

Comunicación que presenta
Prof. Dr. Rafael Jiménez de Parga y Cabrera

- Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona (Facultad de Derecho).
- Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.
- Abogado.

Al “*VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*” Santiago de Chile, Noviembre, 2012 para el área de debate acordada por la organización:

“Derecho y Neurociencia”

Barcelona
(España)
Octubre, 2012

COMUNICACIÓN

“Solo buscando las palabras se encuentran los pensamientos”
Josep Joubert.

1.- La atalaya desde la que observo las cuestiones que plantea la temática “Neurociencia y Derecho”, es la palabra “Y”. Desde esta “Y” contemplo la problemática en sus aspectos básicos y sustanciales. Ambas conjunto de cuestiones entrelazadas por la “Y”.

2.- Las tres áreas del Derecho en las que influye la neurociencia son el ámbito de la responsabilidad; la valoración de las pruebas; y, la tensión ley positiva y justicia.

3.- ¿Cómo definir a la neurociencia? “Estudio de la arquitectura y funcionamiento del sistema nervioso”. “Ciencia del encéfalo”. “Amalgama de conocimientos relacionados con el estudio entre vínculo cerebro y conducta” (Dra. Peiró García).¹

En el mundo contemporáneo anglosajón se habla de “neuro law”. En nuestro espacio vital originario (en su doble acepción: Principio y singular), “conocer el cerebro equivale a averiguar el cauce material del pensamiento y de la voluntad” (Santiago Ramón y Cajal). Acceder a la “caja negra” del cerebro es la tarea del neurocientífico. En expresión de Roskie hay que usar técnicas de “ingeniería cerebral” para investigar correlatos neuronales de ciertos comportamientos”, distinguiendo “neuroética” y “neurociencia”.²

¹ Aprendida esta definición y expuesta en distintas ocasiones e intervenciones de esta científica de la medicina y estudiosa del derecho.

² Roskie citado en el trabajo colectivo “Neuroética, derecho y neurociencia”; de M. Capó; M. Nadal; C. Ramos; A. Fernández y C.J. Cella Conde, publicado en “Ludus Vitalis”, vol. XIV, núm. 25; 2006.

Aquí, prioritariamente, nos interesa la neurociencia en los términos acotados más arriba. Es decir: estados neurológicos que impactan en la conducta del hacer humano.

4.- ¿Cómo definir Derecho?

No rehuimos la respuesta, pero entendemos que a efectos de esta “Comunicación”, la tensión no es “Neurociencia y Derecho”, sino “Neurociencia y Derecho Positivo”, es decir, mecanismos cerebrales y ley positiva.³

En mi opinión, basada en las convicciones jurídicas consecuencia de mi aprendizaje, entiendo que ley positiva es el conjunto de normas jurídicas que emanan de los órganos del estado con poder legislativo dándole legalidad y ungiéndolas de reconocimiento social.

Es necesario descender del concepto abstracto (válido para mí, por supuesto), a lo que entendemos por derecho positivo, ley aplicable. “Reglamentación organizadora de una comunidad”. Notas caracterizadoras: eficacia y validez. (“mandato con eficacia social organizadora). Más aún: se configura la norma positiva por a) su “auctoritas” o dignidad externa; b) por su “ratio” o valor intrínseco; y, c) por “effectus” o realidad social configurada.

La norma nace con vocación de ser aplicada. Kelsen: “el acto de aplicación de la norma constituye en realidad una auténtica decisión, un acto constitutivo, no meramente declarativo”. Derecho aplicado, requiere interpretación; porque derecho es interpretarlo y aplicarlo.

³ F. de Castro y Bravo: “Derecho Civil de España”; “Derecho Civil de España”; con introducción de L. Díez-Picazo (hoy Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación); Madrid; Civitas; Págs. 9 y ss.

5.- Decíamos y repetimos: la neurociencia influye en la esfera de la responsabilidad, asentada sobre la norma positiva.⁴

Responsabilidad (en su significado jurídico positivo) se despliega en el plano de “estar obligado a cumplir” y a “reparar” un daño, en su caso. La responsabilidad es fruto del funcionamiento normal de un “razonador práctico”. Se responde a “a” y se responde de “de”; e incluso se responde en ambos supuestos.

Pero el “razonador” práctico tiene que funcionar sin interferencias.

Aquí radica la cuestión nuclear: conexión, conducta y responsabilidad.

El Profesor del Dartmouth College (California), Gazzaniga, se ha preguntado; “¿Quién manda aquí?”. ¿Funciona siempre el libre albedrío para poderse razonablemente exigir responsabilidad al sujeto actuante? La inquietud adquiere dimensión: ¿Quién lo hizo, mi cerebro o yo?

En el Código Civil Español el término responsabilidad aparece más de cien veces y, si se me permite la injerencia, en el Código Civil Chileno (he manejado y estudiado el de 14 de Diciembre de 1855, con ensayo preeliminar y notas del Prof. Alejandro Guzmán Brito, Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, edición 2006, también se superan las cien ocasiones que se recurre al término responsabilidad). (Dejo constancia de mi admiración y aprendizaje del gran jurista Andrés Bello, que llegó a Chile en 1829, a quien tanto debemos los estudiantes de Derecho).⁵

⁴ M.S. Gazzaniga: “Quién manda aquí”; Paidós; 2012. Vid, especialmente, 219 y ss.

⁵ Ejemplos angulares del C.C. español en esta concreta materia: 1263, 2ª; 1264; y otros hasta más de un centenar (De Ángel).

Sobre lo mismo, vid en C.C. de Chile: artículos 1445 y ss.

Volvamos a nuestra senda del razonamiento: la neurociencia impacta, también en el ámbito civil.⁶

El consentimiento, pilar básico de las relaciones contractuales, puede verse resquebrajado si el “razonador práctico” no funciona, si se produce una disfunción entre decidir sin interferencias, que estudia la neurociencia, y la estructura de la decisión, con efectos jurídicos. Prestar consentimiento no es un acto volitivo mecánico; hay que verificar, llegada la duda, el funcionamiento del cerebro.

(Rozamos ya una cuestión de prueba, que más adelante afrontaremos).

El impacto relevante en el ordenamiento jurídico se produce en las conductas con responsabilidad penal. Aquí adquiere plenitud la cuestión. ¿Quién lo hizo: mi cerebro o yo? Corresponde diferencias entre lo que hago porque así está el cerebro o así está el cerebro porque lo hago. E. Kandel; J. Schwartz y T. Jessel han escrito (2000): “La neurociencia analiza el vínculo “cerebro-conducta”, con extrema profundidad en las conductas provocadoras de infracciones de normas insertas en los Códigos Penales”.

Quizás, resulta útil repasar las páginas 218 y ss. de la monografía de A. Guzmán: “El Derecho privado constitucional de Chile”; Valparaíso Universidad; 2001.

También, J.L. Cea Egaña: “La constitucionalización del derecho”; Revista de Derecho Público 59; 1996; 2; páginas 11 y ss. (Dejar constancia que el Dr. Cea Egaña es el Presidente de la Academia de Chile y que preside este Congreso).

⁶ R. de Ángel; “Sobre las palabras responder, responsable y responsabilidad”, en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Díez-Picazo; Madrid; Tomo II; páginas 1323 y ss.

En la misma obra y tomo: J.J López Jacoiste: “La responsabilidad, entre cualidad personal y relación jurídica”; Págs. 2297 y ss.

Hay que citar la aportación básica de P. Ricoeur: “Le Juste”; París; 1995; Págs. 41 y ss (“Le concept de responsabilicé. Essai d’analyse semántico”); tengo información que hay una traducción realizada en Santiago de Chile, 1997.

Recomendable es consultar el Oxford Latin Dictionary; pags. 1633 y ss., para conocer los matices anglosajones del término responsabilidad: “responsability”, “accountability” o “liability”.

El alemán lo refunde en “verantworten” (responder de).

Si se quiere profundizar hacia atrás, vid el “Forcellini”: “Totius Latinitatis Lexicon”; Prati; 1871; Págs. 206-208.

6.- Si enfocamos nuestra atención hacia el ámbito jurídico penal podemos partir de un precepto clave: Art. 20 del Código Penal español aprobado por LO de 23 de Noviembre de 1995:

Están exentos de responsabilidad criminal:

1.- El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.- El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.- El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Este precepto acota la incidencia de las situaciones analizadas por la neurociencia y la norma positiva reguladora de la responsabilidad criminal, en el Derecho penal español.

Con respeto y a tientas cito el precepto clave del Código Penal de la Republica de Chile que data de 12 de Noviembre de 1874, en su modificación de 18 de Febrero de 2010, con vigencia a partir de 18 de Diciembre del mismo año.

Art.10: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.

7.- Tales preceptos nos sirven de guía en el enfoque de la segunda esfera del impacto de la neurociencia sobre el derecho: la prueba de las causas que limitan o eliminan la responsabilidad criminal.

Soslayamos la vertiente civil, en aras de respetar la extensión de esta comunicación, amablemente acotada por los responsables de este encuentro entre Academias.

Hemos optado por analizar la temática (incidencia sobre la apreciación y valoración de la prueba, basada en situaciones que la neurociencia estudia), recorriendo a un supuesto acaecido en la vida real.

Queremos centrarnos en el ejemplo paradigmático de cómo se desarrolla la cuestión en Estado Unidos de America (USA). Y lo hacemos por la oportunidad del suceso ocurrido (tristemente) el 7 de Agosto de este año 2012 (hace escasamente tres meses). Marvin Wilson, de 54 años, afroamericano, en Texas (USA) fue ejecutado por condena a muerte.

En este suceso la cuestión clave ha sido la apreciación y valoración de la prueba. Veamos sucintamente.

El 4 de Noviembre de 1992 (20 años hace), fue detenido y luego puesto en libertad bajo fianza, M. Wilson.

Seis días después se encontró en Beaumont, Texas, el cadáver de Jerry Williams, confidente de la policía cuya información había conducido a la detención de Wilson. Marvin Wilson fue acusado de asesinato, declarado culpable y condenado a muerte en 1994. En 1997, la Corte de Apelaciones en lo Penal de Texas anuló su declaración de culpabilidad porque el fiscal había presentado argumentos indebidos al jurado. Fue juzgado de nuevo en 1998, y ahora fue declarado culpable y condenado a muerte.

Sigamos el relato. En 2003, los abogados de Marvin Wilson, amparándose en la resolución Atkins, impugnaron su condena de muerte. En 2004, un neuropsicólogo designado por el Tribunal, con 22 años de experiencia clínica, concluyó que Wilson sufría discapacidad intelectual. Él personalmente sometió a Wilson a nueve pruebas diferentes de distinto tipo y revisó los materiales e historiales existentes. Señaló que, a lo largo de los años, a Marvin Wilson se le había calculado un cociente intelectual de entre 61 y 75: el más bajo era el que se le había calculado más recientemente, con una prueba considerada en general la más exacta. El experto concluyó que, de adulto, su desarrollo lingüístico estaba "bien entrado en el grado de discapacidad", su comprensión lectora era "muy limitada" y sus aptitudes conceptuales y prácticas eran sustancialmente deficientes.

¿Qué ocurrió entre 1992 y 2012?

Nada, ni nada menos la Sentencia del Tribunal Supremo USA, en el caso "Atkin vs Virginia". En 2002, la Corte Suprema de Estados Unidos, en Atkins v. Virginia, declaró ilegal la ejecución de personas que sufrieran "discapacidad intelectual", por considerar que violaba la prohibición constitucional de las "penas crueles e

insólitas". La Corte Suprema dejó en manos de los estados el modo de cumplir con la sentencia. Diez años después, la Cámara de Representantes de Texas aún no ha promulgado una ley para aplicar la resolución. Ante la ausencia de dicha legislación, la Corte de Apelaciones en lo Penal de Texas emitió en 2004 directrices temporales

¿Qué supone esta Sentencia de 2002 en nuestro iter? a) El TS repudia la ejecución de Sentencias con condena de muerte cuando el condenado padece “discapacidad intelectual” por ser contraria la ejecución a la Constitución.; b) Pero, la prueba de esta “discapacidad intelectual” debe ser valorada con los criterios de las leyes de cada Estado de la Unión.

No se apreció por el órgano que acuerda la ejecución ni las alegaciones de Richard Dieter (Director Ejecutivo del Centro de Información sobre penas de muerte) basadas en la Sentencia del T.S. de 2002; ni el Informe del psicólogo del Estado de Texas que concluyó que Wilson padecía “retraso mental” y contraargumentando la improcedencia de aplicar “criterios subjetivos”; ni el argumento clave del Abogado Defensor Lee Kovansky que sintetiza: “ M. Wilson nunca tuvo capacidad en lengua y matemáticas”, criterios objetivos determinantes del estado mental standard.

Texas no aceptó como prueba irrefutable: a) El test de coeficiente intelectual; b) sino que se exigía “evidencias de discapacidad de conducta del reo”. Tesis defendidas por el Fiscal de Texas Edward Marshall, que entendió estábamos ante un “retraso mental leve educable”.

La Sentencia del TS de 2002 supuso un gran avance, pero no suficiente, ya que dejar a criterio de cada Estado la valoración de la prueba, era (como se ha podido verificar) no cerrar la vía de escape en materia tan sutil como la apreciación valorada de la prueba. Nos recuerda la Sentencia del mismo Tribunal cuando pronunció sobre la segregación racial: “iguales pero separados”, “separate but equal”. (Sentencia

Plessy v. Ferguson, 16 de Mayo de 1896, 163 USA 53)⁷, ya que dejó sin resolver totalmente el problema nuclear: la segregación.

La estructura de la norma jurídica, su interpretación y aplicación todavía ofrece resistencia a verse alterada en su significado literal o funcional por razones apoyadas en la neurociencia. Probar la alegación basada en la neurociencia es aún el impedimento de una alteración de la norma.

El maridaje “neurolaw” está en fase de noviazgo. Para completar mi punto de vista, recurro a la frase síntesis de la novela de Alessandro Manzoni (“I promessi sposi”, Renzo e Lucia) cuando el Gobernador español en Milán, con referencia a 1628, para atravesar una situación turbulenta callejera, le ordena a su cochero: “Adelante, Pedro, pero con juicio”. (La versión definitiva de la novela es de 1842) ¿Es lo que le está diciendo el derecho a la neurociencia? Adelante, pero ¿con juicio?

8- “Con juicio”, esta exigencia nos obliga a analizar brevemente una doble cuestión: a) “Juicio” supone examen y valoración de los argumentos que aleguen; b) En el “Juicio” se toma una decisión ¿Debe primar el sentido y alcance es la norma independiente del resultado justo o injusto que produzca?

a- Juzgar es deliberar, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente (voz en DRAE).

⁷ Ampliar referencia y comentarios puede encontrarse en: M. Beltrán de Felipe y V. González García: “Las Sentencias básicas del T.S. de los Estados Unidos de América; C.E.C.; Madrid; 2006; 2ª edición; Págs. 161 y ss.

En línea con la doctrina legal defendida por el T.S. de USA: Brown vs. Board of Education of Topeka, de 17 de mayo de 1954, acordada por unanimidad, siendo ponente el magistrado Earl Warren. Por el resultado en votación se conoce coloquialmente: “nine-cero”.

Es muy interesante, la monografía B. Schwartz: “Los diez mejores jueces de la historia norteamericana”; Civitas; Madrid; 1980, con amplio y sabio “Prólogo” de E. García Enterría.

Poco que añadir. Adquiere relevancia lo expuesto sobre la incidencia de las causas cimentadas en la neurociencia sobre la jurídica positiva.

- b- La tensión entre norma jurídica positiva, como medio para alcanzar la plasmación de la justicia y la verdad verdadera de lo que es justo. (Tercer plano, que señalábamos al principio que desde la “Y” observamos se relaciona la neurociencia y el derecho, mejor dicho, “Derecho, con mayúscula. El ingrediente “justicia” solo entra en juego con “Derecho” en mayúscula.

9.- No me ha sido posible (por razones de extensión exigible y complejidad temática) más que arañar en la superficie de un fondo turbulento. Pero no quiero eludir la cuestión tensa entre razones apoyadas en la neurociencia y la exigencia de resultados justos, cuando la norma positiva ofrece interpretaciones razonablemente distintas.

Decididamente, entiendo que hay que buscar lo justo⁸. La norma positiva no puede convertirse en una categoría esclava (“Ancilla legis”)

Barcelona (España) para Santiago de Chile (Republica de Chile), a Octubre de 2012.

VIII Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica” (22, 23 y 24 de Noviembre de 2012. Instituto de Chile, Santiago de Chile.

⁸ ¿Qué y dónde está lo justo? Lo justo se detecta cuando se contempla la “injusto”. Vid. A. Sen: “La idea de la justicia”, Madrid, Taurus, 2010.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA, ADEMÁS DE CITADA A PIE DE PÁGINA

- N. Braidot: “Neurociencia aplicada al razonamiento y la creatividad humana”, en “Neuromarketing, neuroeconomía y negocios”; Madrid; 2007.
- F. Cova: “Neurosciences et Droit pénal: le déterminisme peut-il sauver la conception utilitariste de la peine?“, Klesus; Revue philosophique; 2011; Gêneve.
- En el mismo núm. De la Revue Klesis, trabajos de M. Bennet; Carpentier; o Pierre-Yves Quivigier, abordando “L’inquiétante protection de la dignité humaine”.
- E. García: “Neurociencia e imputabilidad”; Quark; núm. 39-40; Méjico; enero-diciembre 2007; Págs. 88 y ss.
- B. Feijoo Sánchez: “Derecho Penal y neurociencias. ¿una relación tormentosa? Indret; revista para el análisis del derecho; Barcelona, abril, 2011.
- M. Narvaez Mora: “Nota sobre neurociencia, filosofía y derecho”; Universidad de Girona; Working papers; núm. 10; 2007. (Es justo hacer constar la amplia y bien seleccionada Bibliografía citada).
- J. Monord: “Le Hazard et la nécessité; París, 1970. 8hay una última traducción al español en 2007, en Tusquets). El autor fue Premio Nobel en Fisiología y Medicina, 1965.
- M.S. Pardo y D. Patterson: “Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia”; Indret; Revista para el análisis del derecho”; abril, 2011. 8El primero de los autores es Profesor en University of Alabama y el segundo en la E.U.I. de Barcelona.
- S. Seung: “Conectoma”; RBA; Barcelona; 2012. profesor en el Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT). Relaciona azar; aprendizaje y genoma,

“partiendo de que el cerebro humano tiene 100.000 millones de neuronas; el gusano, 300)”. (Conferencia en Madrid, 27 de julio de 2012)