, sobre valoración de la prueba (interés que puede hallar entre sus causas el carácter institucionalizado de fuente del Derecho y el mayor prestigio otorgado a la tarea del jurista práctico frente a la del teórico, aspectos a los que no es ajena la influencia de Jeremy Bentham y su *Tratado de las pruebas judiciales*, publicado en 1825 [61]). Esto ha llevado al análisis de los efectos de la aplicación de diversos estándares o parámetros aplicables, emanados del propio Derecho (por ejemplo, los ya mencionados «sana crítica», «más allá de toda duda razonable», «la probabilidad prevaleciente»), e incluso proponiendo la aplicación de cálculos de probabilidad. En general, todas estas teorías se han ocupado principalmente del conocimiento de los jueces, mayormente de la jurisdicción penal o la constitucional, tomándolo como representativo del razonamiento jurídico, sin prestar atención a lo que se hace en otras profesiones jurídicas ni en otros ámbitos distintos de los tribunales de justicia, y sin detenerse tampoco demasiado en los elementos que no encajan en lo considerado como racional de la decisión (por ejemplo, presencia de prejuicios, estereotipos, tradiciones, sentido común, etc.).

A pesar de estas limitaciones, los estudios sobre argumentación, razonamiento y discursos jurídicos en general, unidos a las aportaciones de la Semiótica, la Pragmática, la Lingüística, la Filosofía postestructuralista y las Ciencias cognitivas, están permitiendo elucidar herramientas de análisis que son muy útiles para acercarse al *know how* que se produce en un proceso judicial y, en especial, en la adopción de la decisión judicial, los

cuales se ven complementados con recientes estudios etnográficos sobre estas tareas [62].

Conclusiones

Los trabajos analizados muestran un interesante y rico camino en la investigación del conocimiento humano, pues permiten acercarse al estudio de aquellas facetas que pasaban desapercibidas o simplemente, quedaban ocultas. El *know how* o cómo se hace, la intuición, el conocimiento plegado, el sentido común o el papeleo son elementos que permiten profundizar en esa zona tácita que, sin embargo, revela la dimensión más innovadora de nuestro conocimiento.

Por el momento, por lo que se refiere a las investigaciones sobre la caja negra del conocimiento forense, y más específicamente sobre la producción de la decisión judicial que resuelve el caso, están sólo en un estadio muy embrionario. En los países de la tradición del *Ius Commune*, a la que pertenece España, donde el conocimiento jurídico prestigioso reside en una Ciencia jurídica de tipo formal-conceptualista, transmitida generalmente de forma acrítica en las Universidades, se podría decir que la situación está incluso en un estadio pre-embrionario.

Ciertamente, cualquier acercamiento a este asunto debe hacerse de manera interdisciplinar, sin que los estudios desde los parámetros de las Ciencias cognitivas o la Sociología crítica del conocimiento, signifiquen expulsar a los juristas del estudio de su propio conocimiento. Eso sería volver a afirmar el protagonismo del saber científico sobre otros saberes, ignorando lo que esconde su propia caja negra. Pero los juristas que investigan el conocimiento jurídico, especialmente el

práctico forense, deben percibir que hay ante ellos un campo inmenso por explorar, que debe abordarse por razones socio-económicas, exigidas por la nueva sociedad-economía del conocimiento, pero también (o más bien) para mejorar la calidad de nuestra justicia.

Notas

[*] Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada.

Contacto con la autora: jruizr@ugr.es

[1] FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, prólogo de Larry Laudan, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 96 y ss.

[2] Vid. LAUDAN, L., «¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?», *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 28, pp. 95-113.

[3] Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 28, pp. 127-139. Las cursivas son mías.

[4] Por ejemplo, SSTS 434/1999, 486/1999, 862/2000, 104/2002, 470/2003, 593/2006.

[5] Por ejemplo, SSTC 201/1989, 160/1990, 229/1991, 64/1994, 16/2000.

[6] GASCÓN ABELLÁN, M., «La prueba de los hechos», en M. GASCÓN y A. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 393 y ss.

[7] GIDDENS, A., *Las nuevas reglas del método sociológico*, Amorrortu, Buenos Aires, 1997.

[8] HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989.

[9] DESCARTES, R., *Discurso del Método*, estudio preliminar, traducción y notas de E. Bello Reguera, Tecnos, Madrid, 2003. Cuarta parte.

[10] HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid, 1968.

[11] PLATÓN, *El político*, IEP, Madrid, 1955, 258e y 260b-c.

[12] ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe y trad. M. Araujo y J. Marías, con introducción y notas de este último, IEP, Madrid, 1970, libro IV, 113a-1140a.

[13] KANT, E., *Crítica a la razón pura*, prefacio a la segunda edición, trad. de P. Ribas, estudio introductorio de J. L. Villacañas, Gredos, Madrid, 2010.

[14] WEBER, M., *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, FCE, México, 2ª ed. 1964, t. I., p. 20.

[15] RUZSITS JHA, S., *Reconsidering Michael Polanyi's Philosophy*, University of Pittsburgh Press, 2002, p. 4.

[16] POLANYI, K., *The tacit dimension*, University Chicago Press, 1967, 2009, p. 4.

[17] RUZSITS JHA, S., *op. cit.*, pp. 51 y ss.

[18]

When we use a hammer to drive a nail, we attend to both nail and hammer, but in a different way. We watch the effect of our strokes on the nail and try to wield the hammer so as to hit the nail most effectively. When we bring down the hammer we do not feel that its handle has struck our palm but that its head has struck the nail. Yet in a sense we are certainly alert to the feelings in our palm and the fingers that hold the hammer. They guide us in handling effectively, and the degree of attention that we give to the nail is given to the same extent but in a different way to these feelings. The difference may be stated by saying that the latter are not, like the nail, objects of our attention, but instruments of it. They are not watched in themselves, we watch something else while keeping intensely aware of them. I have a *subsidiary awareness* of the feeling in the palm of my hand which is merged into my *focal awareness* of my driving in the nail.

POLANYI, M. *Personal knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, University Chicago Press, 1958 (1962, edición corregida), p. 57. Las cursivas son del autor.

[19] POLANYI, M., *op. cit.*, p. 58 y pp. 64 y ss.

[20] BARBEROUSSE, P., «Fundamentos teóricos del pensamiento complejo de Edgar Morin», *Revista Educar*, vol. XII, Nº 2, 2008, pp. 95-113.

[21] En español, *Ciencia, Tecnología y Sociedad* (CTS).

[22] JASANOFF, S., MARKLE, G. E., PETERSON, C., PINCH, T. J. (eds.), *Handbook of Science and Technology Studies*, Thousand Oaks, Sage Publ., 1995.

[23] GONZÁLEZ GARCÍA, M. I., LÓPEZ CEREZO, J. A., LUJÁN LÓPEZ, J. L., «Las dos principales tradiciones CTS», en (con la contribución de M. I. DE MELO MARTÍN y C. MITCHAM), *Ciencia, tecnología, sociedad: una introducción al estudio social de la ciencia y la tecnología*, Tecnos, Madrid, 1996.

[24] CARSON, R., *Silent Spring*, Houghton Mifflin, 1962; disponible una versión española, editada por Planeta, 2010.

[25] El programa fuerte de esta Sociología del conocimiento científico se basa en 4 principios metodológicos: el principio de causalidad; el principio de imparcialidad; el principio de simetría; y el principio de reflexividad. BLOOR, V. D., *Knowledge and Social Imagery*, University Chicago Press, 1976.

[26] Un análisis de las diversas tendencias contemporáneas sobre filosofía/teoría de la ciencia, y de sus polémicas, en PREGO, C. A., «De la ciencia como objeto de explicación: perspectivas filosóficas y sociológicas», en *REDES, Revista de Estudios Sociales de la Ciencia* (Universidad Nacional de Quilmes), vol. 1, Nº 1, sep. 1994, pp. 49-71

[27] SHAPIN, S., *A Social History of Truth. Civility and Science in Seventeenth-Century England*, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1994, donde muestra como este modelo no es otro que el del caballero inglés (*gentleman*), modelo representado por Boyle en la Inglaterra del siglo XVII. En esta misma línea, ver también SHAPIN, S y SCHAFFER, S., *Leviathan and the Air Pump: Hobbes, Boyle, and the Experimental Life*, Princeton University Press, Princeton, 1985.

[28] BAGIOLI, M., *Galileo, Courtier: The Practice of Science in the Culture of Absolutism*, Chicago University Press, Chicago, 1993; LATOUR, B., *Les Microbes. Guerre et paix*, Métailier, Paris, 1984.

[29] COLLINS, H., *Changing Order: Replication and Induction in Scientific Practice*, The University Chicago Press, Chicago y Londres, 1985.

[30] LECLERC, O., «Presentación», a S. JASSANOFF, *Le droit et la science en action*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 8-10.

[31] BIJKER, W. E., HUGHES, T. P., PINCH, T. (Eds.), *The Social Construction of Technological Systems. New Directions in the Sociology and History of Technology*. MIT Press, Cambridge, MA, 1987.

[32] Véase por ejemplo su libro *Science in Action: How to Follow Scientist and Engineering Through Society*, Harvard University Press, Cambridge, 1987 (*Ciencia en acción. Cómo seguir a los científicos e ingenieros a través de la sociedad*, Barcelona, Labor, 1992); y también junto a Steve WOOLGAR, *Laboratory Life. The Construction of Scientific Facts*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1986 (*La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos*. Madrid, Alianza, 1995), donde tratan de observar cómo es la vida en un laboratorio de endocrinología.

[33] JASSANOFF, S., «Making Order: Law and Science in Action», en E. HACKETT, O. AMSTERDAMSKA, M. LYNCH, J. WAJCMAN (eds.), *Handbook of Science and Technology Studies*, 3ª ed., Cambridge, MIT Press, 2007, pp. 761-786.

[34] A ella se refiere LATOUR, B., *op. cit.*; y WOOLGAR, S., *Science: «The very idea»*, 1988 (traducido al es-

pañol como *Ciencia: abriendo la caja negra*. Barcelona, Anthropos, 1991).

[35] En todo caso, los trabajos de Latour exceden los presupuestos de los SST. Aunque inicialmente estuvo también influido por los SSK y trabajó en Estados Unidos con otros cultivadores de los SST, en el seno de universidades de la costa oeste estadounidense, Latour ha desarrollado también sus trabajos en Francia, en la Escuela Superior de Minas, y esta (llamémosla) dimensión francesa de sus trabajos se evidencia en la influencia recibida de la antropología, sociología y filosofía de su país. La diversidad de sus presupuestos le llevará a mostrar más interés por el estudio de la «ciencia en la sociedad» que de «la sociedad en la ciencia» (como harían los SSK), siguiendo para ello a Michel Foucault y sus estudios sobre la forma en que el conocimiento científico y las experticias técnicas reproducen y refuerzan el orden social y político dominante (NYE, M. J., *Michael Polanyi and his generation: Origins of the Social Construction of Science*, University of Chicago Press, Chicago, 2012, p. 297). Esto le ha llevado a desarrollar, conjuntamente con Michel Callon y John Law la *teoría del actor-red* (*Actor-Network Theory —ANT—*), por ejemplo, en *La esperanza de Pandora. Ensayos sobre la realidad de los estudios de la ciencia*, Barcelona, Gedisa, 2001. Con ella sostiene que no hay que limitarse a estudiar el producto terminado sino cómo se ha producido; de ahí que haya que estudiar a los actores y productos en el momento en que aquellos los producen. En este sentido, revisten especial interés sus trabajos específicos sobre el papel de la tecnología en las sociedades actuales, caracterizadas por un gran desarrollo tecnológico, en las que existen actantes no humanos gracias a los que, sin embargo, es posible mantener la sociedad unida como totalidad duradera. Así por ejemplo, Latour sostiene que la teoría social no ha sabido integrar la tecnología en la explicación de la dominación por carecer de recursos narrativos apropiados, si bien esto puede resolverse si se empiezan a tener en cuenta las historias sobre el desarrollo de alguna innovación como, por ejemplo, la historia que Jenkins cuenta (y Latour analiza) sobre la invención simultánea de la cámara Kodak y del mercado de masas para fotógrafos aficionados. LATOUR, B., «La tecnología es la sociedad hecha para que dure», en M. R. DOMENECH, F. J. TIRADO (eds.), *Sociología Simétrica. Ensayos sobre ciencia, tecnología y sociedad*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 109 y ss. De acuerdo a Tirado y Domenech i Argemí, bajo la «teoría del actor-red» se reúnen un «conjunto de principios metodológicos, epistémicos y trabajos de campo» que superan en realidad el campo la sociología del conocimiento científico y de los estudios sociales de la ciencia y la tecnología, ya que intentan dar respuesta «al problema más general de la producción y estabilización del orden social». TIRADO SERRANO, F., y DOMÈNECH I ARGEMÍ, M., «Asociaciones heterogéneas y actantes: el giro postsocial de la teoría del actor-red», *AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana*, Ed. Electrónica Núm. Especial. Noviembre-Diciembre 2005 (Madrid: Antropólogos Iberoamericanos en Red), p. 1. [<http://www.aibr.org/antropologia/44nov/articulos/nov0512.pdf>]

[36] Esto es especialmente evidente en la obra de algunos miembros de esas dos corrientes: POUND, R., «Law in Books, Law in Action», *American Law Review*, N° 44, pp. 12-36; y FRANK, J., «A Plea for Lawyer-Schools», *The Yale Law Journal*, vol. 56, September, 1947 (traducción al español realizada por M. F. Böhmer y publicada con el título «Una defensa de las escuelas de abogados», en BÖHMER, M. F. (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999).

[37] MEDINA DOMENECH, R. M., «Ideas para perder la inocencia sobre los textos de ciencia», en M. J. BARRAL ET ALII, *Interacciones ciencia y género. Discursos y prácticas científicas de mujeres*, Icaria, Barcelona, 1999, pp. 103-127.

[38] La Découverte, Paris, 2002. Versión en inglés utilizada aquí: *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat*, trad. M. Brillman, A. Pottage, Polity Press, Cambridge- Malden, 2009, p. IX. No se ha encontrado una traducción del libro al español.

[39] Latour cuenta como consiguió que le permitieran realizar este estudio en una entrevista que le hizo Paolo Landri, en 2006, año en que aparece la traducción de esta obra al italiano (LANDRI, P., LATOUR, B., «Introducing *La fabrique du Droit*. A Conversation with Bruno Latour», que se publicó en la revista *Tecnoscienza. Italian Journal of Science and Technology Studies*, vol. 2 (2), 2011, pp. 55-67).

[40] Aunque en su reseña a la traducción al inglés del libro de Latour (*The Making of Law*), Cotterrell critica las limitaciones de la teoría del actor red (COTTERRELL, R., «Ant's eye-view of law: Bruno Latour at the Conseil D'État», *Journal of Classical Sociology*, 11, 2011; también publicado en *Legal Studies Research*, Research Paper, N° 155/2013, Queen Mary University of London, School of Law), Latour indica en la entrevista de Paolo Landri, *op. cit.*, pp. 58 y 59, que este trabajo no se mueve propiamente dentro de los parámetros de la teoría del actor-red sino en el estudio de la enunciación, si bien sus investigaciones se orientan siempre al estudio sobre las condiciones de la verdad.

[41] LATOUR, B., *op. cit.*, cap. 5.

[42] LATOUR, B., «Preface to the English edition», *op. cit.*, p. IX.

[43] JASANOFF, S., *op. cit.*, pp. 761-786.

[44] JAMES, W., *Pragmatism, a new name for some old ways of thinking*, Logmans, Grenn & Co., New York, 1907, p. 45.

[45] Véase POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces*, trad. Victoria Roca Pérez, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 128 y ss. Sobre estas cuestiones, RUIZ RESA, J. D., «Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos», *Criterio y conducta. Revista Semestral del Instituto de Investigaciones y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial* N° 13, enero-junio, 2013, pp. 107 y ss.

[46] POSNER, R. A., *op. cit.*, pp. 114 y 116. Las cursivas son mías.

[47] Posner cita en *Cómo deciden los jueces*, *op. cit.*, p. 16 el texto de Polanyi, «The Logic of Tacit Inference», en M. GREENE (ed.), *Knowing and Being: Essays*, The University of Chicago Press, Chicago, 1969.

[48] POSNER, *op. cit.*, p. 18.

[49] POSNER, *op. cit.*, p. 127

[50] Véase KAHAN D. M., BRAMAN, D., «Cultural cognition and Public Choice», *Yale Law and Policy Review*, N° 24 2006; y véase ANTAKI, Charles, *Explaining and Arguing: The Social Organization of Accounts*, Thousand Oaks, Sage Publ., 1994; *cfr.* POSNER, R., *op. cit.*, p. 135.

[51] POSNER, *op. cit.*, p.131.

[52] Una de las últimas experiencias al respecto ha sido la creación del Centro de Derecho, Cerebro y Comportamiento en el Hospital General de Massachusetts de la Universidad de Harvard, donde se intenta averiguar hasta qué punto el cerebro permite al ser humano ser justo a partir de investigaciones de Psicología y Neurociencia cognitivas.

[53] SIMONS, D., «A third view of the Black Box. Cognitive Coherence in Legal Decision Making», *The University Chicago Law Review*, 2004.

[54] SIMONS, D., «A psychological Model of judicial decision making», *30 Rutgers L. J.*, 1, 1998-1999.

[55] LAKOFF, H. y JOHNSON, M., *Metaphors We live by*, University Chicago Press, 1980, 2003 (traducción al español *Metáforas de la vida cotidiana*, Madrid, Cátedra, 1986).

[56] BERGEN, L., «Metaphor in Law as Poetic and Propositional Language», *The 13th International Conference of ISSEI International Society for the Study of European Ideas in cooperation with the University of Cyprus*, 2013.

[57] BERGEN, L., «A Revised View of the Judicial Hunch», *Legal Communication & Rethoric: JALWD*, vol. 10, otoño, 2013, p. 3

[58] Harvard University Press, Cambridge, 2009 (publicado en español con el título *Pensar como un abogado*, trad. T. J. Schleider, Marcial Pons, 2013. Aunque en español se ha utilizado la expresión «abogado», el trabajo de Schauer no se circunscribe sólo al trabajo específico del abogado, sino que puede entenderse referido a formas de razonamiento jurídico más generales).

[59] SCHAUER, F., *op. cit.*, p. 27.

[60] SCHAUER, F., *op. cit.*, p. 22.

[61] Hay una reciente edición en español publicada por la editorial Comares, Granada, 2016.

[62] En la literatura en español, véase por ejemplo, ARDÉVOL PIERA, E., «Antropología jurídica y etnografía», en M. J. ANÓN ROIG, *Derecho y sociedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998. Igualmente son de gran interés los trabajos realizados por Jenny Cubells sobre la construcción de la objetividad, la imparcialidad y la verdad en el conocimiento de los hechos en los procesos judiciales, especialmente penales, mediante estudios etnometodológicos (por ejemplo, en su libro *Dudas razonables: una etnografía en el ámbito del derecho penal*, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2008; CUBELLS SERRA, J., IÑIGUEZ-RUEDA, L., «La construcción de hechos en el discurso jurídico: Análisis del caso de los robos en cajeros automáticos en la ciudad de Barcelona», *Revista Española de Investigación Criminológica*, N° 6, 2008 [www.criminologia.net]. Cubells se ha ocupado también de la construcción de las identidades por el Derecho, especialmente en temas de violencia de género, sobre los que tiene diversos trabajos de sumo interés. Véase asimismo POBLET, M., «Las formas del discurso jurídico. Una descripción etnográfica», *Working Paper*, n° 147, Barcelona, 1998; CASAGRANDE, A. E., «El discurso jurídico: aportes metodológicos para un análisis semiótico del derecho», *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, N° 4, abril, 2011; BANDERAS MARTÍNEZ, C., «Pragmática del discurso jurídico. Análisis de la estructura argumentativa en un texto de los *Papeles de derecho de la Real Audiencia de Nueva Galicia*», *Sincronía. Revista de Filosofía y Letras*, N° 1, junio-diciembre, 2012 [http://sincronia.cucsh.udg.mx]; RUIZ, J. J., «Razón y pasión en el discurso jurídico», *I VARDANDE. Revista Electrónica de Semiótica y Fenomenología Jurídicas*, vol. 2, N° 2, marzo 2013-febrero 2014; ARENAS, L., CEREZO, A. I., BENITEZ, M. J., «Análisis discursivo de los agentes sociales implicados en la violencia de género», *Revista Española de Investigación Criminológica*, N° 11, 2013 [www.criminologia.net]; MARTINETTI, A. L., «El discurso jurídico sobre el caso Romina Tejerina: una mirada en clave de género», *Revista Punto Género*, N°3, noviembre 2013.

Por lo demás, y según hemos visto, el propio Posner se apoyó en estudiosos del discurso como Charles Antaki. Estos trabajos acerca del discurso jurídico pueden evidenciar también determinados elementos de la cognición cultural y la intuición que están presentes en las tareas que los juristas llevan a cabo para resolver problemas y que deben tenerse en cuenta a la hora de acercarse al *know how* de la decisión judicial.

Los estudios sobre el discurso jurídico, legislativo o de aplicación del derecho se han potenciado también ante la exigencia de evitar los usos sexistas del lenguaje jurídico. Ejemplos de estos estudios los encontramos por ejemplo en AA VV, *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*, CGPJ, Madrid, 2011.