



Bases para la implementación de una metodología interdisciplinar en la investigación jurídica: la relevancia de la Psicología evolutiva y las neurociencias en la determinación de la capacidad (de obrar y de culpabilidad)

Rules for the implementation of a methodology interdisciplinary legal research: the relevance of evolutionary psychology and neuroscience in the determination of building (to act and guilt)

Sergio Romeo Malanda*

Resumen

El objetivo principal de este trabajo es poner de manifiesto la importancia y la necesidad de afrontar las cuestiones que presenten una significación jurídica desde una perspectiva interdisciplinar. Para ello se usa como hilo conductor la cuestión de la capacidad. Así, se pone de manifiesto cómo no es posible crear y aplicar el Derecho desconociendo la realidad social y científica en la que éste debe ser aplicado. Y mucho menos es posible (o al menos recomendable) crear y aplicar el Derecho contradiciendo dicha realidad social y científica. Así pues, el Derecho del siglo XXI requiere inexorablemente de una metodología interdisciplinar si se quiere que éste sea realmente eficaz. Más concretamente, las decisiones normativas que el ordenamiento jurídico adopte en relación con el consentimiento (piedra angular de nuestro Derecho) no pueden desconocer los desarrollos científicos que se han producido en el ámbito de la psicología del desarrollo y la neuropsicología. Se trata, pues, de integrar dichos estudios en la regulación jurídica existente a fin de comprobar si ésta resulta coherente y hacer propuestas, en su caso, de modificación.

Palabras clave: Interdisciplinariedad. Capacidad. Culpabilidad. Minoría de edad. Psicología del desarrollo. Neurociencias

Abstract

The main objective of this work is to show the importance and necessity of facing the issues with a legal signification from an interdisciplinary perspective. To do this, the author uses as a guiding principle the question of the competence in order to demonstrate how it is not possible to elaborate and implement legal norms paying no attention to the social reality in which the

Law must be applied. And even worse, it is not possible (or at least not recommended) to elaborate and implement legal norms against such social and scientific reality. That is why the Law in the 21st century necessarily requires an interdisciplinary methodology if we want it to be really useful for society. More specifically, the legal regulations to be adopted by our legal system in regards to an essential element such as consent, can not ignore the scientific advances that have been developed in the field of developmental psychology and neuropsychology. In consequence, the purpose is to integrate that knowledge in the existing legal norms in order to check if these are according to it, and to make, in case it was necessary, the corresponding proposal to modify the Law.

Keywords: Interdisciplinarity. Competence. Culpability. Underage. Developmental Psychology. Neurosciences

*Profesor de Derecho penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). Contacto: sromeo@ddp.ulpgc.es

Introducción

La cuestión de la capacidad de obrar es un tema de primera magnitud en Derecho. La capacidad es un elemento imprescindible para poder otorgar validez a la voluntad de un sujeto. Pero también resulta imprescindible para poder exigir responsabilidad jurídica a una persona por la realización de un hecho lesivo.

Este breve trabajo no tiene como finalidad exponer el régimen jurídico de la capacidad de obrar en el Derecho español. Su finalidad esencial es poner de manifiesto la importancia y la necesidad de afrontar las cuestiones que presenten una significación jurídica desde una perspectiva interdisciplinar. Decía el bioeticista español Javier Gafo que “para hacer buena bioética es necesario partir de buenos datos científicos”. Esta sabia reflexión debe valer también para el Bioderecho en particular, y para el Derecho en general.

En efecto, es evidente que no es posible ofrecer soluciones jurídicas a problemas reales si no se cuenta con toda la información que tenga relación con la cuestión objeto de análisis. Y eso hará necesario que haya que poner en conexión instituciones jurídicas y datos provenientes de otras disciplinas, no ya jurídicas, sino ajenas totalmente al Derecho.

Así pues, este trabajo tiene como objeto, utilizando como vehículo la cuestión de la capacidad, poner de manifiesto cómo no es posible crear y aplicar el Derecho desconociendo la realidad social y científica en la que éste debe ser aplicado. Y mucho menos es posible (o al menos recomendable) crear y aplicar el Derecho contradiciendo dicha realidad social y científica. Se trata, en definitiva, de poner en valor la interdisciplinariedad como método de investigación jurídica y aplicación del Derecho. Aún más, como dice Beriaín (2011, p. 107), “la interdisciplinariedad se halla insertada dentro del propio corazón del Derecho”.

1 Disciplinariedad, multidisciplinariedad e interdisciplinariedad en la investigación jurídica y en la aplicación del derecho

Los estudios jurídicos son multidisciplinarios para los estudiantes. Sin embargo, desde la perspectiva del profesor o del investigador, en el ámbito jurídico, históricamente puede constatarse una tendencia (especialmente en el ámbito del *Civil*

Law o Derecho continental) a subdividir el Derecho en ramas o disciplinas y a una especialización. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho penal, Derecho civil, Derecho mercantil (como una disciplina que se ha independizado del Derecho civil), Derecho administrativo, Derecho tributario (también independizada del Derecho administrativo), Derecho procesal (que en muchos sistemas jurídicos se ha desvinculado incomprensiblemente de los Derechos sustantivos correspondientes).

Estas disciplinas se han ido desarrollando al margen de las demás, de tal modo que pueden encontrarse muchas incoherencias internas en un mismo ordenamiento jurídico; también existe la tendencia a utilizar mismos términos con diferente significado en distintas disciplinas jurídicas; profesores que dedican todo su esfuerzo docente e investigador a una de esas disciplinas y se hacen remisiones a expertos o estudios en otras áreas, sin hacer un esfuerzo en realizar un análisis integrador del Derecho; profesores que sólo se ocupan al Derecho sustantivo (o procesal), sin ser capaces de entender que se trata de disciplinas inescindibles y que un conocimiento real de la materia requiere tener conocimiento de ambas.

En cualquier caso, la (imprescindible) multidisciplinariedad no nos servirá de mucho a menos que logremos conectar los saberes y valores de todas las disciplinas implicadas. De este modo, podemos llamar *interdisciplinariedad* a la habilidad y práctica de combinar e integrar actores, elementos y valores de múltiples áreas del saber, el conocimiento y la técnica práctica. Se trata de identificar sinergias, analogías, paradojas y enfoques desde múltiples puntos de vista y enfocados en distintos aspectos de los fenómenos y procesos que trabajamos.

Poco a poco han ido surgiendo disciplinas jurídicas con una entidad propia que requieren hacer un análisis integrador de una realidad social determinada: Derecho médico, Derecho deportivo, Derecho informático, Derecho aeronáutico, etc. Incluso en estos casos, hay una tendencia a analizar las cuestiones desde una perspectiva disciplinar. Es más, en ciertos ámbitos puede llegar a ser un demérito intentar analizar los problemas desde un punto de vista interdisciplinar (aunque sea una interdisciplinariedad homogénea, esto es, se utilicen distintas disciplinas jurídicas).

Como mucho, se dan pasos hacia la *multidisciplinariedad homogénea* (jurídica). Así, distintos profesores expertos en distintas disciplinas se ponen a trabajar juntos, no para dar una solución colectiva (interdisciplinar) al problema, sino para afrontar un problema desde distintas perspectivas, pero autónomamente, por ejemplo, a través de jornadas, congresos, libros colectivos con capítulos independientes, etc.

Como decimos, en el mejor de los casos esto se hace entre disciplinas jurídicas (multidisciplinariedad homogénea). Es mucho más difícil de ver la

multidisciplinariedad entre disciplinas heterogéneas. Por ejemplo, Derecho y economía, medicina, informática, psicología, etc. En el Derecho continental (*Civil Law*) son poco comunes las dobles titulaciones, aunque poco a poco se han ido creado los dobles grados, especialmente entre Derecho y economía/dirección de empresas. Más ajenos a nuestra cultura son otros dobles grados, mucho más comunes en la cultura anglosajona, tales como Derecho y medicina, Derecho e informática, Derecho y humanidades, Derecho y ciencias, Derecho y música, etc.

Es esencial avanzar hacia una cultura de la *multidisplinariedad heterogénea* y más allá aún, hacia una *interdisciplinariedad* (homogénea pero también, y sobre todo, heterogénea). Es decir, que la toma de decisiones se haga no sumado diversas perspectivas, sino integrando todas las perspectivas en la búsqueda de la mejor solución para un problema. Esto se puede conseguir poniendo a personas con distintas formaciones a trabajar juntas en la misma cuestión, para llegar a una solución única. No juntas en el mismo lugar o espacio, o juntas sobre un mismo tema para que cada uno aporte de forma independiente su experiencia. Pues esto nunca suele llevar a una explicación del objeto de estudio realmente efectiva.

A lo largo de este trabajo trataremos de exponer la importancia de la interdisciplinariedad en la resolución de cuestiones controvertidas de naturaleza jurídica. Y lo haremos a través del ejemplo de la capacidad de los menores de edad y su relevancia jurídica, especialmente, aunque no exclusivamente, cuando se trata de la toma de decisiones en el ámbito biomédico. Y es que es precisamente en el ámbito del Bioderecho donde el método interdisciplinar alcanza, quizás, su máxima expresión. Como ha dicho Beriain (2011, p. 128 y s.),

el futuro del Bioderecho y, en general, de todas las ciencias que guardan relación con los bienes objeto de la biotecnología pasa necesariamente por la interdisciplinariedad, esto es, por una colaboración estrecha que permita ir más allá de una simple suma de elementos para elevarse hacia un lugar más elevado que el que todas y cada una de estas disciplinas ocupan por sí mismas. Sólo así lograremos evitar todas las disfunciones que acarrea la actuación anárquica de los científicos, o la falta de coherencia en el desarrollo del saber, o la progresiva pérdida del prestigio del Derecho.

Y para ello habrá que poner en conexión esta cuestión eminentemente jurídica con otra disciplina necesariamente unida a ella, la psicología del desarrollo, y sus desarrollos más reciente con el uso de las neurociencias, por ejemplo a través de la neuroimagen y la conexión entre las capacidades cognitivas y las funciones cerebrales.

Así pues, todo estudio interdisciplinar deberá constar de tres pasos: en primer lugar será imprescindible conocer la materia no jurídica necesaria para poder hacer posteriormente las valoraciones jurídicas correspondientes; en segundo lugar, será conveniente plantear cuál debería ser la regulación jurídica más acorde con esa realidad científica; y finalmente se tratará de comparar ese régimen jurídico ideal con la regulación jurídica existente, para ver hasta qué punto existe una correlación entre la normativa vigente y el marco normativo ideal de referencia a fin de poder hacer, en su caso, las propuestas *de lege ferenda* pertinentes.

2 Psicología evolutiva, Neurociencias y Derecho

Como ya se ha dicho anteriormente, una cuestión esencial en Derecho es la capacidad de las personas para tomar decisiones autónomas. Ello es importante en dos sentidos:

- a) En primer lugar, para que su voluntad sea respetada en cuestiones que dependan de la autonomía del sujeto. Para ello, hay que diferenciar la existencia o ausencia de capacidad por la existencia de una anomalía psíquica o un estado puntual de intoxicación, etc., y los casos de ausencia de capacidad por falta de madurez. O bien por la existencia de una capacidad disminuida, que pueda requerir una intervención de un tercero, por ejemplo, un representante que valide la decisión del sujeto semi-capaz.
- b) En segundo término, para poder exigir responsabilidad jurídica a una persona ésta debe ser capaz de entender la ilicitud de su comportamiento y debe ser capaz de actuar conforme a dicha comprensión. Si ello no es así, será irresponsable o su responsabilidad estará atenuada.

De este modo, se parte del principio general de que las personas adultas tienen plena capacidad, pero esta puede estar limitada en algunas situaciones. Dicho de otro modo, se entiende que no existe capacidad plena hasta un determinado momento con carácter general, no obstante lo cual puede otorgarse en algunas situaciones concretas. En qué momento se establece la línea para aplicar bien la regla general, bien la excepción, es una decisión que le corresponde tomar al Derecho. Pero el Derecho debe tomar esta decisión atendiendo a criterios científicos, que no puede desconocer.

La pregunta es si esas decisiones se adoptan basándose en criterios científicos o no. Esos criterios nos darían, en principio, criterios de validez universal. El hecho de

que las reglas sobre capacidad de obrar varíen entre países, e incluso que sean incoherentes dentro de un mismo Estado, nos llevan a pensar que las decisiones no se adoptan teniendo en cuenta datos científicos de validez general. Esos datos científicos nos los proporcionan disciplinas tales como la psicología evolutiva y, más recientemente, la neuropsicología. Disciplinas, pues, que el Derecho no puede desconocer. De ahí que cualquier estudio jurídico sobre la capacidad y la validez del consentimiento de una persona deba hacerse integrando datos de carácter no jurídico.

Es cierto que los juristas no estamos acostumbrados a hacer esto. No obstante, si de verdad queremos afrontar el análisis del Derecho ofreciendo soluciones eficaces a la sociedad es hora de dar este paso. La relación entre psicología y Derecho es indiscutible. Y eso hace que haya cuestiones jurídicas, como es la relativa a la capacidad (que hemos tomado como hilo conductor de este trabajo), que requieran necesariamente un análisis interdisciplinar. En cualquier caso, hay ejemplos en Derecho comparado a este respecto, no sorprendentemente en el ámbito anglosajón. Así, el Tribunal Supremo de los EEUU, en los casos *Hodgson v. Minnesota* (1990) y *Roper v. Simmons* (2005), en las que tuvo que pronunciarse acerca de si debe exigirse el consentimiento de los padres para practicar el aborto de una menor de edad, y acerca de la pena capital en menores de edad, respectivamente, tomó su decisión tras solicitar un informe científico a la Asociación Estadounidense de Psicología, cuyas conclusiones respetaron.

3 Capacidad y Derecho: el caso de los menores de edad

3.1 El fundamento del distinto tratamiento de los menores de edad: imputabilidad (penal) frente a capacidad de obrar (civil)

Cuando nos enfrentamos al tratamiento jurídico que debe darse a las decisiones y comportamientos de las personas menores de edad, no es infrecuente encontrarse con un doble criterio. Por un lado, se dice que los menores de edad, e incluso los jóvenes hasta los veinte o veintiún años, aproximadamente, no son aún plenamente capaces de comprender el significado de sus actos y/o de actuar conforme a ellos. Por ello, se reclama la existencia de un sistema penal especial, menos severo, y focalizado en la reeducación, para los jóvenes delincuentes. Pero al mismo tiempo, por otro lado se dice que algunos menores de edad ya son plenamente capaces de entender los hechos que realizan, por lo que debe exigirse que se otorgue plena validez a su consentimiento, y

que no siempre tengan que intervenir sus representantes legales para tomar decisiones que les afectan.

Si nos fijamos en casos más concretos, algunos ordenamientos jurídicos, como el español, permiten que sujetos menores de edad puedan casarse ya a los catorce años, o tener relaciones sexuales consentidas desde los trece. Por encima de esta edad no existe delito de abuso sexual si las relaciones sexuales son libres. Sin embargo, se discute si, en tales circunstancias, al quedarse embarazadas las menores pueden tomar la decisión de abortar libremente. O en el caso de no poder quedarse embarazadas, no se las permite someterse a procedimientos de reproducción asistida para tener descendencia hasta que alcancen la mayoría de edad, aunque ya hayan contraído matrimonio.

Otro ejemplo sería el siguiente: a veces se aboga por la autonomía del menor y respeto a sus decisiones, incluso apartando a los padres de la toma de decisiones (respeto a la intimidad), pero a la vez se marcan obligaciones de los padres respecto de los mismos. No ya sólo el deber genérico de velar por lo hijos, sino deberes específicos de proporcionarles educación, alojamiento, alimentación, etc., o el deber de vigilancia que daría lugar a responsabilidad civil solidaria por culpa *in vigilando* de los padres por los hechos ilícitos cometidos por los hijos menores de edad.

¿Son todas estas afirmaciones válidas o son contradictorias? ¿Es lógico que estas decisiones, que basan en la capacidad/incapacidad de obrar de los menores, sean tan distintas entre países, y que incluso puedan presentar graves e inexplicables incoherencia dentro de un mismo país?

Parece que la determinación de la capacidad de obrar de un sujeto debería basarse en criterios claros y uniformes. No debería haber grandes diferencias entre Estados, y desde luego no puede haberlas dentro de un mismo Estado. Una persona no puede ser capaz para tomar una decisión que afecte de forma significativa a su desarrollo vital, pero sea incapaz para tomar otra de escasa trascendencia.

Sin embargo, sí hay que tener en cuenta que, según recientes estudios, las competencias cognitivas (que permiten hacer razonamientos lógicos sobre aspectos interpersonales, sociales y morales) y psicosociales (como la capacidad para controlar los impulsos y la resistencia a la influencia de sus iguales) que influyen en la capacidad del menor para tomar una decisión sanitaria y en la conducta criminal serían diferentes (STEINBERG ET AL., 2009, *pássim*). A la hora de tomar una decisión sanitaria, los adolescentes la suelen tomar tras consultar con algún adulto. Aunque es cierto que influyen componentes emocionales, esta decisión suele estar meditada. Sin embargo los comportamientos antisociales, salvo excepciones, suelen realizarse de forma impulsiva

no planificada y en compañía de sus iguales y sin la presencia de un adulto. De ahí que aunque los adolescentes puedan demostrar niveles de madurez similares a los de los adultos a una edad de dieciséis años, en otros ámbitos muestran aún una cierta inmadurez incluso más allá de los dieciocho. Esto supone que una misma persona, dado el distinto contexto en el que se tomará la decisión, puede ser capaz de consentir en el ámbito civil, por ejemplo, un acto médico (y en consecuencia, poderse otorgar plena validez a su consentimiento), pero no ser plenamente capaz en relación con un acto delictivo, siendo en este caso la culpabilidad (en este contexto, imputabilidad) menor.

No puede desconocerse que muchas decisiones a este respecto se tomar por razones históricas, culturales, etc. Sin que ello pueda obviarse, la cuestión es si el Derecho debe dar más importancia a esta cuestión que a datos científicos. Por ejemplo, una persona puede ser plenamente capaz en un país a los catorce años y en otro a los veintiuno. O puede ser plenamente responsable (penalmente) en un país a los diez años y en otro a los dieciséis. Y puede serlo por razones culturales. Pero si existiesen datos científicos (aportados por la psicología del desarrollo o los nuevos avances que se están produciendo en el ámbito de la neuropsicología) que afirmen, con validez general, que un sujeto no es capaz para entender del significado de sus actos antes de una edad X (digamos, catorce años) y que es plenamente capaz a partir de una edad Y (por ejemplo, a los dieciocho años), ¿debe prevalecer el elemento histórico/cultural frente a las razones científicas? ¿O sería necesario revisar el Derecho conforme a los datos científicos de que dispongamos en cada momento? De esto estamos hablando cuando nos referimos a la necesidad de un análisis interdisciplinar del Derecho en la toma de decisiones. Cuanto mayores sean las diferencias normativas en Derecho comparado, más interesante será el estudio y más relevantes sus conclusiones. Como dicen Steinberg et al. (2009, p. 593), “la ciencia por sí sola no pueda dictar la política legislativa, pero sí que puede, y debe, informarla (...) Las ciencias del desarrollo pueden y deben contribuir a los debates sobre la fijación de los marcos de edad legal”.

Por ello, utilizando como ejemplo el tema de la capacidad de los menores de edad (prestando una especial atención a las decisiones en el ámbito biomédico) se trata de hacer lo siguiente, siguiendo la metodología propuesta más arriba:

- a) Ver qué nos dicen los estudios más recientes sobre psicología evolutiva, especialmente a raíz del desarrollo de las neurociencias y sus aportaciones a la materia objeto de estudio.
- b) Plantear la solución más adecuada a la luz de los datos científicos

- c) Comparar los datos científico y la realidad jurídica y tomar las decisiones oportunas a fin de decidir si hay que tomar decisiones de reforma o no, y en qué sentido.

3.2. La progresiva adquisición de la capacidad. Aportaciones de la moderna psicología evolutiva y las neurociencias

La psicología evolutiva o del desarrollo sostiene que el desarrollo es un proceso de cambios cualitativos y cuantitativos. Así, los procesos cognoscitivos de la experiencia del adolescente se logran tras un cambio cualitativo en el desarrollo del cerebro, el cual entre otras cosas supone reorganización y especialización. Estos cambios cualitativos tienen un reflejo en la adquisición de nuevas capacidades que permiten aumentar el grado de autonomía del sujeto (cambios cuantitativos). Lo relevante en este proceso de desarrollo es llegar a un punto en el que el sujeto sea capaz de tomar sus propias decisiones basadas en juicios internos y de actuar de acuerdo con dichos juicios.

Así pues, según pasan los años se producen en las personas sucesivos cambios físicos, cognitivos, emocionales y ético-morales o sociales. El factor que parece más relacionado con el desarrollo de la madurez moral es el cognitivo, el desarrollo del juicio moral. Al menos, este es el factor que ha sido más profusamente estudiado, aunque no se pueden dejar de lado los factores sociales, emocionales y afectivos. Nuevos estudios en este sentido pueden suponer una modificación de los criterios existentes para fijar la capacidad en el ámbito jurídico. Por lo tanto, se trata ésta de una cuestión siempre susceptible de modificación atendiendo a los avances científicos.

De este modo, la capacidad puede definirse como la posibilidad de hacer juicios morales internos (capacidad para comprender la licitud/ilicitud, para distinguir entre el bien y el mal) y de actuar de acuerdo con estos juicios (capacidad de autocontrol/capacidad para valorar y aceptar las consecuencias de sus actos, propias y para terceros). En esta definición sobre la capacidad vemos claramente una conexión entre la capacidad de obrar civil y la capacidad de culpabilidad penal.

En este mismo sentido, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su art. 12, habla de garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Y la Observación General nº 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, define “madurez” como “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado” (punto 30).

Los cambios sobrevenidos durante el ciclo vital suelen ordenarse cronológicamente, desde la concepción a la vejez, en distintos periodos. Para realizar un análisis de la cuestión con relevancia jurídica, la clasificación más interesante puede ser esta:

- a) Desarrollo infantil (los niños): aquellos que aún no han cumplido los once/trece años de edad.
- b) Desarrollo adolescente (menores y jóvenes): se entiende por menores las personas comprendidas entre los once/trece años y los dieciocho; y por jóvenes (semi-adultos) aquellas personas mayores de dieciocho años y menores de veintiún años.
- c) Desarrollo adulto (adultos): mayores de veintiún años.

En la etapa de desarrollo infantil no se reconocerá ningún efecto jurídico a la voluntad del niño. De igual modo, en la etapa de desarrollo adulto, la persona tendrá plena capacidad (de obrar y de culpabilidad), siempre que no se produzca algún tipo de circunstancia que reduzca o elimine la misma (tales como anomalías psíquicas, intoxicaciones, toxicomanías, etc.)

La fase más conflictiva es la adolescencia, esto es, el periodo de transición entre la infancia y la edad adulta. Así pues, la edad que nos interesa a nosotros es aquella comprendida entre los once/trece años hasta los veintiuno.

La adolescencia comienza con una serie de cambio físicos vinculados a la pubertad. Su fin no es tan claro, en cambio, como el comienzo. No hay una transformación física relevante, sino que se determina conforme a criterios psicológicos. Ello depende de diversos factores (país, condiciones socioeducativas, etc.). Sí que se ha constatado un retraso gradual de ese momento debido a la situación socioeconómica actual.

No existen en la actualidad sistemas que permitan medir de forma objetiva la madurez moral de un individuo. Parece existir un cierto consenso respecto a que el desarrollo moral de los jóvenes puede haberse alcanzado en torno a los trece-quince años, y casi con toda seguridad en torno a los dieciséis-dieciocho.

Durante la adolescencia se producen cambios cognitivos en la forma de pensar y de razonar:

- a) Se inicia el pensamiento formal o abstracto, más lógico, hipotético y reflexivo (capacidad de plantear hipótesis y examinar las evidencia, considerando posibles variables, reflexión sobre el futuro y el propio pensamiento, se entiende la relación causal, se empieza a introduce el “porque” en el razonamiento, etc.)

- b) Esta capacidad no se adquiere automáticamente sino que comienza en este periodo (a partir de los doce/trece años) y se va desarrollando paulatinamente a lo largo de la adolescencia. Concluye al final de esta (en torno a los veinte/veintiún años), siempre que no haya alguna anomalía en el sujeto. Con posterioridad a esa edad se producen escasos progresos.
- c) En esta época se produce también la formación de la personalidad del menor (sentimiento de identidad personal), descubrimiento del yo (y por analogía de los demás). Se comienza a producir un análisis de ideas, recuerdos, sentimiento, actitudes, etc. Además, es capaz de tenerlos en cuenta en sus comportamientos. Se caracteriza esta etapa por tendencias individualistas, impulsos de independencia y autorrealización, autoafirmación frente al mundo que lo rodea: actitud crítica e inconformista frente a los padres y al mundo adulto. Existe además un afán de comunicación y solidaridad: estrechas relaciones afectivas con amigos, pertenencia a grupos o bandas. Muchos problemas en esta fase pueden derivar de crisis de identidad. Juega una gran relevancia la familia y los amigos.

Estos cambios cognitivos generan el desarrollo de la capacidad de comprensión social. Se produce un proceso de socialización, esto es, aprendizaje o interiorización por parte de los individuos de una determinada sociedad de las normas, roles, valores y costumbres que otros han definido previamente, de acuerdo con las cuales se produce la comunicación y cooperación social. El desarrollo social se produce de forma lenta y progresiva mediante la interacción del individuo con la sociedad (familia, escuela, iglesia, amigos, grupos deportivos, instituciones públicas, sistema jurídico, etc.)

El desarrollo psicológico tiene su plasmación en el ámbito de la justicia, cuyo conocimiento es de enorme relevancia en el tema que nos ocupa:

- a) En la etapa de desarrollo infantil (los niños), esto es, aquellos que aún no han cumplido los once/trece años de edad, la psicología del desarrollo ha constatado las siguientes cualidades: 1. Se carece de un sistema de valores propio, la persona no es capaz de distinguir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito; el sentido de la justicia se circunscribe a la evitación del castigo y deferencia incuestionada al poder (obediencia a la autoridad); se juzgan los actos por sus consecuencias físicas reales, sin atender a la motivación subyacente; se aceptan las normas como actos de naturaleza fija e inmutable dictados e impuestos por la autoridad para contener las malas conductas. En este nivel, el niño ni conceptualiza un sistema legal generalizado o un orden moral subyacente, ni reconoce una diferencia entre legalidad y moralidad. La obediencia a la autoridad está siempre por encima de la justicia (cuyo concepto no se llega a comprender).

- b) En la etapa de desarrollo adolescente (menores y jóvenes) se pasa de una mera obediencia irracional a la ley a la defensa racional de la ley y el orden social. Este periodo se caracteriza por la aparición de la “autonomía moral” y el desarrollo del pensamiento abstracto, esto es, las normas y las leyes, en tanto que guían el comportamiento social e impiden el desorden, funcionan como prescripciones generales. Por ello, la razón única para respetar las normas ya no es evitar el castigo. No obstante, aun no se pone en relación la ley con los principios ideales de justicia para definir los límites de la obediencia. Por otro lado, se empiezan a entender conceptos como causa-efecto, se comienza a desarrollar la capacidad para considerar múltiples factores y prever consecuencias futuras. De igual modo, se comienza a entender el concepto de probabilidad
- c) Por último, en la etapa de desarrollo adulto (adultos: mayores de veintiún años), se comprende que los principios de moralidad y justicia ordenan el sometimiento a las leyes. En esta etapa, el respeto a la ley por miedo al castigo juega un papel muy secundario. La ley se respeta por razones esencialmente valorativas. Las normas y las leyes se entienden ya son prescripciones establecidas de común acuerdo por los individuos para poder gozar al máximo de un bienestar personal y social. De ahí que las leyes han de ser obedecidas por consideraciones racionales o porque coinciden con principios universales de justicia (igualdad, dignidad, respeto a derechos humanos, etc.). Además, se comprende ya que hay leyes justas e injustas: se entiende que aquellas normas que no tiendan a ese fin habrá que cambiarlas y si fueren injustas, podrán ser transgredidas.

4 Utilización de los datos proporcionados por la Psicología evolutiva en la conformación de criterios no arbitrario para fijar la capacidad del menor (ámbitos civil y penal)

a) La diversidad de sistemas posibles y la fijación de marcos de edad

No en todos los países se utilizan los mismo criterios para establecer la capacidad (de obrar civil y de culpabilidad penal) de los menores de edad. Para ello pueden emplearse diferentes criterios:

- a) Criterios psicológicos-subjetivos (criterio del discernimiento): se trata de determinar caso por caso la capacidad de obrar (independientemente de la edad que la persona tenga) y si la posee en el caso concreto. Como ventajas puede

destacarse que supone una determinación real de la capacidad. Su principal inconveniente es la gran inseguridad jurídica que genera, así como sus enormes dificultades de aplicación práctica.

- b) Criterios biológicos-objetivos (criterio biológico puro): se establece una edad o edades en las que se presume *iuris et de iure* la capacidad. Entre las ventajas de este modelo puede destacarse su practicidad, así como la mayor seguridad jurídica que otorga. Sin embargo, presenta la desventaja de que puede haber menores que por edad estén en un grupo pero psicológicamente pertenezcan a otro. Es difícil acertar con una edad en concreto. A este respecto sería inevitable dejar cierto margen de discrecionalidad al legislador. Ello supone también asumir una cierta diferencia de criterios entre países.
- c) Criterios mixtos (biológicos-psicológicos, biológico-normativos, psicológico-normativos): se utilizan, en diversos grados, ambos sistemas. Se exige la presencia de una determinada edad, que es condición necesaria, pero no suficiente, para fijar la capacidad. Así, se fija una edad y se establece una presunción *iuris tantum*, sobre la que cabe prueba en contrario. Se establece un marco concreto dentro del cual se otorga una cierta capacidad al menor (criterio biológico), pero, además, hay que valorar las condiciones psicológicas caso por caso

En ciertos marcos de edad se establece, no obstante, un sistema biológico puro. Por ejemplo, en el sistema penal juvenil para menores entre catorce y dieciocho años; irresponsabilidad plena por debajo de doce años; responsabilidad como adulto por encima de veintiún años, dieciséis años para toma de decisiones médicas; dieciocho años para ciertas actuaciones, catorce para otras, etc. Pero en determinadas edades se exige comprobar la capacidad de discernimiento real para tomar la decisión final. P. ej., entre doce y catorce años (para declararlo irresponsable o someter al menor al sistema penal juvenil); o entre dieciocho y veintiuno (para exigir responsabilidad conforme al sistema penal juvenil o el de adultos)

Los criterios no tienen por qué ser los mismos para establecer la capacidad en el ámbito penal y en el civil. En el primero debería primar la seguridad jurídica (preferencia por el criterio biológico), mientras que en el segundo puede haber un mayor margen para intentar apreciar la capacidad caso por caso, sin perjuicio de que se establezcan también edades concretas en ciertos casos (criterio mixto). Y del mismo modo, los marcos de edad no tienen por qué ser los mismos en el ámbito civil (capacidad de autodeterminación) y en el penal (capacidad de culpabilidad).

Esta diferencia se justificaría por la circunstancia más arriba expuesta de que las competencias cognitivas y psicosociales que influyen en la capacidad del menor para tomar una decisión sanitaria y en la conducta criminal son diferentes. Siguiendo de nuevo a Steinberg et al. (2009, p. 592), la respuesta a la pregunta de si los adolescentes son tan maduros como los adultos dependerá de los aspectos de la madurez que se consideren. A los dieciséis años, las habilidades cognitivas generales de los adolescentes no ofrecen diferencias reseñables con respecto a las de los adultos. Sin embargo, su funcionamiento psicosocial, incluso a la edad de dieciocho años, es significativamente menos maduro que el de los sujetos de una edad bien entrada en la veintena. De ahí, que los límites entre capacidad e incapacidad deban establecerse en una determinada edad, en unos casos, y en una edad diferente, en otros.

Cuando se trate de decisiones que se puedan tomar de forma deliberativa y razonada, donde las influencias sociales y emocionales estén minimizadas, y donde participen terceros que puedan ofrecer información objetiva al menor sobre los costes y beneficios, o sobre cursos de acción alternativos, en tales circunstancias los adolescentes son tan capaces de tomar decisiones como lo son los adultos, al menos desde los dieciséis años. Las decisiones en el ámbito biomédico serían un buen ejemplo de este escenario.

Por el contrario, en circunstancias en las que está presente la impulsividad, caracterizadas por altos niveles de excitación emocional o coerción social, o que no estimulan o permiten la consulta con un experto o una persona con mayor experiencia, en tal caso las decisiones tomadas por los adolescentes, al menos hasta que alcanzan los dieciocho años, es casi con toda seguridad mucho menos madura que la de los adultos. Este sería el caso de la criminalidad juvenil, donde los delitos más comúnmente cometidos por menores se producen en grupo y raramente son premeditados.

A todo lo anteriormente expuesto cabría añadir que no debería haber grandes diferencias entre los países y no debería haber un excesivo casuismo dentro de cada país, debiendo exigirse cierta coherencia en la fijación de edades.

b) Marcos de edades y situación actual en el ordenamiento jurídico español

Con carácter general, puede señalarse la existencia de una edad mínima referente a la capacidad, que se establece entre los doce y los catorce años, según nos refiramos al ámbito civil o al penal.

En Derecho penal, se aplica un sistema biológico puro. Así, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) establece un modelo de responsabilidad *penal* de los menores, cuya edad se sitúa entre los catorce y los dieciocho años. Dentro de ese marco, las medidas varían según se trate de menores de edades comprendidas entre los catorce y los dieciséis años, y aquellos que tienen una edad entre dieciséis y dieciocho años.

En Derecho civil, se aplica un sistema mixto biológico puro/psicológico. Como regla general se hace referencia a la capacidad natural de juicio. Así se alude genéricamente al “paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” (art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Sin embargo, se ha establecido, siquiera indirectamente, el límite de los doce años como la edad por debajo de la cual no cabe otorgar capacidad a la persona. En este sentido, el art. 7.3 RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, establece que “se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.” Igualmente, el art. 173 CC dispone que “el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos”. O el art. 177.1 CC, según el cual, “habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.”

En el lado contrario, la edad en la que se adquiere plena capacidad de obrar, tanto en Derecho civil como en Derecho penal se ha fijado en los dieciocho años (arts. 12 CE, 315 CC y 19 CP). Es cierto que el art. 69 CP prevé la posibilidad de extender la LORPM hasta los jóvenes de veintiún años bajo ciertas condiciones [*vid.* letra e)]. Así lo preveía también el art. 4 LORPM en su redacción originaria. Sin embargo, tras varios años posponiendo la aplicación de esta disposición, finalmente la LO 8/2006 elimina su aplicabilidad práctica en relación con la LORPM

En Derecho penal, la responsabilidad penal se divide en dos grupos: los menores de catorce a dieciséis años y los de dieciséis a dieciocho años. Las medidas penales que pueden imponerse en el segundo grupo son mayores que las del primero.

En el Derecho civil existe un enorme casuismo al respecto. Tomando como ejemplo la normativa disponible en el ámbito biomédico, la regla general es que para poder consentir un acto médico basta con que el paciente menor de edad sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. De este modo, la capacidad debe fijarse por el facultativo caso por caso.

Ahora bien, junto a esta regla general, se han establecido igualmente reglas especiales. Así, existe una presunción de capacidad a los dieciséis años, aunque siempre cabe la intervención paterna, especialmente en intervenciones de cierta gravedad. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha manifestado que las decisiones de los menores edad pueden ser obviadas cuando se trata de intervenciones de riesgo vital (así se deduce de la STC nº 154/2002 de 18 de Julio). Además, en la normativa biomédica se contienen otras reglas excepcionales por razón de la edad, existiendo actuaciones vedadas a menores de edad. Por ejemplo, reproducción asistida, cirugía transexual, trasplante de órganos y tejidos, entre otras.

Conclusiones sobre la adecuación de la normativa española a los datos ofrecidos por la Psicología evolutiva y las Neurociencias

En una sociedad cada vez más compleja, donde los avances científicos tienen cada vez una mayor influencia en la vida cotidiana, las normas jurídicas no puede ser elaboradas de espaldas a dicha realidad social. Así pues, el Derecho del siglo XXI requiere inexorablemente de una metodología interdisciplinar si se quiere que éste sea realmente eficaz. Más concretamente, las decisiones normativas que el ordenamiento jurídico adopte en relación con el consentimiento (piedra angular de nuestro Derecho) no pueden desconocer los desarrollos científicos que se han producido en el ámbito de la psicología del desarrollo y la neuropsicología. Se trata, pues, de integrar dichos estudios en la regulación jurídica existente a fin de comprobar si ésta resulta coherente y hacer propuestas, en su caso, de modificación.

En el ámbito penal, sin perjuicio de que haya margen para una modificación de los marcos penales, la normativa española se adecua a los criterios establecidos por la psicología evolutiva. Hay margen para exigir responsabilidad penal (adecuada a la edad) por debajo de los catorce años, y podrían fijarse criterios atenuatorios a hechos cometidos entre los dieciocho y veintiún años.

En el ámbito civil, resulta imposible establecer un listado de conductas que los menores de edad estén capacitados para hacer o no, pues el sistema está configurado en torno a unos criterios de regla general-excepción tan complejos que requiere un análisis caso por caso, en el que debe tenerse en cuenta tanto la conducta que el menor quiere llevar a cabo, como su situación jurídica (emancipado o no), así como la capacidad de juicio del menor en cuestión. Y en todo caso, dado que la legislación relativa a los menores de edad es enormemente dispersa y ha sido configurada con diferentes criterios, por diferentes personas y en diversos momentos históricos, no es extraño encontrarse con importantes contradicciones valorativas, de tal modo que los menores de edad estén capacitados para realizar por sí mismos ciertos actos y no lo estén para llevar a cabo otros que, en principio, puede parecer de una trascendencia mucho menor.

Aunque los márgenes de edad contenidos en la legislación española parecen adecuados desde el punto de vista de las enseñanzas que, a fecha de hoy, nos ofrece psicología evolutiva y los nuevos avances en neurociencias, parece conveniente una clarificación de carácter intrasistémico, que elimine la sensación de arbitrariedad en la elección de edades en determinados casos.

REFERÊNCIAS

BERIAIN, I de Miguel., La metodología interdisciplinar en el Derecho relativo a la Ciencia y a la Tecnología, en Romeo Casabona, C.M. (ed.). **Los nuevos horizontes de la investigación genética**, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Bilbao-Granada: Comares, 2011.

ESQUERDA ARESTÉ, M., PIFARRÉ PAREDERO, J.;VIÑAS SALAS, J. El menor maduro: madurez cognitiva, psicosocial y autonomía moral, en de los Reyes López, M./Sánchez Jacob, M., **Bioética y Pediatría**. Madrid: Ergon, 2010.

GRACIA, D.; JARABO, Y.; MARTÍN ESPÍLDORA, N.; RIOS, J. Toma de decisiones con el paciente menor de edad, en Gracia, D.;Júdez, J. (eds.), **Ética en la práctica clínica**. Madrid: Triacastela, 2004.

MARTIN CRUZ, A. **Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de edad**. Granada: Comares, 2004.

RODRIGO, M.J. Where developmental psychology and neuroscience meet: A threatening or a felicitous encounter? **Infancia y Aprendizaje**, 33 (1), 2010.

ROMEO CASABONA, C.M.; EMALDI CIRIÓN, A.; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.; NICOLÁS JIMÉNEZ, P.; ROMEO MALANDA, S.; URRUELA MORA, A. **La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

MALANDA, S. R., El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario, **La Ley**, 2000-7.

STEINBERG, L.; CAUFFMAN, E.; WOOLARD, J.; GRAHAM, S.; BANICH, M. "Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors' Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA "Flip-Flop"". **American Psychologist**, v. 64, n. 7, 2009.