

DERECHO Y CIENCIA: TRANSGREDIENDO LAS FRONTERAS¹

Atahualpa Fernandez²

Fecha de publicación: 02/01/2018

“El verdadero propósito del método científico es asegurarse de que la naturaleza no nos ha inducido erróneamente a creer que sabemos algo que, en realidad, no sabemos”.

R. Pirsig

La teoría jurídica ha pretendido explicar, durante siglos, como la interpretación y decisión del derecho es resultado de decisiones correctas tomadas por individuos que actúan responsablemente como agentes morales y racionales. Sin embargo, se ha encontrado con un material difícil: las personas no son tan correctas ni reflexivas, ni tan disciplinadas

¹ La versión original de este artículo (aquí con modificaciones) está publicada en la Revista Ludus Vitalis, vol. XVII, num. 31, 2009, p. 223-226: “Derecho y técnica”.

² Miembro del Ministério Público da União/MPU/MPT/Brasil (Fiscal/Public Prosecutor); Doctor (Ph.D.) Filosofía Jurídica, Moral y Política/ Universidad de Barcelona/España; Postdoctorado (Postdoctoral research) Teoría Social, Ética y Economía/ Universitat Pompeu Fabra/Barcelona/España; Mestre (LL.M.) Ciencias Jurídico-civilísticas/Universidade de Coimbra/Portugal; Postdoctorado (Postdoctoral research)/Center for Evolutionary Psychology da University of California/Santa Barbara/USA; Postdoctorado (Postdoctoral research)/ Faculty of Law/CAU- Christian-Albrechts-Universität zu Kiel/Schleswig-Holstein/Deutschland; Postdoctorado (Postdoctoral research) Neurociencia Cognitiva/ Universitat de les Illes Balears-UIB/España; Especialista Derecho Público/UFPa./Brasil; Profesor Colaborador Honorífico (Associate Professor) e Investigador da Universitat de les Illes Balears, Cognición y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana/ Evocog. Grupo de Cognición y Evolución humana/Unidad Asociada al IFISC (CSIC-UIB)/Instituto de Física Interdisciplinar y Sistemas Complejos/UIB/España.

o racionales como los juristas lo hubieran querido. Y, en oposición a los juristas adictos a la tradición, las investigaciones recientes de los psicólogos cognitivos, los neurocientíficos o los teóricos evolucionistas han arrojado resultados que no son demasiado alentadores para ratificar aquellos puntos de vista (K. A. Appiah): cuanto más aprendemos acerca de la fuente de nuestras acciones y juicios, más difícil resulta relacionar esas conductas, sentimientos, elecciones y decisiones con los valores, las premisas y los rasgos que los juristas imaginan como rectores de la actividad interpretativa. La “magia hermenéutica” y la “fantasía de la racionalidad” han perdido sus encantos.

Pues bien, como la gente culta comprende, el derecho es, bajo cualquier punto de vista, un fenómeno esencialmente humano, cuyo problema relativo a su interpretación y aplicación levanta la ineludible cuestión de la dimensión subjetivo-individual del jurista-intérprete. En efecto, no resulta difícil inferir que la figura del intérprete juega un papel de fundamental importancia en el proceso de realización del derecho, una vez que si el factor último de individualización de la respuesta o conclusión del raciocinio jurídico no procede exclusivamente del sistema jurídico (aunque deba resultar compatible con él), parece obvio que debe proceder también de las convicciones personales (de la personalidad) del operador del derecho.

Eso es así por el simple hecho de que ni principios ni reglas regulan por sí mismos su aplicación en el ámbito del comportamiento humano. Ellos representan sólo los pilares pasivos del sistema jurídico. Para obtener un modelo completo es imprescindible agregar a los pilares pasivos un activo, es decir, un procedimiento de interpretación, de justificación y de aplicación de las reglas y principios jurídicos. Por lo tanto, los niveles de las reglas, de los principios y del comportamiento humano tienen que ser completados por un cuarto: el de un proceso de concreta realización del derecho y la correspondiente participación (personal, subjetiva, neuronal) del jurista-intérprete.

El problema actual del derecho – sea este entendido como ciencia o como arte – es que, por lo general, a los operadores jurídicos serios les gusta creer que el proceso de interpretación jurídica y de toma de decisión es un proceso objetivo y racional en el que la subjetividad del sujeto, aunque presente, no debería desempeñar ninguna función importante³. Sin

³ Por muy conscientes de sus límites que sean los juristas (o cada jurista), no hay duda de que la interpretación jurídica se apoya en alto grado en la idea de la “objetividad”. Pero aquí, como

embargo, hoy sabemos, gracias a la ciencia, que no es posible separar, en los procesos de toma de decisión, emoción y razón, espíritu y cerebro. Esto es algo que ahora sabemos y considero que este *hecho* es un punto de partida fundamental para determinar en qué medida el principal problema del derecho (el de la interpretación jurídica) será resuelto por la vía neurocientífica, es decir, entre la exigencia de ser precisos y la tendencia a ser imaginativos.

De hecho, la crisis que hoy afecta los ideales sobre la racionalidad formal del derecho legal y la metodología jurídica ha sido muy desatendida por una tradición filosófica (tanto continental como analítica) que hace hincapié en el comportamiento reflexivo y racional de los operadores jurídicos. Y dado que ese aislamiento teórico de la ciencia jurídica continúa a generar un gran número de problemas sin resolver, creo que la clave para establecer qué conocimientos deben desarrollarse en el ámbito del derecho está en la emergencia de un diálogo (drásticamente interdisciplinario) entre las teorías materialistas de la naturaleza humana propuestas por las ciencias contemporáneas y la tradición de los filósofos y teóricos del derecho, en el sentido de que estos se vean cada vez más comprometidos con la evidencia de que las ciencias y las humanidades, aunque continúen teniendo sus propias y separadas preocupaciones y

sugiere Kathryn Schulz, es útil recurrir al diccionario, ya que es más frecuente invocar la “objetividad” que definirla, y se puede utilizar para expresar cosas distintas. Según el Merriam-Webster, la primera acepción de “objetivo” (después de las arcaicas y de las pertinentes a la gramática) es “*lo que tiene una realidad independiente de la mente*”. En este sentido, lo objetivo es lo que veríamos si pudiéramos acceder de algún modo al mundo sin participación de nuestro cerebro. Esta acepción de “objetivo” es en lo esencial un sinónimo de “verdadero”. La segunda definición, por su parte, es en lo esencial un sinónimo de “imparcial”: “*que expresa o trata de hechos o condiciones percibidos sin distorsión por sentimientos, prejuicios o interpretaciones*”. Estas definiciones tienen dos cosas en común. La primera es que refleja nuestras ideas más arraigadas acerca de cómo funciona nuestra mente: respectivamente, la fe del niño de dos años en el realismo ingenuo y la noción, más madura aunque idealizada, de un pensador racional. La segunda cosa que tienen en común es lo que omiten. En una de las dos definiciones, la “objetividad” se caracteriza por la ausencia de una mente; en la otra, por la ausencia de sentimientos, prejuicios e interpretaciones. En ambos casos, concluye Schulz, lo que falta es algo que se parezca a un ser humano reconocible. Es decir, podemos intentar ser terriblemente racionales, imparciales y/o objetivos, pero lo que no podemos es olvidar de algo muy importante acerca de lo que es ser un ser humano. Como seres humanos, todos sabemos que se “*siente*” de cierto modo y desde dentro: dado que es imposible acceder de algún modo al mundo sin la participación de nuestro cerebro, la realidad tal como la percibimos e interpretamos “*está inevitablemente sesgada, refractada a través de una mente individual e idiosincrásica siempre un poco disconforme con el mundo*”. Dicho en términos más familiares: la interpretación es subjetiva y la idealizada objetividad de un pensador racional es “la ausencia del yo”.

conceptos, son generadas por medio de un elemento material común: el cerebro humano.

No hay que extrañarse, pues, que el proceso de realización del derecho sea una de las más problemáticas y contestadas públicamente de todas las empresas jusfilosóficas. No está informada por nada que sea reconocible como auténtica teoría en las ciencias naturales: el derecho carece de las bases de conocimiento verificable de la mente y del cerebro necesarias para obtener y producir predicciones de causa y efecto y juicios justos basados en ellas. Es posible, por qué no decirlo, que la mayor parte de las propuestas de fundamentación teórica y metodológica del derecho que ya se formularon a lo largo de la historia pequen por su inviabilidad en función de ese desprecio con relación a la realidad biológica que nos constituye, o sea, por la falta de precisión de su adhesión a la naturaleza humana.

De ahí que la neurociencia parece ser claramente la técnica que, a largo plazo, nos permitirá no solo alejarnos de las rutinas mentales sacrosantas que gobiernan silenciosamente nuestras creencias decimonónicas en la superioridad de la razón, sino encontrar vías más sofisticadas y autorizadas para entender las condiciones, las aptitudes y las (invisibles) limitaciones psicobiológicas inherentes y específicas del ser humano a la hora de formular juicios de valor, interpretar, justificar y decidir. O mejor dicho, es definitivamente necesario darse cuenta de que en todos los casos la interpretación y la aplicación del derecho está causada por circuitos cerebrales que conforman la maquinaria de la decisión.⁴

Pero aceptar que nuestra habilidad para comprender normas, las razones sobre ellas y la actividad interpretativa basada en ellas, “es una habilidad basada en el cerebro que puede ser explorada usando métodos científicos” (P. Churchland), también implica admitir que ha llegado el momento de empezar a operar con lo que ya sabemos sobre el cerebro y cómo eso puede venir a influenciar el actual modelo teórico, metodológico y práctico del derecho. Esto viene a reafirmar una vez más lo que es un secreto a voces: para dirigirse a éste debemos partir de la premisa de que la capacidad moral y ético-jurídica es (y debe ser) contemplada como un atributo de nuestro cerebro de primate evolucionado, directa e

⁴ Quizás para entender esto un poco mejor habría que buscar otra metáfora: gracias a los nuevos avances en neurociencia, hemos descubierto que nuestro cerebro es un órgano mayormente falible, construido a base de chapuzas evolutivas, que se inclina peligrosamente a reinterpretar los hechos según sus prejuicios y otros errores de lógica que vienen de serie cuando nacemos. (S. Parra)

ineludiblemente relacionada con el problema de la toma de decisión humana en todas sus dimensiones. Y la comprensión de lo que somos y cómo actuamos, del cerebro y su funcionamiento, ofrecido hasta ahora por la neurociencia es perfectamente compatible con esta perspectiva.

Esta es solo una de las muchas formas por medio de las cuales la neurociencia, en cuanto a las emociones imperfectas y a los factores de irracionalidad que condicionan lo que realmente sienten y experimentan los operadores jurídicos en la tarea de interpretar y aplicar el derecho, puede traer una mayor contribución para el diseño y la elaboración de discursos o decisiones jurídicas más justas, frente a la ilusión sobre la racionalidad o emociones ideales que nos gustaría que los operadores jurídicos tuviesen en el proceso de toma de decisión.

La gran pregunta es, ¿podrá el modelo neurocientífico del juicio normativo en el derecho y en la justicia venir a servir de fuente de información para la elaboración de criterios hermenéuticos y/o metodológicos que se alejen de las falsedades subyacentes a las actuales concepciones comunes de la psicología (y de la racionalidad) humana? Imposible no es. Ahora bien, ¿apostamos a que lo hará? Yo no iría tan rápido. Podemos desearlo, por supuesto, pero también tenemos que afrontar la posibilidad de que no llegue a suceder, por dos razones muy simples. La primera es que los juristas distan mucho de estar preparados para que los datos científicos guíen las prácticas jurídicas⁵. La segunda razón por la que existe resistencia a la idea de que la neurociencia afecte al derecho tiene que ver con la amenaza percibida hacia nuestra

⁵ Dicen que no se debe abusar de las citas, pero me permitiré reproducir, enteramente, la advertencia de Noah Harari: “Nuestros sistemas políticos y judiciales liberales se basan en la creencia de que cada individuo posee una naturaleza interior sagrada, indivisible e inmutable, que confiere significado al mundo, y que es el origen de toda autoridad ética y política. Esto es una reencarnación de la creencia cristiana tradicional del alma libre y eterna que reside en cada individuo, a pesar de que a lo largo de los últimos 200 años las ciencias de la vida han socavado completamente dicha creencia. Los científicos que estudian los mecanismos internos del organismo humano no han encontrado el alma de la que se habla. Argumentan cada vez más que el comportamiento humano está determinado por hormonas, genes y sinapsis, y no por el libre albedrío; las mismas fuerzas que determinan el comportamiento de los chimpancés, los lobos y las hormigas. Nuestros sistemas judiciales y políticos intentan barrer en gran medida estos descubrimientos inconvenientes bajo la alfombra. Pero, con toda franqueza, ¿cuánto tiempo más podremos mantener el muro que separa el departamento de biología de los departamentos de derecho y ciencia política?”.

“inmaculada” noción de racionalidad que sin duda está vinculada con el problema de la interpretación jurídica.⁶

Es cierto que en lo que concierne a la neurociencia aún hay mucho más por aprender, que no nos encontramos en el fin de nuestra comprensión sobre el cerebro sino que empezamos ahora a utilizarla para desencallar debates fundamentales que la filosofía ha agotado (J. Camprodon). Pero pese al hecho de que las investigaciones de la neurociencia cognitiva acerca del juicio moral y del juicio normativo en el derecho y en la justicia todavía se encuentran en una etapa muy precoz, la utilidad de esas técnicas es indudable: traen a la palestra, en última instancia, cuestiones básicas de justicia dentro del sistema legal y de realización práctica del derecho en los tribunales. Esos avances, más allá de su extraordinaria relevancia científica, evocan importantes connotaciones filosóficas, jurídicas y morales, en particular en lo que se refiere a la comprensión de los procesos cognitivos superiores relacionados con el juicio moral o ético-jurídico, entendido como estado funcional de los procesos cerebrales.

En realidad, parece posible conjeturar que la investigación neurocientífica sobre la cognición moral y jurídica pueda venir a afectar nuestro entendimiento acerca de la naturaleza del pensamiento y de la conducta humana, con consecuencias profundas en el dominio propio (ontológico y metodológico) del fenómeno jurídico. Y porque no hay una institución humana más fundamental que la norma jurídica y, en el campo del progreso técnico-científico, algo más fascinante que el estudio del cerebro, la unión de esos dos elementos (norma/cerebro) acaba por representar una combinación naturalmente estimulante, una vez que la norma jurídica y el comportamiento que procura regular son ambos productos de procesos mentales. Digo más: en este particular contexto, el proceso de interpretación y aplicación jurídica (siempre afectado por la distorsión intrínseca de toda intervención humana) aparece como el mecanismo apto y lo único medio posible y con capacidad necesaria y suficiente para poner en evidencia la natural combinación cerebro-norma.

Para decirlo rápido para que nadie se lleve a engaño, mi argumento es en el sentido de que, delante del actual panorama metodológico acerca del reconocimiento, polémico en relación con la metodología tradicional, del hecho de que los operadores del derecho (especialmente los jueces), en

⁶ De hecho – y parafraseando a Lady Violet (*Downton Abbey*) -, un jurista tradicional a favor de las neurociencias “es como un pavo a favor de la Navidad”.

muchos casos y hasta un cierto grado, producen derecho, los nuevos avances de la neurociencia permitirá una mejor comprensión de la mente y del cerebro y traerá consigo la promesa de cruciales aplicaciones prácticas en el ámbito de la interpretación y aplicación jurídica: constituyen una oportunidad para refinar nuestros juicios ético-jurídicos y establecer nuevos patrones y criterios metodológicos sobre cimientos más firmes y consistentes.

Porque de lo que se trata es de rescatar para las ciencias jurídicas la complejidad de la naturaleza humana moldeada por el cerebro, de descubrir nuestra mente para comprender quiénes somos y cómo forjamos nuestros juicios y valores sobre lo bueno y lo justo, de dar forma a nuestra manera de razonar, elegir y justificar, de entender y explicar nuestro cerebro cuando pensamos, sentimos y decidimos, de discernir cómo se combinan la razón y las emociones en la toma de decisiones jurídicas, etcétera; es decir, de vincular, en un espacio de “completa promiscuidad de disciplinas”, el conocimiento de la neurociencia a distintos aspectos del (epi) fenómeno jurídico.

Ello sin olvidarnos, claro está, de otros aspectos distintivos de la naturaleza del comportamiento humano a la hora de interpretar y decidir sobre el sentido de la justicia concreta y la existencia de universales morales determinados por la naturaleza biológica de nuestra arquitectura cognitiva (neuronal). Al fin y al cabo, es el cerebro que nos permite disponer de un sentido moral, el que nos proporciona las habilidades necesarias para vivir en sociedad y disfrutar de la autoconsciencia de poseer derechos y deberes, para interpretar y dar sentido al mundo, para tomar decisiones y solucionar determinados conflictos sociales, y el que sirve de base para las discusiones y reflexiones filosóficas más sofisticadas sobre justicia y moralidad. Toda nuestra conducta, nuestra cultura y nuestra vida social, todo lo que percibimos, sentimos, hacemos o dejamos de hacer sucede y depende de la estructura y funcionamiento de esa máquina de pensamiento que determina nuestras posibilidades, nuestras limitaciones y nuestro carácter.

Así las cosas, para comprender esa parte esencial del universo ético-jurídico es preciso dirigirse hacia el cerebro, hacia los substratos cerebrales responsables de nuestros juicios morales, nuestras emociones, nuestros pensamientos y nuestras conductas, cuya génesis y funcionamiento cabe situar en la historia evolutiva propia de nuestra especie. De lo contrario, continuaremos negándonos el derecho de tener una confrontación honesta y crítica con la evidencia del fracaso de la fábula hermenéutica y, al mismo

tiempo, de posicionarnos desafiantes ante determinadas teorías que más se parecen a una receta de cocina. Recordemos que el sentido de la justicia y del derecho tienen sus raíces en el cerebro humano, el único medio a través del cual los valores llegan al mundo... Como no puede ser de otra manera.