

UN MODELO DE DISCURSO JURÍDICO REVISADO

Atahualpa Fernandez²

Universidade da Amazônia - Unama/PA - Universitat de les Illes Balears

Camilo José Cela-Conde³

Universitat de les Illes Balears

Marly Fernandez⁴

Universitat de les Illes Balears

Resumen.- Este artículo propone una explicación sobre el Derecho, que atraviesa las escalas de espacio, tiempo y complejidad, uniendo los aparentemente irreconciliables hechos de lo *social* y lo *natural*, integrando la percepción de una red normativa, de una estrategia social adaptativa, que ciertamente se creó y existe en función de sus contribuciones a la supervivencia y al éxito reproductor durante un largo período de nuestra historia evolutiva, esto es, resolver problemas evolutivos recurrentes en especies esencialmente sociales como la nuestra que, por otra parte, no habría conseguido prosperar biológicamente.

Palabras clave.- *derecho, dinámicas evolutivas, discurso jurídico, argumentación jurídica.*

Abstract.- This article propose an explanation about Law that crosses the scales of space, time and complexity to, by uniting the apparently irreconcilable facts of the *social* and the *natural*, integrate the perception of a normative network, of a social adaptive strategy, that certainly was created and exists in function of its contributions to survival and reproductive success during the long period of our evolutionary history, that is, to resolve recurrent evolutionary problems in an essentially social species such as ours that otherwise would not have managed to prosper biologically.

Keywords.- *right, evolutionary dynamics, juridical speech, juridical argumentation*

La cultura humana y el derecho en particular son un depósito de preceptos éticos, jurídicos y políticos que abarcan todo tipo de órdenes específicas, valores, prohibiciones, tabúes y rituales. Desde la más remota época, los estudiosos del derecho han buscado organizar esos imperativos en un sistema universal de normas y principios, racional, armónico y defendible, sin que todavía (hasta ahora) hayan podido haber conseguido llegar a algo parecido a un consenso. Las matemáticas y la física son las mismas para todos y en cualquier lugar, pero el derecho (y la ética) no han podido alcanzar un equilibrio similar y ponderado.

¿Por qué no? ¿Es ilusorio el objetivo de partida? ¿Será el derecho, en último término, un asunto de gustos subjetivos (o de poder político)? ¿No existen verdades jurídicas susceptibles de ser descubiertas y confirmadas que no sean movimientos forzados o verdades meramente serviciales? Quienes creen que no existen principios objetivos del derecho suelen acusar de “cientificismo” a quienes los buscan. Pero siguiendo la aguda observación de Dennett (1995), cabe sostener que no es “cientificismo” el pretender conceder objetividad y precisión al conocimiento, del mismo modo que no es adoración de la historia el concebir que Napoleón durante un tiempo dominó a Francia o que el Holocausto sucedió realmente; quienes temen los hechos tratarán siempre de desacreditar a los que los encuentran.

Pero, ¿cómo cabría aplicar la ciencia al derecho sin tergiversar el sentido de este último?

Se han construidos grandes edificios de teoría y metodología jurídica que fueron criticados y defendidos, sometidos a revisiones y amplificados por los mejores métodos de investigación racional, y dentro de esos artefactos del pensamiento humano figuran algunas de las creaciones más extraordinarias de la cultura jurídica. Una operación semejante realizada con el punto de vista puesto en la posible objetividad de algunos principios del derecho podría hacer frente quizá con garantías a las desviaciones científicas de la ciencia jurídica. Pero en realidad nos enfrentamos con el caso contrario. En el campo jurídico nunca se ha prestado la debida atención a la evolución de la naturaleza humana y a la estructura y el funcionamiento material del cerebro humano como fuente de los instintos y las predisposiciones que permiten crear y explotar los vínculos sociales relacionales existentes. No hay que extrañarse pues de

²Profesor Catedrático de la Universidade da Amazônia - Unama/PA; Profesor Colaborador Honorífico de la Universitat de les Illes Balears-UIB (Antropología y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana).

³Profesor Catedrático de la Universitat de les Illes Balears-UIB (Antropología y Evolución Humana / Laboratório de Sistemática Humana).

⁴Doctoranda en Filosofía/ Universitat de les Illes Balears-UIB y Research Scholar en el Laboratório de Sistemática Humana/UIB.

que el proceso de realización del derecho sea uno de los más problemáticos y contestados públicamente de todas las empresas jusfilosóficas. Tanto el derecho como la ética carecen de las bases de conocimiento verificable de la naturaleza humana necesarias para obtener predicciones de causa y efecto y juicios justos basados en ellas.

De hecho, cuando los operadores jurídicos abordan el estudio del comportamiento humano y del derecho tienen la costumbre de hablar de diversos tipos de explicaciones: sociológicas, antropológicas, normativas y axiológicas ajustadas a las perspectivas de cada una de las respectivas disciplinas y áreas de conocimiento, es decir, sin considerar siquiera la posibilidad de que exista una sola clase de explicación para la comprensión de la juridicidad en su proyección metodológica. Pero tal explicación unitaria de base existe. Desde el punto de vista teórico es posible imaginar una explicación que atravesase las escalas del espacio, del tiempo y de la complejidad uniendo los hechos aparentemente inconciliables de *lo social* y *lo natural*. Existen numerosos modelos procedentes de las ciencias de la vida que integran los comportamientos sociales como consecuencia de determinadas variables de la naturaleza de cada especie. Cabe detectar la presencia en nuestra especie —esencialmente social— de ciertas estrategias socio-adaptativas que aparecieron gracias a que contribuían a la supervivencia y al éxito reproductivo. Es más: sin tales estrategias surgidas durante el largo período de nuestra historia evolutiva para resolver problemas evolutivos, nuestra especie no podría haber conseguido prosperar.

¿Forma parte el derecho de tales estrategias adaptativas? Desde luego no, si nos atenemos a los modelos estándar del discurso jurídico. Pero cabe afirmar que éstos resultan insuficientes porque:

- a) descuidan o no tratan en absoluto de aspectos muy importantes del problema de la legitimidad del derecho a partir de una concepción previa acerca de la naturaleza humana (de su existencia individual, separada y autónoma);
- b) no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente nuestras capacidades, habilidades y limitaciones al llevar a cabo las operaciones de los procesos racionales de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar sus resultados e impactos en lo que se refiere a las nuestras intuiciones y emociones morales (tanto las culturalmente formadas como, y muy particularmente, las de raíz biológica);
- c) tienen un interés muy limitado (si es que cuentan con alguno) por entender el contexto político de factibilidad o aplicabilidad de las propuestas que les sirven de fundamento, al tiempo que resultan escasamente críticos en relación a los modos de articulación y las consecuencias de los vínculos sociales relacionales (de autoridad, de comunidad, de igualdad y de proporcionalidad) por medio de los cuales los humanos construyen estilos aprobados de interacción y de estructura social, en fin, de los derechos y deberes que surgen de la ineludible vida comunitaria.

Cierto es que existen ya algunas excepciones a ese panorama de desprecio del cientificismo jurídico. En este particular, el modelo institucional que mejor refleja, a nuestro entender, el ideal de ese derecho generado mediante una interacción evolutiva de la naturaleza biológica y la cultural es el de la república democrática defendida por la Ilustración. Y no sólo porque la tradición republicana es capaz de reconocer la pluralidad de las motivaciones de la vida social humana —cosa que supone ya una notable ventaja de partida respecto del monismo motivacional de la tradición liberal—, sino porque su peculiar talante de modelo ético-político abierto aporta valores de ciudadanía y de metodología jurídico-política útiles para entender el derecho como un instrumento de construcción social y, muy en especial, para asimilar los cambios formales y materiales del proceso de la toma de decisiones dentro de la dinámica fluida del “mundo de la vida cotidiana”.

En una línea estratégica similar, al intentar dar respuesta a muchos de los interrogantes sobre la manera como la organización de la mente humana afecta a las relaciones sociales y condiciona nuestras intuiciones morales, Alan P. Fiske (1993) planteó que existen cuatro formas elementales de sociabilidad, cuatro modelos elementales a través de los cuales los humanos construimos unos procesos en cierto modo consensuados de interacción social y de

estructura social. Los cuatro modelos elementales propuestos por Fiske son los de: **1)** comunidad (*comunal sharing*) ; **2)** autoridad (*authority ranking*); **3)** proporcionalidad (*market pricing*); e **4)** igualdad (*equality matching*). Esas cuatro estructuras se encuentran de forma muy extendida en todas las culturas humanas examinadas por Fiske y forman parte de los ámbitos más importantes de la vida social. Como única explicación posible de ese hecho, el autor sugiere que están arraigadas en las estructuras de la mente humana. Una vez que parece impensable el tratar la relación jurídica (o sea, las relaciones personales de los individuos humanos que el discurso jurídico identifica como tales) sin tomar como referencia la interacción social, un simple examen de las características de los cuatro tipos de vínculos sociales relacionales propuestos por Fiske permite descubrir vías firmes de articulación de esas formas de vida social.

Una práctica así tiene una primera consecuencia importante: en la medida en que se admite que el derecho y el “orden” tienen un carácter *relacional*, la realización del derecho desde una perspectiva instrumental, pragmática y dinámica pasa a ser concebida como un intento, como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos relativos a la conducta en la interferencia intersubjetiva de los individuos (Kaufmann,1997; Atienza, 2003). La manera mejor de lograr la plasmación de las formas elementales de sociabilidad —comunidad, autoridad, proporcionalidad e igualdad— sería la de ir desarrollando instrumentos jurídicos adecuados a su justa y equilibrada articulación. Se trata, en definitiva, de una vía que conduce a considerar el derecho como argumentación y presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las demás perspectivas teóricas relacionadas con las dimensiones estructural, sociológica y axiológica del fenómeno jurídico.

En realidad parece razonable suponer que cualquier propuesta teórica de discurso jurídico que pretenda olvidar —o incluso sólo minimizar— el hecho de que toda la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en esencia, una argumentación sobre las diversas vías por medio de las cuales se articulan esas cuatro formas de vida social está a la larga destinada al fracaso (Fernandez, 2002). Dicho de otro modo, admitir que la difusión dominio-específica de los vínculos de comunidad, proporcionalidad, autoridad y de igualdad se da porque está incorporada de forma necesaria en nuestra arquitectura cognitiva (por tanto, vínculos que subyacen a los rasgos universales de la cultura), es, sin duda, el camino más seguro para que se puedan descubrir poderosas, firmes y vinculantes vías (jurídicas) de explicación y articulación de la conducta social humana. En particular, el amplio abanico de conductas mal adaptadas a las circunstancias actuales, los modos adecuados de combinarlas, de potenciar y cultivar sus mejores lados, y la posibilidad de mitigar o yugular sus lados destructivos y peligrosos.

Un programa así permite enfrentarse a las hipertrofias e hipotrofias de los distintos vínculos sociales relacionales o esferas de la vida social: a los excesos y defectos de los vínculos sociales de comunidad, de autoridad, de proporcionalidad y aun de igualdad en los que se inserta la propia relación de ciudadanía. Y permite también plantar cara a la fagocitación de un tipo de vínculo social por parte de otros. Las restricciones antialienatorias y antiacumulativas del uso del poder, por ejemplo, tratan de evitar que los vínculos sociales de autoridad (o poder político) socaven tanto las bases de la vida social comunitaria como la eficacia misma de la libertad. Las restricciones antialienatorias y antiacumulativas del uso de la propiedad privada, por poner otro ejemplo, tratan de evitar que los vínculos sociales de proporcionalidad (el mercado) socaven las bases de la vida social comunitaria. Las restricciones antialienatorias y antiacumulativas del uso del derecho de sufragio tratan a su vez de evitar la corrupción de la relación de igualdad ciudadana por contagio de los vínculos de proporcionalidad. Y, por fin, la famosa “eterna vigilancia ciudadana” republicana trata de evitar que el abuso de autoridad por parte de los tramposos y de los egoístas rompa los vínculos de la igualdad ciudadana y degrade la concepción de justicia en una banalización del uso del poder al servicio de espurios e injustificados intereses políticos y/o económicos.

Todo lo anterior significa, en términos modestos y realistas, un compromiso específico y virtuoso —en el sentido de la *virtù* de Maquiavelo— del operador del Derecho a la hora de definir y constituir diseños institucionales, normativos, discursivos y socio-culturales lo más próximos posibles a las funciones propias de nuestras intuiciones y emociones morales. Y, cuando eso no es enteramente posible, permite defender diseños institucionales, normativos,

discursivos y socio-culturales opuestos a la siempre posible manipulación perversa de esas intuiciones y emociones. De ahí se deduce que la construcción de una propuesta de ese estilo metodológica de argumentación jurídica, permite dar cuenta de los modos *adecuados* de articulación de los vínculos sociales conduciendo a una mayor y estrecha aproximación a las teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos del conocimiento científico, particularmente las elaboradas por las ciencias del cerebro, la filosofía de la mente, la biología evolutiva, la primatología, la psicología evolucionista, etc. A su vez, una propuesta de ese estilo lleva a considerar que cualquier modelo de la argumentación jurídica no solamente tiene que desarrollarse en permanente contacto con lo que normalmente se denomina “teoría del derecho”, sino también con una previa y bien definida concepción ontológica, moral y política acerca del ser humano.

Para el cumplimiento de la función esencialmente práctica de la argumentación jurídica ésta debe ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de interpretar, justificar, aplicar y producir el derecho. Es decir, basándose en los mejores datos disponibles sobre *cómo son* los seres humanos considerados bajo una óptica mucho más empírica y respetuosa con los métodos científicos, la argumentación jurídica debe lograr cambios que verdaderamente beneficien a mujeres y hombres. Y aunque una perspectiva evolucionista, funcional y biológica no puede determinar lo que es un cambio adecuado, ni qué medidas deben ser adoptadas para crear, en caso de optar por ella, una deseable mutación, sí que puede servir para obtener información básica sobre cuestiones de relevancia práctica. Quien opera el Derecho puede actuar en consonancia con la naturaleza humana o bien en contra de ella, pero es más probable que obtenga soluciones eficaces (consentidas y controlables) modificando el ambiente en que se desarrolla la naturaleza humana que empeñándose en la tarea imposible de alterar por esa vía nuestra naturaleza. Dicho de otro modo, es el Derecho el que ha de servir a la naturaleza humana y no al contrario.

Por otro lado, para que una propuesta de argumentación jurídica pueda cumplir esta función de carácter instrumental (dirigida tanto a quienes se dedican a la práctica del derecho como a los cultivadores de la dogmática jurídica) tendrá que ser también capaz de ofrecer un método de control de la racionalidad y de la razonabilidad del procedimiento de interpretación y de aplicación del derecho, a la vez que un conjunto de criterios o directrices aptos para juzgar acerca de la corrección moral y metodológica en la formulación y concepción de la “mejor decisión”.

En resumen, la verdadera racionalidad del derecho sólo puede fundamentarse en la existencia individual, separada y autónoma del ser humano, con una intrigante historia evolutiva y una arquitectura cognitiva innata funcionalmente integrada en módulos o dominios específicos. La hermenéutica y la argumentación jurídica no son ningún juguete para una elite de lógicos, analíticos o jusnaturalistas aventajados. Constituyen un instrumental metodológico extremadamente útil para operacionalizar la mediación pragmático-normativa de una realización concreta —y forzosamente fundamentada— del derecho.

Como todo artefacto cultural o estrategia socio-adaptativa, el derecho está “ahí” gracias a la voluntad de los hombres (y no al contrario) para resolver problemas adaptativos relacionados (en esencia) con nuestra compleja vida en sociedad. De ahí que los operadores jurídicos, en la tarea de realización histórico-social del derecho, deban estar activa y permanentemente comprometidos con la cuestión de hasta donde sirven a los seres humanos y, muy particularmente, en que medida el derecho es útil para evitar que el individuo pueda ser arbitrariamente interferido en sus planos de vida por los demás agentes sociales.

La propia actividad hermenéutica se formula a partir de tal posición antropológica poniendo en juego la fenomenología de la acción humana. Sólo si se sitúa en el punto de vista del ser humano y de su naturaleza le será posible al juez representar el sentido y la función del derecho como unidad de un contexto vital, cultural y ético. Ese contexto establece que los seres humanos dependen de las representaciones y significados diseñados para la cooperación, el diálogo y la argumentación y procesados en sus estructuras cerebrales. En su “existir con”, y situados en un determinado horizonte histórico-existencial, los miembros de la humanidad reclaman que unos y otros justifiquen la legitimidad de sus elecciones aportando las razones que las subyacen.

Cultivar este lado mejor del derecho debería significar hoy, más que nunca, no sólo tomar responsabilidades frente al hombre para asegurar su existencia individual, libre, separada e autónoma sino, también, legitimar el derecho a partir de la determinación y del respeto por la naturaleza humana.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.
- Boyd, R. & Richerson, P.J. (1985). *Culture and the Evolutionary Process*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Cela Conde, C. J., & Marty, G. (1998). El cerebro y el órgano del lenguaje. En Noam Chomsky, *Una aproximación naturalista a la mente y al lenguaje* (pp. 11-65). Barcelona: Prensa Ibérica.
- Damasio, A. R. (1994). *Descartes' Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*. New York, NY: G.P. Putnam's Sons.
- _____, (2001). Compreender os fundamentos naturais das convenções sociais e da ética, dados neuronais. In Jean-Pierre Changeux (Ed.), *Fundamentos Naturais da Ética* (pp. 113-129). Lisboa: Instituto Piaget.
- Domènech, A. (1988). Ocho desiderata metodológicos de las teorías sociales normativas. *Isegoría*, 18, 115-141.
- de Waal, F. (1996). *Good natured. The Origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Deacon, T. (1997). *The Symbolic Species*. New York, NY: W.W. Norton & Company.
- Dennett, D. (1995). *Darwin's Dangerous Idea: Evolution and the Meaning of Life*, New York, Simon and Schuster.
- Fernandez, A. (2002). *Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico*, Porto Alegre :Ed. Fabris.
- Fiske, A. P. (1991). *Structures of Social Life. The Four Elementary Forms of Human Relations*, New York: The Free Press.
- Gruter, M. (1991). *Law and the Mind*, London : Sage.
- Humphrey, N. K. (1976). The social function of intellect. In P. P. G. Bateson & R. A. Hinde (Eds.), *Growing Points in Ethology* (En R. Byrne & A. Whiten (eds.) (1988), *Machiavellian Intelligence*, pp. 13-26 ed., pp. 303-317). Cambridge: Cambridge University Press.
- Jones, O. & Goldsmith, T. H. (2004). "Law and Behavioral Biology": *Columbia Law Review*, vol. 105: 405-502.
- Kaufmann, A. (1997). *Rechtsphilosophie*, München: C.H. Beck Verlagsbuch-handlung.
- Lumsden, C. J., & Wilson, E. O. (1981). *Genes, Mind and Culture: The Coevolutionary Process*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Maturana, H. (2002). *Emoções e linguagem na educação e na política*, Belo Horizonte: Ed. UFMG.
- Nowak, M. A., & Sigmund, K. (1998). Evolution of indirect reciprocity by image scoring. *Nature*, 393, 573-577.
- Pinker, S. (1998). *How the Mind Works*, New York, NY, W.W. Norton
- Ricoeur, P. (1995). *Le Juste*, Paris, Esprit.
- Ridley, Matt (1996). *The Origins of Virtue*, London, Viking.
- Rose, M. (2000). *Darwin's Spectre: Evolutionary Biology in the Modern World*. Princeton University Press.
- Sober, E. & Wilson, D. S. (1998). *Unto Others. The evolution and psychology of unselfish behavior*. Harvard University Press.
- Stone, V. E., Cosmides, L., Tooby, J., Kroll, N., & Knight, R. T. (2002). Selective impairment of reasoning about social exchange in a patient with bilateral limbic system damage. *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA*, 99, 11531-11536.
- Sugiyama, L. S., Tooby, J., & Cosmides, L. (2002). Cross-cultural evidence of cognitive adaptations for social exchange among the Shiwiar of Ecuadorian Amazonia. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 99, 11537-11542.
- Tobias, P. V. (1987a). The Brain of *Homo habilis*: A New Level of Organization in Cerebral Evolution. *Journal of Human Evolution*, 6, 741-761.
- Tugendhat, E. (1979). La pretensión absoluta de la moral y la experiencia histórica. In U. N. d. E. a. Distancia (Ed.), *Actas de las 1as. jornadas de Ética e Historia de la Ciencia*. Madrid: UNED