

VIVIR CON DIGNIDAD: NEUROCIENCIA Y DERECHO PENAL DESDE LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

LIVING WITH DIGNITY: NEUROSCIENCE AND CRIMINAL LAW FROM THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS

Thanya Guadalupe Huallipe Menez
Bachiller en Derecho / Estudiante de Máster Universitario
Universidad Internacional de Andalucía (España)

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2022.

Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2023.

RESUMEN

En este artículo se analizan algunos límites de la aplicación de los conocimientos provenientes de las neurociencias en el derecho penal en dos escenarios, desde la perspectiva de la teoría crítica de los derechos humanos. En primer lugar, una concepción integral de lo humano permite argumentar que las neurociencias no destruyen las bases teóricas del derecho penal; pues, un enfoque causal-natural para explicar la responsabilidad penal sería un reduccionismo que atentaría contra la integralidad de lo humano, y, por ende, contra la dignidad. En segundo lugar, en los casos jurídico-penales sí se reconocen aportes; no obstante, también puede derivar en problemas, por ejemplo, que sea un grupo muy reducido el que pueda acceder a incorporar los conocimientos neurocientíficos a sus procesos jurídico-penales, lo que se convertiría en una nueva forma de exclusión social; por ello, es necesario que se garantice un acceso igualitario y generalizado a todas las personas.

ABSTRACT

This article analyzes some limits of the application of knowledge from neurosciences in criminal law in two scenarios, from the perspective of the critical theory of human rights. In the first place, an integral conception of the human allows us

* Este trabajo desarrolla la comunicación que, con el mismo título, fue seleccionada y expuesta ante el público en el [Congreso internacional de Derecho penal y Comportamiento humano: desafíos desde la Neurociencia y la Inteligencia artificial](#), celebrado en Toledo durante los días 21 a 23 de septiembre de 2022, que se organizó en el marco del proyecto de investigación [Derecho Penal y Comportamiento Humano \(RTI2018-097838-B-I00\)](#).

to argue that neurosciences do not destroy the theoretical bases of criminal law because a causal-natural approach to explain criminal responsibility would be a reductionism that would threaten the integrity of the human, and, therefore, against dignity. Secondly, in legal-criminal cases, contributions are recognized; however, it can also lead to problems, for example, that it is a very small group that can agree to incorporate neuroscientific knowledge into their legal-criminal processes, which would become a new form of social exclusion. For this reason, it is necessary to guarantee equal and generalized access to all people.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal — Neurociencia — Dignidad — Teoría crítica de los derechos humanos

KEY WORDS: Criminal Law — Neuroscience — Dignity — Critical Theory of Human Rights

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DIGNIDAD Y LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS. 3. NEUROCIENCIA Y DERECHO PENAL. 4. UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DE LO HUMANO PARA ARGUMENTAR QUE LAS NEUROCIENCIAS NO DESTRUYEN LAS BASES TEÓRICAS DEL DERECHO PENAL. 5. NECESIDAD DE ACCESOS IGUALITARIOS Y GENERALIZADOS A LOS APORTES DE LA NEUROCIENCIA EN CASOS JURÍDICO-PENALES. 6. CONCLUSIONES. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. SOME THOUGHTS ON DIGNITY AND THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS. 3. NEUROSCIENCE AND CRIMINAL LAW. 4. AN INTEGRAL CONCEPTION OF WHAT IS HUMAN TO ARGUMENT THAT NEUROSCIENCE DOES NOT DESTROY THE THEORETICAL BASIS OF CRIMINAL LAW. 5. NEED FOR EQUAL AND GENERALIZED ACCESS TO THE CONTRIBUTIONS OF NEUROSCIENCE IN LEGAL-CRIMINAL CASES. 6. CONCLUSIONS. 7. BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el estudio de la neurociencia se insertó en el campo del análisis del delito, muy pronto se esbozaron propuestas que parecían retomar el antiguo debate entre el determinismo y el indeterminismo conductual. Ello fue así porque la neurociencia estaría demostrando que “los procesos inconscientes determinan aquello de lo que somos conscientes o que los actos voluntarios son una consecuencia de procesos inconscientes” (Feijoo, 2017, p. 25). Esta situación cuestionaba las propias bases del sistema jurídico-penal, puesto que habríamos estado castigado por cientos de

años, tal vez injustamente, conductas que no tenían márgenes de libertad, sino que más bien se encontraban determinadas. En otros términos, la neurociencia se había constituido en un campo que ponía en cuestionamiento las columnas sobre las cuales hemos asentado nuestros sistemas sociales: la libertad, la voluntad.

En tal sentido, si el impacto de la neurociencia en áreas como el derecho penal es tan decisivo, analizar el alcance que tiene aquella en el sistema jurídico penal es una tarea esencial; por ello, tal propósito es lo que motiva el presente trabajo. Dicho objetivo será desarrollado en dos planos, en primer lugar, en el plano general de los fundamentos teóricos del derecho penal, y, en segundo lugar, en el plano de los casos jurídico-penales. Ambos planos serán abordados, en específico, planteando los límites que nos permite ofrecer al tema la teoría crítica de los derechos humanos, la cual cuestiona la teoría hegemónica-neoliberal de los derechos humanos, asimismo, tiene como una de sus notas distintivas la de encontrarse en constante revisión, lo que la hace pertinente para tratar un tema tan reciente como lo es el del alcance de las neurociencias en el derecho penal.

2. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DIGNIDAD Y LA TEORÍA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La teoría crítica de los derechos humanos se comprende, principalmente, desde los planteamientos de Joaquín Herrera Flores (2008). Este autor explica que la realidad que vivimos en la actualidad es muy distinta a aquella que motivó el surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. El contexto actual es el de la globalización de la racionalidad capitalista, que ha supuesto la generalización de una ideología basada en el individualismo, la competitividad y la explotación; asimismo, se trata de una época de exclusión generalizada, un mundo en el que las 4/5 partes de los habitantes que lo componen sobreviven en el umbral de la miseria, en el que se observa la desesperación de miles de millones de personas, abocadas a la pobreza más lacerante y que contemplan la ostentación de los países enriquecidos a su costa. En tal sentido, al tratarse de una realidad distinta, se propone para la actualidad una nueva perspectiva de los derechos como procesos institucionales y sociales que posibiliten la apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana; así, de acuerdo con este autor, los derechos humanos son procesos de lucha por el acceso a los bienes materiales e inmateriales —los cuales son los que hacen posible que la vida sea digna de ser vivida—, ya que vivimos inmersos en procesos jerárquicos y desiguales que facilitan u obstaculizan su obtención. En coherencia con ello, la universalidad de los derechos solo puede ser defendida en función del fortalecimiento de individuos, grupos y organizaciones a la hora de construir un marco de acción que permita a todos y a todas ir creando las condiciones que garanticen de un modo igualitario su acceso a los bienes materiales e inmateriales exigibles para vivir con dignidad.

Ahora bien, de esta teoría queremos destacar cinco ideas: i) la noción material de la dignidad; ii) la concepción integral de lo humano; iii) la comprensión de los derechos situada en contextos; iv) la necesidad de acceso igualitario y generalizado a los

bienes materiales e inmateriales; y, v) la constante revisión que debe guiar la teorización de los derechos humanos.

Así, en primer lugar, el acercamiento material a la concepción de la dignidad se vincula con dos nociones: primero, con la *actitud* o consecución de disposiciones para hacer; y, segundo, con la *aptitud* o adquisición del suficiente poder y capacidad para realizar lo que estamos dispuestos previamente a hacer. Si los derechos humanos facilitan y generalizan a todas las personas *actitudes* y *aptitudes* para poder hacer, estamos ante la posibilidad de crear *caminos de dignidad* que puedan ser transitados por todos y todas. Sólo así podremos hablar de derechos humanos sin caer en la impotencia que subyace a la generalización de una teoría tradicional que, a pesar de sus proclamas universalistas, lo único que ha universalizado es su incumplimiento *universal* (Herrera, 2008, p. 105).

En segundo lugar, la concepción integral de lo humano implica no hablar de dos clases de derechos humanos: los individuales (libertades públicas) y los sociales, económicos y culturales; sino que hay una clase de derechos para todas y todos: los derechos humanos; pues la lucha por la dignidad tiene un carácter global, no parcelado, de modo que, si pretendemos identificar un objetivo global, este sería la dignidad. Asimismo, el valor de la libertad no debe garantizarse solo en ese sentido, sino también la igualdad de la libertad, en efecto, todo el mundo importa y la libertad que se garantiza a uno debe garantizarse a todos (Herrera, 2008, p. 62). Así, las condiciones de ejercicio de la libertad se constituyen en un tema tan importante y urgente como la defensa de las libertades individuales (Herrera, 2008, p. 64); al punto que nunca podremos avanzar hacia la dignidad sin la existencia de condiciones sociales, económicas y culturales que puedan ser garantizadas a todas y a todos (Herrera, 2008, p. 71).

En tercer lugar, contextualizar los derechos como prácticas sociales concretas nos facilitaría ir contra la homogeneización, invisibilización, centralización y jerarquización de las prácticas institucionales tradicionales (Herrera, 2008, p. 65); por ello, los derechos humanos no pueden ser comprendidos fuera de los contextos sociales, económicos, políticos y territoriales en los que, y para los que, se dan (Herrera, 2008, p. 42). Por desgracia, esta contextualización de los derechos no es algo que predomine en los análisis y convenciones internacionales a ellos dirigidas. En tal sentido, es importante denunciar y sacar a luz esos mecanismos que hacen que los derechos humanos queden reducidos a derechos de individuos atomizados y mercantilizados, liberados de sus contextos (Herrera, 2008, pp. 49-50).

En cuarto lugar, el contexto en el que vivimos se caracteriza por la instauración del mercado capitalista como ideología, racionalidad y fundamento de nuestra vida en sociedad, y, como parte de ella, del entendimiento de los derechos humanos. Así, desde un punto de vista interno a dicha racionalidad del capital, se ha ido generalizando (Herrera, 2008, p. 47): i) una forma injusta y desigual de ordenar las actividades económicas (los procesos globales de división del hacer humano); ii) una forma inhumana de control de las propias acciones (la mano invisible del mercado); y, iii) el predominio de valores competitivos y absolutamente egoístas a la hora de construir la estructura social (los valores impulsados por la ideología liberal y neoliberal del mercado autorregulado). Asimismo, desde un punto de vista externo, las diferentes formas de colonialismo e imperialismo funcionales a tales relaciones sociales dominadas por el

capital han ido generalizando esa manera particular y peculiar de afrontar la vida como si fuera el único modo de ver, entender y actuar en el mundo (Herrera, 2008, p. 47). En tal contexto, es importante generar concepciones y prácticas que remen política, económica, cultural y jurídicamente para transformar la realidad descrita en aras de un acceso más igualitario y generalizado a los bienes sociales, sean estos materiales o inmateriales (Herrera, 2008, p. 54).

Por último, para el pensamiento crítico la constante revisión que debe guiar la teorización de los derechos humanos permite desmitificar y describir los derechos en los contextos en los que surgen, rompiendo con fundamentaciones de tipo metafísico (Gándara, 2013). Lo señalado es importante porque la realidad es cambiante, y si nos proponemos abordar los derechos humanos desde una teoría que no se desapegue del contexto es necesario tener muy claro la referida constante revisión. Esto no significa que no valoremos las propuestas ya existentes de la teoría crítica de los derechos humanos; al contrario, siendo coherentes con tal teoría, en el sentido de que la defensa de los derechos humanos debe apegarse a la realidad y a los contextos, no debe dejarse de tener en cuenta la revisión constante, pues esta nos permitirá evaluar cómo la teoría crítica de los derechos humanos abordará tales cambios. Al respecto, uno de los escenarios en los que observamos cambios significativos en la actualidad es en el impacto que las neurociencias pueden tener en el derecho penal.

3. NEUROCIENCIA Y DERECHO PENAL

Según un concepto difundido, la neurociencia tiene como cometido “establecer los hechos en lo que concierne a las estructuras y las operaciones neurales” (Balcarce, 2014, p. 81). Esto significa que los neurocientíficos exploran el mundo de los fenómenos, y de este dice Kant —ciertamente muy lejos de ser un materialista—: “si pudiéramos investigar hasta el fondo todas las manifestaciones de su [...] albedrío, no habría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con certeza, y reconocer como necesaria con base en sus condiciones” (Jakobs, 2012, p. 198). Ahora bien, a fin de tratar la relación de este campo con el derecho penal, partiremos por describir dos casos representativos: el primero es sobre Phineas P. Gage, abordado por Antonio Damasio (1999); y, el segundo es descrito por los neurocientíficos Burns y Swerdlow (en: Feijoo, 2017).

En cuanto al primer caso, el 13 de setiembre de 1848 Phineas P. Gage contaba con 25 años cuando trabajaba para los Ferrocarriles Rutland y Burlington, estando a cargo de un grupo numeroso de hombres cuya tarea era colocar rieles. Para entonces Gage era un obrero físicamente dotado, y, además, los jefes lo consideran el más eficiente y capaz. Eran las cuatro y media de la tarde cuando ocurre el incidente, se genera una explosión que hace que la barra de hierro que Gage tenía entre las manos salga fulminantemente, la cual le perfora la mejilla izquierda, le traspasa la base del cráneo, atraviesa la zona frontal del cerebro y sigue disparada, destruyéndole la parte superior de la cabeza. Sus ayudantes, horrorizados, pensaron que había muerto al instante, y se quedaron asombrados cuando comprobaron que el hombre recuperaba la conciencia y ¡hablaba! Su médico personal, John Harlow, pudo cortar la hemorragia y le salvó la vida, luego de lo cual tuvo una sorprendente recuperación física. Sin embargo,

se destruyó el equilibrio entre sus facultades intelectuales y sus inclinaciones animales. Ahora era impredecible, irreverente, dado a las expresiones más groseras, manifestaba poca o ninguna deferencia hacia su prójimo, incapaz de contenerse o de aceptar un consejo si se oponía a sus deseos inmediatos, era obstinado, caprichoso y vacilante; fantaseaba con un futuro improbable, armando castillos en el aire que abandonaba apenas esbozados. Los nuevos rasgos de Gage contrastaban agudamente con los hábitos temperados y considerable fuerza de voluntad que lo caracterizaban en el pasado. Ocho años después de su muerte, el doctor Harlow sugirió que esa barra había destruido zonas de la corteza cerebral situada en la parte izquierda del lóbulo frontal, lo que podría explicar el cambio de la personalidad de Gage (Damasio, 1999, pp. 23-29; Feijoo, 2017, pp. 78-79).

El segundo caso es sobre un hombre de cuarenta años, profesor y padre de familia, quien desarrolla un creciente interés por la pornografía infantil que le lleva a acosar a su hijastra preadolescente y a sus alumnas; como consecuencia de ello es ingresado en prisión. Durante el cumplimiento de dicha condena se le descubre un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbitofrontal, que sería el causante de su conducta desviada. Siete meses después de una exitosa operación, debido a su falta de peligrosidad es puesto en libertad. Sin embargo, luego de tres meses vuelve a coleccionar pornografía ilegal. Una revisión demuestra un nuevo crecimiento del tumor lo que le conduce a que sea operado nuevamente y, a raíz de la intervención, vuelvan a desaparecer sus tendencias sexuales anómalas (Feijoo, 2017, pp. 20-21).

Ambos casos exponen de manera revolucionaria cómo el cerebro humano maneja aspectos superiores de la personalidad. Al respecto, un momento determinante en que la neurociencia se insertó en el campo del derecho penal fue cuando se publicaran las conclusiones a las que llegó Benjamín Libet, un neurobiólogo, a partir de sus experimentos de 1983 y 2004 (Fernández, 2013). Libet (2004) constató dos tipos de reacciones en la corteza cerebral: uno relacionado con la parte consciente y otro con nuestro inconsciente. Para entonces, muchos se animaron a sostener que un obrar humano no era fruto de la decisión de llevarlo a cabo, sino en realidad de un mecanismo que se desata por una previa predisposición a reaccionar ante dicho estímulo. Se dijo entonces que no hacemos lo que queremos, sino que en realidad queremos lo que hacemos; por lo que el libre albedrío habría llegado al ocaso de sus días. Así, la investigación en neurociencias habría reabierto la vieja discusión sobre la existencia de la libertad de la voluntad (Alonso, 2020). De ser ciertas estas comprobaciones experimentales, era una tarea trascendental verificar si efectivamente hacíamos lo correcto cuando reprochábamos responsabilidad tras una conducta que había actuado sin déficit de capacidad, infringiendo la ley y sin causa que lo justifique.

En este escenario, en los últimos años hemos sido parte de una gran discusión filosófico-moral y jurídico-penal en torno a las neurociencias. Hassemmer (2011; en: Cancio, 2012, p. 262) describió este debate con la imagen de que desde las neurociencias llegan a los científicos sociales, y, más específicamente, a los penalistas, cantos de sirenas que nos llaman a repensarlo todo, pues cuestionan la base fundamental de todo sistema penal legítimo, el concepto de culpabilidad, o, en específico, los fundamentos de ese concepto; que, como se ha adelantado, se vincula con las nociones de libertad y de voluntad.

A lo señalado debe precisarse que los planteamientos neurocientíficos que hasta ahora hemos esbozado no discuten en absoluto que adoptemos decisiones, “lo que pretenden resaltar es que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por multitud de condiciones que no se pueden controlar conscientemente” (Feijoo, 2017, p. 26). En otros términos, estaríamos siempre adoptando decisiones inconscientes, y, en consecuencia, serían parte de estas decisiones las que se estarían penalizando. No obstante, es muy dudoso que las investigaciones que provienen de las neurociencias puedan provocar un cambio de paradigma, que logre poner en cuestión radical la actual cultura jurídica (Demetrio, 2017).

Sin embargo, es de señalarse también que el sentido descrito no es el único que se afirma desde las neurociencias. Algunos neurocientíficos se centran en aspectos puntuales del derecho penal. Por ejemplo, en potenciar el tratamiento y la prevención especial, a diferencia del sistema proporcionalista orientado a la prevención general, que caracteriza a los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Así también, se han desarrollado mayores avances en los últimos años sobre ciertos grupos de delincuentes violentos impulsivos reincidentes en los que se encuentran anomalías o alteraciones estructurales o funcionales similares. Asimismo, la neurología cada vez nos está mostrando de forma más clara la relación entre el maltrato infantil y la posterior violencia durante la adolescencia o la juventud de esos niños maltratados (Feijoo, 2017, pp. 27-28).

De ese modo, es posible afirmar que las contribuciones de las neurociencias no solo se vinculan propiamente con la determinación de la responsabilidad penal. Las neurociencias contribuyen a casos jurídico-penales en, por lo menos, cuatro aspectos: en la prevención del delito, en atenuar o eximir la responsabilidad penal, en el proceso penal, y en el tratamiento penitenciario orientado a la resocialización —por ejemplo, en este campo de la ejecución penal se han propuesto mecanismos como la cromoterapia, una técnica que vincula la reacción de determinados puntos cerebrales a los estímulos de colores—.

De este modo, así como el ejemplo del hombre que por un tumor cerebral desarrollaba conductas sexuales anómalas tenía una calificación de su conducta que devenía en inimputable, habrá muchos casos más, que el avance del conocimiento neurocientífico nos permitirá conocer. Y allí radica uno de los ejes centrales del presente trabajo, sostenemos que el aporte de las neurociencias al campo del derecho penal, en el marco de los conocimientos actuales, radica en su aplicación a casos concretos, de acuerdo con las circunstancias de cada uno de ellos. En contraste, en el plano general, la neurociencia no destruye las bases del derecho penal, puesto que estas son eminentemente sociales. En definitiva, las neurociencias “no van a provocar una renuncia a las penas tal como las conocemos en general, pero si van a influir en la decisión puntual de en qué casos normativamente es razonable renunciar a las penas en beneficio del tratamiento” (Feijoo, 2017, p. 76). Sobre estas ideas ahondaremos en los siguientes apartados.

4. UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DE LO HUMANO PARA ARGUMENTAR QUE LAS NEUROCIENCIAS NO DESTRUYEN LAS BASES TEÓRICAS DEL DERECHO PENAL

Hemos dicho que la responsabilidad en el derecho penal tradicionalmente se ha construido sobre la “idea de *culpabilidad*, en el sentido de que el ser humano responde de sus actos en la medida que se llevan a cabo mediante un proceso libre y consciente que les hace responder penalmente” (Balbuena, 2015, p. 29). En otros términos, su conducta pudo “adecuarse al sentido de la norma y a pesar de ello la infringe de forma voluntaria causando un resultado o generando un peligro para el bien jurídico protegido de la misma” (Balbuena, 2015, p. 29). En tal sentido, el proceso libre y consciente, esto es, la *libertad* o el *poder actuar de otro modo*, viene a ser el elemento base de la responsabilidad penal. Efectivamente, sin libertad, el derecho penal y, en general, nuestros sistemas democráticos y toda “vida social —si es que, en adelante, se la pudiera llamar así—, daría un giro de ciento ochenta grados” (Balcarce, 2014, p. 78).

Al respecto, casos como el de Phineas P. Gage o el del profesor con tendencias sexuales anómalas ocasionadas por tumores cerebrales ponen en cuestionamiento la noción de libertad; pues bien, no podemos cerrar los ojos sin más ante los avances científicos que se nos presentan. En estos casos es claro que el cambio en las conductas de estas personas se relaciona con el daño cerebral que habían sufrido. Evaluar estos casos, así como las consecuencias que pudiera tener el accidente y el tumor, respectivamente, es un área que compete a las ciencias biológicas, y la respuesta que han dado las neurociencias es que los cambios de conducta fueron consecuencia de daños cerebrales. De haber un cambio en esta perspectiva, son las mismas ciencias biológicas las que habrán de decirlo.

Ahora bien, que encontremos que existen casos en los que la biología puede determinar la mutación del comportamiento ¿destruiría las bases teóricas del derecho penal?; pues, no. Es cierto que no debemos olvidar que somos seres biológicos. En efecto, a lo largo de la historia de la humanidad se han acontecido muchos eventos que han sido esclarecidos por las ciencias naturales. Hemos pasado de la teoría geocéntrica a la teoría heliocéntrica, hemos curado enfermedades que antes habían sido incurables. Del mismo modo, no debería sorprendernos que puedan encontrarse explicaciones desde la biología a eventos que antes habrían sido concebidos como conductas guiadas estrictamente por la libertad.

Sin embargo, la construcción del conocimiento científico no puede generalizarse, la inducción en el campo de las ciencias muchas veces no resulta siendo el recurso más útil. En tal sentido, debemos tener estos dos criterios en cuenta: de un lado, las neurociencias han apuntado a casos concretos no a la generalidad, lo que es correcto; de otro lado, la inducción a partir de casos particulares no es un recurso sólido para construir conocimiento científico. Por ello, no es correcto afirmar que las conductas con las que nos desenvolvemos todas las personas tienen como único eje determinante el funcionamiento de nuestros sistemas neurológicos, con lo que se anularía la libertad.

Ahora, interesa volver al segundo caso que describíamos, el hombre que por un tumor cerebral había desarrollado conductas sexuales anómalas, un ejemplo claro del modo en que las neurociencias influyen en la determinación de la responsabilidad penal.

Sin embargo, más que ello, interesa en este acápite agregar que el hombre de nuestro ejemplo, mientras padecía las consecuencias del tumor, se daba cuenta de lo incorrecto de su conducta desviada y actuaba con la convicción de que su comportamiento estaba indeterminado (Feijoo, 2017, p. 21). Entonces, si, de un lado, de acuerdo con lo descrito en el caso se trata de un hombre cuya conducta típica estaba determinada por el tumor, y, de otro lado, este mismo hombre concebía su propio actuar como indeterminado; significaría ello que ¿su autopercepción de libertad era solo una sensación, más no libertad en sentido estricto? Llevada esta situación a la generalidad, todas las personas, que actuamos con la convicción de libertad, ¿estaríamos teniendo una falsa sensación de libertad? Pues, considero que la respuesta a estas interrogantes es negativa.

Sostener que por el hecho de encontrar causas en nuestro inconsciente que determinan ciertas conductas, inmediatamente deriva en la anulación del concepto de libertad en las personas, no es más que un enfoque reduccionista. Si bien “no cabe discutir que los procesos neuronales generan por emergencia procesos mentales que, además de generar nueva actividad cerebral, construyen sistemas sociales con determinadas características normativas y valorativas, ello no significa necesariamente que sin más la vida social se pueda explicar mediante la descripción de procesos neuronales” (Feijoo, 2017, p. 32). En efecto, los procesos neurológicos son solo “una parte de la explicación” (Feijoo, 2017, p. 32). La libertad tiene componentes sociales, los cuales, en todo caso, comparados con la explicación neurocientífica, cobran mayor importancia que esta a la hora de evaluar la justificación teórica y filosófica del derecho penal (Feijoo, 2017). Es más, los trabajos empíricos de las investigaciones neurocientíficas se encuentran en fases iniciales, tienen un carácter restringido y todavía están muy lejos de poder reproducir en los experimentos cómo se configuran los procesos mentales dentro de la complejidad de la vida social; esto es, “se encuentran todavía en una fase demasiado inicial como para poder revolucionar completamente nuestro sistema social” (Feijoo, 2017, p. 39).

Como venimos afirmando, las neurociencias se han abocado al estudio de casos concretos, no a la complejidad de la vida social. La vida social se construye sobre la materialidad y las relaciones causales de los seres que la componen, pero no se limita a ellas. La complejidad que la envuelve se ha erigido por esta interrelación de componentes, en los que los componentes causales no son los únicos, ni tampoco los más importantes. La libertad de la que se habla en el campo jurídico “no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino una creación social con la que resulta imposible trabajar en un laboratorio” (Feijoo, 2017, p. 37).

Para argumentar lo sostenido, una perspectiva pertinente —debido a la constante revisión que la caracteriza, lo que es adaptable a las nuevas realidades que se presenten, como es el caso del alcance de las neurociencias en el derecho penal— es la teoría crítica de los derechos humanos. Desde esta teoría, que entiende a los derechos humanos como procesos de lucha por el acceso a los bienes materiales e inmateriales exigibles para vivir con dignidad, hemos sostenido una concepción integral de lo humano. Asimismo, hemos afirmado que avalar la anulación del concepto de libertad en las personas por el hecho de encontrar causas en nuestro inconsciente que determinan ciertas conductas es un enfoque reduccionista. Precisamente, se trata de un enfoque reduccionista porque pretende limitar la libertad, como fundamento teórico

del derecho penal, a un sentido estrictamente causal-biológico. Si bien, este sentido causal-biológico está presente en el derecho penal, es solo una parte de su contenido, la responsabilidad e imputación no descansan en un conocimiento de la biología humanista, sino en razones sociales, vinculadas al funcionamiento de la sociedad (Fernández, 2017). En tal sentido, restringir la noción de libertad al punto de vista causal-biológico conllevaría a negar la existencia de condiciones sociales, económicas y culturales de las que habla el enfoque integral de lo humano; y, en consecuencia, atentaría contra la dignidad, pues esta requiere entender lo humano en su integralidad.

En síntesis, una concepción integral de lo humano nos permite argumentar que las neurociencias no destruyen las bases teóricas del derecho penal, las cuales se han construido sobre la idea de *culpabilidad*, que implica la penalización de conductas llevadas a cabo mediante procesos libres y conscientes, esto es, mediante la *libertad* o el *poder actuar de otro modo*. La neurociencia contribuye al derecho penal porque permite contar con mayores herramientas para la comprensión de la conducta humana, pero un enfoque causal-natural de la misma que se oriente a reemplazar la noción de libertad sería un reduccionismo que atentaría contra los componentes sociales, económicos y culturales de lo humano con los que se ha construido el derecho penal y toda la vida en sociedad, y, por ende, atentaría contra la dignidad.

5. NECESIDAD DE ACCESOS IGUALITARIOS Y GENERALIZADOS A LOS APORTES DE LA NEUROCIENCIA EN CASOS JURÍDICO-PENALES

Como se ha venido señalando, el desarrollo del conocimiento neurocientífico no destruye la generalidad de las bases teóricas del derecho penal; pero ello no significa que se deba desestimar sus aportes, al contrario, estos son múltiples. No obstante, dados los conocimientos actuales de las neurociencias, dichos aportes no se observan de manera general en el derecho penal sino en casos concretos; tales como los que hemos descrito.

Ahora bien, incorporar conocimientos de las neurociencias en casos jurídico-penales nos trae nuevos problemas. Uno de ellos tiene que ver con dos cuestiones vinculadas con el contexto en el que nos encontramos; en primer lugar, el hecho de que la concentración de la riqueza se halle en grupos cada vez más reducidos, y, en segundo lugar, que el acceso al conocimiento se encuentre mercantilizado, más aún los provenientes de las ciencias naturales, que se han visto privilegiados en comparación con los de las ciencias sociales. Ambas cuestiones podrían derivar en una realidad en la que sea un grupo muy reducido el que pueda acceder a incorporar los conocimientos neurocientíficos a sus procesos jurídico-penales, aquel grupo que cuente con la capacidad económica para adquirir este conocimiento, que se encontraría en el mercado. De ser así, se trataría de una realidad que se convertiría en una nueva forma de exclusión social.

Ante tal panorama nuevamente podemos emplear la teoría crítica de los derechos humanos a fin de enfrentar el problema señalado. Esto es importante porque evaluar el alcance de las neurociencias en el derecho penal tiene que ver también con los impactos que se pueden generar dado el contexto en el que nos encontramos, que como decíamos es un aspecto que no suele predominar en los análisis jurídicos. En tal

sentido, lo que nos dice la teoría crítica de los derechos humanos es que es importante generar concepciones y prácticas que remen política, económica, cultural y jurídicamente hacia un acceso más igualitario y generalizado a los bienes sociales.

Por ello, toda aplicación que se haga de los conocimientos provenientes de las neurociencias en los casos jurídico-penales tiene que contar con la garantía de que su acceso sea igualitario y generalizado a todas las personas, puesto que tal aplicación se constituiría en un bien social. Solo con dicha garantía hablaríamos de nuevo de la vigencia de la dignidad. Asimismo, cabe agregar que defender una garantía de este tipo no es un aspecto que pueda entenderse desde la propia neurociencia, se trata de un criterio eminentemente social-cultural.

6. CONCLUSIONES

El estudio del derecho penal desde una perspectiva neurocientífica puso en cuestionamiento las bases teóricas de aquel. Desde las neurociencias se afirmaba que los procesos inconscientes determinan aquello de lo que somos conscientes o que los actos voluntarios son una consecuencia de procesos inconscientes; evidenciando así, que toda conducta es reconducible en última instancia a una explicación científica y, por tanto, causal-natural. Esto significaría que habríamos estado castigando por cientos de años, tal vez injustamente, conductas que no tenían márgenes de libertad, sino que más bien se encontraban determinadas.

Sin embargo, si bien reconocemos la importancia de los aportes de las neurociencias al derecho penal, consideramos que, en el marco de los conocimientos actuales, ella radica en su aplicación a casos concretos; más no se destruyen de manera general las bases teóricas del derecho penal. Este tema se entiende cuando analizamos los alcances que tienen las neurociencias en el derecho penal. Para ello empleamos un marco teórico, no obstante, con ello no pretendemos sostener que únicamente desde él puedan abordarse los alcances referidos, pero sí lo consideramos clave para la comprensión del tema. Dicho marco teórico es el que nos ofrece la perspectiva de los derechos humanos. Al respecto, reconociendo que los derechos humanos clásicamente son entendidos desde los parámetros de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y que la realidad que vivimos en la actualidad es muy distinta a aquella que motivó el surgimiento de tales tratados internacionales; evaluamos el tema desde la teoría crítica de los derechos humanos, la cual cuestiona y se distingue de la teoría hegemónica-neoliberal de los derechos humanos.

La teoría crítica de los derechos humanos propone para la actualidad una nueva perspectiva de los derechos, entendiéndolos como procesos institucionales y sociales que posibiliten la apertura y consolidación de espacios de lucha por el acceso a los bienes materiales e inmateriales exigibles para vivir con dignidad. Para esta perspectiva la dignidad es entendida desde un enfoque material, el cual implica tanto la *actitud* o consecución de disposiciones para hacer; como la *aptitud* o adquisición del suficiente poder y capacidad para realizar lo que estamos dispuestos previamente a hacer. Otras tres nociones importantes de esta teoría son: i) la concepción integral de lo humano, que implica avanzar hacia la dignidad entendiendo lo humano en sus aspectos físicos-

biológicos, sociales, económicos y culturales de manera conjunta, los cuales han de ser garantizados a todas y a todos; ii) la comprensión de los derechos situada en contextos, pues los derechos humanos no pueden ser comprendidos fuera de los contextos sociales, económicos, políticos y territoriales en los que, y para los que, se dan; y, iii) la necesidad del acceso igualitario y generalizado a los bienes materiales e inmateriales, frente a la organización social injusta y desigual que viene siendo impuesta por la racionalidad del mercado capitalista. Asimismo, el hecho de que para la teoría crítica de los derechos humanos la constante revisión debe ser guía en la teorización de los derechos humanos hace que sea sumamente apropiada para el abordaje de cambios sociales, tales como los que se producen en el caso del impacto que las neurociencias pueden tener en el derecho penal.

Dicho ello, dos escenarios en los que se puede evaluar los alcances de las neurociencias en el derecho penal son: en primer lugar, en el plano general de los fundamentos teóricos del derecho penal, y, en segundo lugar, en el plano de los casos jurídico-penales.

En cuanto a lo primero, una concepción integral de lo humano nos permite argumentar que las neurociencias no destruyen las bases teóricas del derecho penal. En efecto, un enfoque causal-natural de la misma que se oriente a reemplazar la noción de libertad sería un reduccionismo que atentaría contra los componentes sociales, económicos y culturales de lo humano con los que se ha construido el derecho penal y toda la vida en sociedad, y, por ende, atentaría contra la dignidad. Si bien, el sentido causal-biológico está presente en el derecho penal, es solo una parte de su contenido, la responsabilidad e imputación no descansan en un conocimiento biológico, sino en razones sociales, vinculadas al funcionamiento de la sociedad.

En segundo lugar, hemos dicho que los aportes de las neurociencias en el derecho penal se observan en casos concretos, pero esto nos puede traer nuevos problemas. Uno de ellos tiene que ver con dos cuestiones vinculadas con el contexto en el que nos encontramos: el hecho de que la concentración de la riqueza se halle en grupos cada vez más reducidos, y que el acceso al conocimiento se encuentre mercantilizado, más aún los provenientes de las ciencias naturales, que se han visto privilegiados en comparación con los de las ciencias sociales. Ambas cuestiones podrían derivar en una realidad en la que sea un grupo muy reducido el que pueda acceder a incorporar los conocimientos neurocientíficos a sus procesos jurídico-penales, aquel grupo que cuente con la capacidad económica para adquirir este conocimiento, que se encontraría en el mercado. De ser así, se trataría de una realidad que se convertiría en una nueva forma de exclusión social. Para enfrentar tal panorama nuevamente podemos emplear la teoría crítica de los derechos humanos, en específico, en cuanto a su noción sobre la necesidad de accesos igualitarios y generalizados a los bienes sociales. Por ello, toda aplicación que se haga de los conocimientos provenientes de las neurociencias en los casos jurídico-penales tiene que contar con la garantía de que su acceso sea igualitario y generalizado a todas las personas, pues solo así tendría vigencia la dignidad.

En definitiva, las neurociencias no han ocasionado una mutación significativa del derecho penal, no han destruido su base teórica. Sin embargo, un estudio inter, multi y transdisciplinario que comprenda a los conocimientos provenientes de las neurociencias

abriría una serie de posibilidades que pueden favorecer el desarrollo del derecho penal, del derecho y de las ciencias sociales en general.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, M. (setiembre, 2020). Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: Problemas de delimitación. *Cuadernos de política criminal* II(131), 5-48.
- Balbuena, D. E. (2015). *Derecho penal, neurociencia y libertad* (2ª ed.). Asunción: Marben Editora.
- Balcarce, F. I. (2014). *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Cancio, M. (2012). Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. En Feijoo S., B. J. (Ed.) *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias* (pp. 529-545). España: Editorial Aranzadi.
- Damasio, A. R. (1999). *El error de Descartes: La razón de las emociones*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- Demetrio, E. (2017). *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*. Buenos Aires: Euros Editores.
- Feijoo, B. J. (2017). *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Fernández, G. D. (2017). Capítulo V. La culpabilidad penal ante el desafío de las neurociencias. En Demetrio C., E. (Ed.) *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal* (pp. 151-226). Buenos Aires: Euros Editores.
- Fernández, J. (2013). Culpabilidad y libertad de voluntad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 66, 89-157.
- Gándara, M. E. (2013). *Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: Aportes en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores* (Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide).
- Herrera, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños.
- Jakobs, G. (2012). Culpabilidad jurídico-penal y «libre albedrío». En Feijoo S., B. J. (Ed.) *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias* (pp. 197-214). España: Editorial Aranzadi.
- Libet, B. (2004). *Mind time: the temporal factor in consciousness*. Cambridge: Harvard University Press.