

# MEJORAMIENTO HUMANO Y RESPONSABILIDAD PENAL: NUEVOS RETOS EN EL TRATAMIENTO DE LA CULPABILIDAD Y LA PELIGROSIDAD

JAVIER GÓMEZ LANZ

Universidad Pontificia Comillas, Madrid

*Dedicado a la memoria de mi amigo José Luis Ferrer, quien alentó mi fascinación por la interacción entre la ciencia, la tecnología y las humanidades. STTL.*

RESUMEN: El objeto de este análisis es examinar —naturalmente, de un modo introductorio— cuál puede ser la repercusión de los eventuales avances en los objetivos transhumanistas en el terreno de la responsabilidad criminal. A mi juicio, el análisis de las posibles consecuencias del transhumanismo en el dominio del Derecho penal afecta a dos ámbitos distintos: (i) en primer lugar, puede incidir en los factores que, hoy en día, vertebran la imputación de responsabilidad penal; (ii) por otro lado, es preciso abordar la repercusión que el transhumanismo podría tener ya no en el juicio de imputación de responsabilidad penal, sino en la determinación de las consecuencias asignadas a los responsables penales y en su proceso de ejecución. Como más adelante se verá, esta reflexión arroja hoy en día más preguntas que respuestas.

PALABRAS CLAVE: Transhumanismo; responsabilidad pena; sistema de responsabilidad penal; capacidad y responsabilidad; mejoramiento legal.

## *Human improvement and criminal liability: new challenges in treating guilt and dangerous*

ABSTRACT: The purpose of this analysis is to examine —naturally, in an introductory way— what the impact of eventual advances may be on transhumanist objectives in the field of criminal responsibility. In my opinion, the analysis of the possible consequences of transhumanism in the domain of criminal law affects two different spheres: (i) first, it can affect the factors that, nowadays, underlie the imputation of criminal responsibility; (ii) on the other hand, it is necessary to address the repercussion that transhumanism could have no longer in the trial for the imputation of criminal responsibility, but in the determination of the consequences assigned to those criminally responsible and in their execution process. As will be seen later, this reflection today raises more questions than answers.

KEY WORDS: Transhumanism; Criminal responsibility; Criminal responsibility system; Capacity and responsibility; Legal improvement.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El transhumanismo es un movimiento cultural, filosófico, que defiende la conveniencia —la obligación, incluso— de propiciar un proceso indefinido de

---

<sup>1</sup> Este texto se corresponde, en sus elementos fundamentales, con la ponencia del mismo título con la que tuve el honor de participar en el Congreso «Transhumanismo. Desafíos antropológicos, éticos, jurídicos y teológicos», que se celebró el 29 de mayo de 2019 en la Universidad Pontificia Comillas, en el seno de la Cátedra Hana y Francisco José Ayala de Ciencia, Tecnología y Religión.

mejoramiento humano que, en última instancia, pueda conducir a trascender los límites que en la actualidad definen la especie humana.

Estos procesos de mejoramiento pueden caracterizarse en atención tanto a los medios empleados (y así cabe aludir a un mejoramiento biológico, que puede derivar de la edición genética o del consumo de determinadas sustancias, y a un mejoramiento tecnológico, ligado a la realización de implantes mecánicos o informáticos en el ser humano) como al tipo de capacidades cuyo incremento se persigue (y así se podría distinguir entre la potenciación de capacidades físicas y la potenciación de capacidades psíquicas, dentro de las que, a su vez, cabría diferenciar un mejoramiento cognitivo —*cognitive enhancement*— y un mejoramiento moral —*moral enhancement*—).

Aparte de las preguntas relativas a su posibilidad técnica o a sus posibles riesgos para la salud, las disputas que genera el transhumanismo afectan a varios ámbitos propios de las ciencias sociales, desde el propiamente antropológico hasta los de naturaleza ética, social o política. En particular, el transhumanismo suscita relevantes cuestiones de carácter moral; de hecho, un número significativo de quienes se oponen a este movimiento afirman ante todo que sus propuestas son moralmente inaceptables ya que los logros alcanzados por los individuos «mejorados» resultarían injustos, vacuos y faltos de merecimiento (*cfr.* el debate en Faber/Savulescu/Douglas, 2016 o en Douglas, 2014c). Así mismo, son destacables los debates sociopolíticos generados por el transhumanismo en relación con las eventuales consecuencias nocivas (conflictos, desigualdades, etc.) que un proceso de estas características puede tener para el grupo (Wikler, 2009; Jefferson/Douglas/Kahane/Savulescu, 2014).

En este contexto, el objeto de este análisis es examinar —naturalmente, de un modo introductorio— cuál puede ser la repercusión de los eventuales avances en los objetivos transhumanistas en el terreno de la responsabilidad criminal. Es esta una preocupación relativamente reciente: la primera referencia es, seguramente, la presentación que de este problema realizó Merkel en 2009 en el Congreso de Profesores de Derecho penal, mientras que en España hay que esperar a la contribución de Romeo Casabona sobre la cuestión en el volumen colectivo *Neurociencias y Derecho Penal*, publicado en 2013.

A mi juicio, el análisis de las posibles consecuencias del transhumanismo en el dominio del Derecho penal afecta a dos ámbitos distintos: (i) en primer lugar, puede incidir en los factores que, hoy en día, vertebran la imputación de responsabilidad penal; (ii) por otro lado, es preciso abordar la repercusión que el transhumanismo podría tener ya no en el juicio de imputación de responsabilidad penal, sino en la determinación de las consecuencias asignadas a los responsables penales y en su proceso de ejecución. Como más adelante se verá, esta reflexión arroja hoy en día más preguntas que respuestas.

## 1. TRANSHUMANISMO E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

### 1.1. *El cuestionamiento de la base del sistema de responsabilidad penal*

El examen de la incidencia del movimiento transhumanista en el debate sobre los criterios de imputación penal exige, a mi juicio, distinguir al menos dos cuestiones: (a) por una parte, la relativa a la revitalización de la polémica acerca de la fundamentación liberearbitrista y culpabilística del Derecho penal a partir de los avances en el ámbito de la neurociencia; y, b) por otra, la concerniente al efecto que en este mismo ámbito podría tener la consecución de algunos objetivos del transhumanismo.

Si bien la neurociencia es una de las disciplinas cuyos progresos han estimulado más el movimiento transhumanista, creo que ambas discusiones son diferenciables. No obstante, como se apuntará a continuación, tal vez algunas de las respuestas apuntadas en relación con la primera pregunta pueden arrojar alguna luz sobre la entidad del reto que para la subsistencia de la culpabilidad como eje central de la responsabilidad penal puede representar el transhumanismo.

A este respecto, hace ya unos años que el avance en la caracterización neurológica de la conducta volvió a poner en primer plano el debate sobre la viabilidad de asentar el Derecho penal en un concepto de culpabilidad vertebrado en torno a la idea de reproche y cimentado, a su vez, en una noción de imputabilidad ligada a la posibilidad de actuar de otro modo (comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, en términos del artículo 20.1º del Código Penal español). Resulta muy difícil desgajar esta concepción de la imputabilidad de la idea de libre albedrío, toda vez que la capacidad de actuar conforme a la comprensión presupone la capacidad de actuar de otro modo y, por tanto, libertad de voluntad. Si el progreso de la neurociencia dificulta paulatinamente afirmar de modo general la existencia de esta doble posibilidad, resultaría legítimo discutir en qué medida siguen siendo razonables las bases subjetivas de nuestro sistema de responsabilidad penal, así como —retomando la disputa abierta por la Escuela Positiva— la conveniencia de erigir ese sistema sobre modelos alternativos, como la peligrosidad del reo.

En términos muy resumidos, el problema se condensa en la justificación de un Derecho penal de la culpabilidad cuando se van sumando las evidencias no sólo (i) de la correlación entre la propensión a realizar ciertas conductas delictivas y la existencia de déficits en el funcionamiento de ciertas áreas del cerebro, sino (ii) de la incidencia de la actividad cerebral no-consciente en los procesos humanos de decisión y ejecución, como ocurre con los «potenciales de preparación» identificados en los experimentos de Libet. Ciertamente, ello supone impugnar no sólo el sistema penal contemporáneo, sino el sistema ético social dominante, de forma que más que una cuestión específica de política criminal, estaríamos ante un debate de política constitucional o, incluso, de estricta organización social.

La neurociencia, pues, permite poner en duda que las capacidades intelectivas y volitivas en las que hoy en día se fundamenta legalmente la responsabilidad penal existan realmente o, al menos, sean caracterizables en los términos usuales. A mi juicio, el desafío que plantea el transhumanismo es hasta cierto punto similar, ya que exige tener en cuenta la posibilidad de que determinados avances (que, por ejemplo, hagan viable un mejoramiento cognitivo o moral) traigan consigo una alteración «artificial» de tales capacidades que impidan defender su actual conceptualización legal.

De este modo, puede explorarse como hipótesis la posibilidad de un mejoramiento moral tal como lo describe, por ejemplo, Douglas (2008, 2014), es decir, como la fijación biotecnológica de un mejor conjunto de «razones para la acción» mediante, por ejemplo, la inhibición o la reducción de emociones «negativas» (tales como la aversión racial o por orientación sexual o el impulso de agresión violenta). ¿Podría en tal caso afirmarse que el individuo «mejorado» goza de «libertad» en el sentido de que es capaz por sí mismo de adecuar su conducta a su conocimiento de la realidad? ¿Es la capacidad resultante de la mejora la que ha de tenerse en cuenta para valorar su responsabilidad? ¿Incide en la decisión sobre tal capacidad el hecho de que la decisión de someterse al proceso de mejoramiento moral haya sido o no libre? La misma posibilidad de alteración, ¿no plantea un interrogante profundo acerca de la corrección original de esta fundamentación de la responsabilidad?

Como ya apunté previamente en otro trabajo (Gómez Lanz y Halty Barrutieta, 2016), creo que existen varias aproximaciones posibles a estas preguntas.

Cabe, por una parte, sostener (Hassemer, 2011) que la pretensión de construir un concepto de libertad común a todas las ciencias constituye un «error categorial»; existe una pluralidad de conceptos de libertad propios de las distintas ciencias, que dependen de la estructura, los paradigmas, el método y los instrumentos de cada una, sin que ninguno pueda considerarse hegemónico. De este modo, el concepto de libertad presupuesto en el ordenamiento jurídico y validado en la práctica por las resoluciones judiciales se apoya tanto en el fundamento normativo de nuestra comunicación como en nuestro trato social, en nuestro reconocimiento mutuo como personas con dignidad y, por tanto, en razones sociales y no biológicas. Ni la impugnación ni la conjeturable alteración biológica de nuestras capacidades serían, desde esta perspectiva, aptas por sí mismas para falsar el concepto de libertad subyacente a la dogmática penal: ello sólo se produciría en la medida en que esa modificación biológica determinara una variación en el reconocimiento social intersubjetivo.

Sería también posible defender la inmunidad de la noción penal de culpabilidad frente a los embates procedentes de la alteración biológica o tecnológica de nuestras capacidades a través de su caracterización funcional. En tal caso, la necesidad de un control social que desarrolle una función de prevención general positiva (fundamento de una culpabilidad así definida) se presentaría en un plano distinto al efecto empírico que los avances científicos pudieran tener respecto de la capacidad de obrar de otro modo (Cancio Meliá, 2013). Cuestión distinta es hasta qué punto es legítimo —incluso correcto— seguir utilizando el

término «culpabilidad» para referirse a esta imputación personal en atención a necesidades de prevención general positiva o en qué medida estamos hablando ya de algo distinto.

Por último, cabría admitir que los progresos científicos pueden eventualmente determinar la necesidad de una nueva elaboración de la noción de culpabilidad, si bien parece claro que ese momento aún no ha llegado. Mientras tanto, cabe esperar que el sistema siga operando bajo la presuposición de la existencia de libertad, pero sin afirmar la inmunidad de las categorías penales a los avances del progreso científico. El Derecho penal ha manifestado una disposición abierta que llevó en su momento a tomar en cuenta las psicosis, las oligofrenias o las demencias como factores de exclusión o atenuación de la imputabilidad y que en la actualidad está permitiendo reabrir el debate sobre la responsabilidad penal, por ejemplo, de los psicópatas (Duff, 2010). No es descartable que la disponibilidad de una técnica que permita un «mejoramiento» moral (sin entrar en el debate sobre la precisión de esta denominación) como el descrito instigue una variación en la construcción del concepto de responsabilidad y, quizá esto con mayores posibilidades, determine una modificación en la cualidad de la respuesta jurídico-penal (a este asunto me referiré más adelante). No obstante, la trama de un sistema social como el actual y de un ordenamiento jurídico que (i) reconoce a la libertad la naturaleza de valor superior y que (ii) funda la idea de dignidad —también valor superior— en la posibilidad de obrar de otro modo, contribuyen a que, a mi juicio, resulte sumamente remota la emergencia, al menos, durante un periodo prolongado, de alteraciones biológicas o técnicas del comportamiento humano que acaben con la fundamentación normativa de nuestros juicios sobre la conducta ajena en una idea próxima a la libertad.

### 1.2. *Capacidad y responsabilidad. ¿existe una covarianza positiva entre estas dos variables?*

La posibilidad de un mejoramiento cognitivo o moral abre también la puerta a un segundo debate relativo no ya al fundamento de la culpabilidad, sino a su modulación.

En este sentido, como ya se apuntó antes, la responsabilidad penal es susceptible de modulación ante la presencia de situaciones que evidencian una reducción más o menos significativa de las capacidades cognitivas y volitivas. Además, la generalidad con la que se definen legalmente las causas a las que se asocia esa disminución de capacidad ha permitido la incorporación sucesiva de nuevas situaciones de las que se ha ido adquiriendo un conocimiento científico más preciso.

Ahora bien, ¿es posible afirmar, inversamente, que a una mayor capacidad debe anudarse la exigencia de una mayor responsabilidad? En otros términos, ¿puede tener la mejora en las capacidades cognitivas o morales alguna repercusión en la valoración de la imputabilidad? A este respecto, si bien lo usual es que el debate en el seno del movimiento transhumanista atienda al

«mercedimiento» o la «justicia» de los logros y premios alcanzados por el individuo (*cf.* Faber, Savulescu y Douglas, 2016) y no tanto el mercedimiento de los castigos o sanciones, algunos autores (Vincent, 2010) han propugnado la extensión de la covarianza positiva entre capacidad y responsabilidad también a los supuestos de incremento. No hay razón, según ellos, para que la correlación funcione sólo en una dirección.

En principio, parece difícil que el mejoramiento de las capacidades intelectivas y volitivas resulte relevante en el sistema español a efectos de la formulación del juicio de imputabilidad de los sujetos «mejorados», ya que, en nuestro ordenamiento, la imputabilidad se afirma desde el momento que el sujeto alcanza una mínima normalidad «normativa» en tales capacidades, sin que el disfrute de aptitudes superiores lleve aparejado un mayor nivel de exigencia en este ámbito.

Ahora bien, cabría formular una versión restringida de este argumento que tal vez podría tener más éxito: en el terreno concreto de la responsabilidad penal por imprudencia, ¿daría lugar la acreditación de unas mayores capacidades cognitivas o morales a una elevación del estándar de diligencia exigible al individuo mejorado?

Al abordar esta cuestión es preciso tener en cuenta que en España la responsabilidad penal por imprudencia está construida sobre la producción de un resultado lesivo objetivamente imputable a la conducta de un sujeto que, al realizar esta última, infringe un deber de cuidado, es decir, una norma de conducta que le obliga bien a abstenerse de realizar un comportamiento, bien a ejecutarlo en determinadas condiciones o de una forma específica. Dado el número potencialmente infinito de actuaciones peligrosas cuya ejecución está sometida a normas de conducta, no existe una determinación legal, expresa y completa de todas las exigencias que conforman el contenido de un concreto deber de cuidado. Son raras las situaciones en las que existe una ordenación minuciosa de las medidas en las que se plasma la realización cuidadosa de la conducta (la protocolización de actos médicos es un ejemplo en el que esta ordenación sí existe, pero tampoco en este caso la reglamentación es exhaustiva). Por el contrario, en la mayoría de las circunstancias la decisión acerca de si una acción peligrosa se ha ejecutado diligentemente requiere tomar en consideración criterios consuetudinarios y normas sociales que no han sido objeto de formalización.

Mayoritariamente se acepta que existe un deber de cuidado «objetivo» que recae sobre cualquier sujeto que pretende realizar una acción, con independencia de su preparación o de su cualificación individual. No obstante, algunos autores plantean que, por lo menos en ciertas situaciones, tanto los conocimientos especiales como la propia capacidad individual deben funcionar como criterio para determinar la intensidad del deber de cuidado de cada sujeto, de forma que tal deber varíe de una persona a otra (sería un deber, en cierta medida, «subjetivo»). Así, en España, Mir Puig (2015) propugna específicamente que quienes poseen unas aptitudes especiales notablemente superiores a las del resto de sujetos infringen el deber de cuidado si, de forma voluntaria

(«conscientemente»), no ponen al servicio de su actuación esas capacidades (en Alemania, en sentido similar, Roxin, 1997). El ámbito particular en el que esta discusión se ha manifestado de forma más agitada ha sido el de los profesionales de la medicina: a la consideración tradicional en nuestra jurisprudencia (al menos, desde la sentencia de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982, RJ 1982/4693) acerca de que «una infracción grave en que incurre un médico recién salido de la facultad o un médico rural puede no tener trascendencia penal, que sí puede tenerla, en cambio, una leve infracción de un cirujano famoso rodeado de ayudantes y medios técnicos abundantes», se unen opiniones doctrinales que acogen la idea de la necesidad de modular subjetivamente el deber de cuidado en términos próximos a los señalados por Mir Puig (*vid.*, por ejemplo, Hava García, 2001 y Guisasola Lerma, 2005).

Aunque se trata de una tesis discutible —pues resulta controvertido calificar como «infractora» la actuación de quien obra dentro del margen de permiso objetivo para realizar una actividad peligrosa—, ésta aparece, sin duda, como una vía prometedora para quienes persiguen fundamentar una propuesta dirigida a demandar una mayor responsabilidad —cuando menos, en estos casos— a sujetos mejorados que disfruten de capacidades individuales especiales.

### 1.3. *Obligación legal de mejoramiento y obrar imprudente*

En otro orden de cosas, cabe plantear si la puesta a disposición de medios que permitan mejorar capacidades humanas que juegan un papel reseñable en la tutela de bienes jurídicos o en el control de riesgos puede llegar a generar una obligación de comportamiento —dirigida a quienes ocupan posiciones de garante— consistente en procurarse ese mejoramiento. Podría ser éste el caso de quienes desarrollan actividades que exigen un alto nivel de concentración y reflejos (conductores, pilotos, cirujanos, etc.) que pudieran resultar incrementados como consecuencia de una mejora permanente o temporal (en el caso más simple, mediante el consumo puntual de psicofármacos como *Ritalin* o *Modafinil*, aunque podría contemplarse el empleo de otras técnicas como la estimulación cerebral transcraneal). Si —como señalan Maslen, Santoni de Sio y Faber (2015)— en ausencia de una conducta dirigida a dicho mejoramiento, se produjera un resultado lesivo que hubiera sido evitable de haber tenido lugar aquél, ¿cabría hablar de una posible imputación de responsabilidad penal por la producción imprudente del resultado?

Como se acaba de indicar, en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal por el actuar imprudente se fundamenta en la causación de un resultado lesivo objetivamente imputable a una conducta del sujeto que infringe un deber de cuidado que recae sobre él. La situación que puede servir de base para el debate sería la producción de un resultado lesivo imputable a una acción o a una omisión que no se ajustan a la expectativa normativa de conducta que recaía sobre el sujeto (por ejemplo, un médico que realiza una intervención de forma poco precisa) a causa de un factor —como la fatiga— que podría haber

desaparecido, en términos de causalidad hipotética, de haber tenido lugar la conducta determinante de la mejora de las capacidades del sujeto.

En cierto sentido, la resolución de este supuesto es relativamente trivial, ya que si se puede afirmar que la conducta realizada infringe la norma de cuidado, surge en cualquier caso la responsabilidad penal por imprudencia, siempre, claro está, que el resultado lesivo sea imputable a esta infracción. Ahora bien, en un segundo nivel de análisis, cabría defender que la determinación del deber de cuidado tiene que valorar las circunstancias del lugar, tiempo y personas, y, por consiguiente, que, en una situación de fatiga derivada de un prolongado periodo de trabajo, esa torpeza no constituye una infracción del deber de cuidado (en el entendimiento de que la infalibilidad no resulta exigible en ningún aspecto de la vida social). Del mismo modo, cabría discutir si, por la complejidad inherente a la actuación, la relativa imprecisión del médico puede no suponer un incumplimiento del estándar de conducta diligente, aun cuando el resultado lesivo pudiera haberse evitado de haber gozado el sujeto de una capacidad (de atención, por ejemplo) incrementada por el consumo de una sustancia.

En estos dos últimos casos, si se asume que la realización de la conducta del sujeto se ajusta al estándar exigible en el caso concreto (contemplando déficits de capacidad derivados de factores como el cansancio derivado de un exceso de trabajo) o que su comportamiento satisface el estándar de diligencia para una capacidad no mejorada, la única actuación que, en hipótesis, podría calificarse como infracción del deber de cuidado sería, en sí misma, la abstención de acrecentar las propias capacidades. Se trataría de supuestos con cierto grado de similitud con las situaciones de *actio libera in causa* ligadas a una conducta omisiva, en la medida en que el propio sujeto se hallaría, por una omisión, en una situación en la que sus posibilidades de evitar la producción del resultado no son óptimas. La polémica estriba, en mi opinión, en la viabilidad de afirmar el carácter obligatorio de la actuación encaminada a mejorar la capacidad propia, pues, en ausencia de una obligación con este contenido, la abstención de ejecutar la acción dirigida a procurarse la mejora no sería calificable como una omisión.

El establecimiento de una obligación de mejora de estas características (bien en términos generales, bien en circunstancias concretas —por ejemplo, las del cirujano cansado que, en una situación dada, es el único que puede realizar la intervención profesional—) podría tener lugar bien mediante su incorporación a protocolos escritos, bien a través de su generalización consuetudinaria como parte de la *lex artis* propia de la profesión. Es evidente que hoy en día no existe aún en nuestro entorno una obligación de este cariz (como señalan Goold y Maslen [2014<sup>a</sup>, 2014<sup>b</sup>], la falta de certeza absoluta acerca de la ausencia de efectos secundarios y los modestos efectos de mejora juegan, sin duda, un papel relevante a este respecto), pero no parece descartable que pueda surgir en un futuro próximo. Para ello, no obstante, habrá que examinar (y, en su caso, sortear) el conflicto con el derecho constitucional a la libertad del artículo 17 de la Constitución Española o, si se admite como parte integrante del derecho constitucional a la integridad física del artículo 15 del texto constitucional, con

el derecho a la intangibilidad corporal. No es descartable, incluso, que pueda ser objeto de consideración en este debate el derecho a la dignidad personal del artículo 10 de la Constitución Española.

Conviene, finalmente, tener presente que este tipo de obligaciones de mejora de la propia capacidad se encuentran no sólo establecidas normativamente, sino también aceptadas socialmente cuando su objeto es la superación de «déficits»; cabe pensar en la obligación de utilizar gafas o de consumir determinada medicación que habilite para conducir a personas que padecen ciertas enfermedades (*cf.* Santoni de Sio, Faumüller y Vincent, 2014). Es ésta una instancia más en la que se pone de manifiesto el distinto trato que se da en el debate ético y en el legal a los casos de «curación» y a los de «mejoramiento», pese a las dificultades que se aprecian para la fijación de una frontera semántica nítida entre ambos términos.

#### *1.4. La beligerante reacción del vigente derecho penal español frente a las conductas de mejoramiento humano*

Aunque suponga abandonar por un momento los aspectos centrales de esta reflexión (la incidencia del transhumanismo en la culpabilidad penal y en la peligrosidad criminal), creo que merece la pena subrayar que, si dirigimos la mirada a la consideración que las técnicas de mejoramiento han recibido en el texto punitivo español, debe reconocerse que la reacción de éste ha sido hasta ahora —seguramente como fruto de la cautela— señaladamente combativa con el mejoramiento humano, existiendo sanciones penales expresas para algunas conductas orientadas a este propósito. Es muy significativo a este respecto que los primeros estudios monográficos sobre la materia en nuestro país (Romeo Casabona, 2013) tuvieran por objeto principal la evaluación de la medida en que la aplicación de las técnicas de mejora podía dar lugar a la imputación de responsabilidad penal, incluso en los casos en los que el individuo mejorado presta su consentimiento.

A efectos puramente ilustrativos y sin posibilidad de afrontar un estudio individualizado de cada uno de ellos, cabría mencionar los siguientes ejemplos:

##### a) Dopaje deportivo

El rechazo de las técnicas de mejoramiento físico en el ámbito deportivo se plasma en el artículo 362 quinquies del Código Penal, que castiga con penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años, a quienes «sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas (...) sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro su vida o su salud». Es apreciable

cómo el reproche penal de la conducta está conectado con el peligro para la vida o la salud y resulta ajeno a las objeciones morales, sociales y antropológicas que habitualmente se formulan frente a las propuestas de mejoramiento; a este respecto, los escasos pronunciamientos judiciales que han tenido lugar sobre este delito explicitan que el bien jurídico tutelado no es la pureza de las competiciones deportivas, ni tampoco su transparencia.

#### b) Manipulación genética

En esta misma línea, es preciso también mencionar la sanción prevista en el artículo 159 del Código Penal (penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años) para quienes «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo».

Los autores que se han ocupado monográficamente de esta cuestión coinciden en sostener que el empleo del verbo «manipular» en este precepto apunta a su primera acepción, valorativamente neutra: «manejar una cosa o trabajar sobre ella con las manos o con algún instrumento», por lo que el engaño o la presencia de intereses ocultos no forma parte del tipo. La exclusión de la tipicidad se limita, pues, a la concurrencia de un elemento subjetivo (la finalidad de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves) que la doctrina dominante aconseja entender en términos muy restringidos, de manera que la finalidad terapéutica tenga por objeto específico al ser humano cuyos genes se manipulen. Ello determina la relevancia penal de conductas de manipulación genética dirigidas genéricamente a la disminución de enfermedades en el conjunto de la población, así como (Romeo Casabona, 2004) de «las prácticas perfectivas, de mejora o de eugenesia positiva». Algunos monografistas (*cfr.* Benítez Ortúzar, 1997) propugnan, de hecho la extensión de la tipicidad (incluso *de lege lata*, a partir de argumentos técnicos controvertibles) a los casos de incumplimiento de reglas propias de la *lex artis* profesional o de normales legales y/o reglamentarias aun cuando se aprecie una finalidad terapéutica en el sentido restringido que se ha descrito.

#### c) El delito de lesiones

Por último, merece la pena subrayar que la configuración del delito de lesiones en el ordenamiento español podría conducir a afirmar la relevancia penal de mejoras tecnológicas que, pese a determinar un incremento funcional neto en una valoración global, entrañaran la producción de una previa lesión al sujeto (cabe pensar, por ejemplo, en la sustitución de un ojo sano por una prótesis con mayores funcionalidades).

Aun cuando —pese a la disputa acerca de la identificación del bien jurídico tutelado en estos tipos— hay un acuerdo general acerca de la atipicidad de las mejoras para la salud que tienen lugar a costa de la integridad corporal (como

ocurre, por ejemplo, con la amputación de un miembro gangrenado), el sistema diseñado en los artículos 155 y 156 del Código Penal (en particular, la especificación de un *numerus clausus* de supuestos de atipicidad en este último) permite argüir el posible carácter delictivo, por ejemplo, de la sustitución de un miembro «natural» por un miembro artificial con una mayor utilidad, y ello incluso de existir consentimiento informado del sujeto mejorado.

En este sentido, es cierto que se suele predicar la atipicidad de algunas operaciones de cirugía estética que parecen limítrofes al supuesto aquí planteado (por ejemplo, cuando se sustituye una dentadura natural deslucida, pero capaz de desempeña perfectamente su labor, por una dentadura postiza). No obstante, el efecto meramente atenuatorio que el artículo 155 del Código Penal atribuye a la libre disposición de la salud —configurándolo, de este modo, como un bien jurídico parcialmente indisponible—, no permite afirmar con certeza que el reemplazo no curativo de miembros naturales por miembros artificiales resida extramuros del Derecho penal, incluso cuando tal reemplazo cuenta con el consentimiento informado del titular del citado bien jurídico.

## 2. TRANSHUMANISMO Y DETERMINACIÓN DE LA RESPUESTA PENAL

Como se anticipó al inicio, el examen completo de los desafíos que el transhumanismo presenta al Derecho penal obliga a considerar no sólo su posible repercusión en el juicio de imputación de responsabilidad penal, sino también en la fijación de las consecuencias asignadas a los responsables penales y en el proceso de ejecución de aquéllas. En este aspecto del debate, la discusión recae de modo preferente sobre el segundo elemento del binomio contemplado (peligrosidad criminal) y la perspectiva se focaliza principalmente en las tecnologías susceptibles de mejorar las aptitudes emocionales y motivacionales del ser humano y no tanto en las que podrían incidir en su capacidad cognitiva. Ciertamente, la eventual disponibilidad de medios biológicos o tecnológicos que pudieran afectar de modo significativo a la motivación de un sujeto podría impulsar el resurgimiento de propuestas próximas a las de la Escuela positiva italiana; esto es, a una explicación predominantemente biológica del fenómeno delictivo y, como consecuencia, a un enfoque eminentemente terapéutico del Derecho penal.

En las filas transhumanistas, estas tesis parten de la premisa (Persson y Savulescu, 2016; Douglas, 2014b) de que la actuación moral, si bien presupone un juicio moral correcto, puede verse incrementada en su frecuencia o en su intensidad si se aumenta la «motivación moral» del sujeto, «motivación» que, en aspectos como la capacidad empática o el altruismo, puede tener un sustrato biológico sobre el que es posible operar. Estos autores invocan en su apoyo la existencia de estudios empíricos que han comenzado a poner de manifiesto la presencia de bases neurológicas tanto de la tendencia hacia comportamientos

agresivos o impulsivos como de la reducción de la capacidad empática que resulta sintomática de algunos trastornos de la personalidad.

Si estas premisas demuestran ser correctas, cabría plantear la posibilidad de someter a los responsables penales a procesos de mejoramiento (consistentes, por ejemplo, en el suministro de fármacos) que modificaran de forma relativamente expedita sus capacidades volitivas convirtiendo al sujeto en apto para desarrollar su vida con respeto a la ley penal, bien como medida inserta en un tratamiento penitenciario voluntario asociado a la reducción de la restricción de libertad propia de la pena de prisión impuesta o a la sustitución de esta última, bien como medida de seguridad obligatoria, es decir, como tratamiento compulsivo complementario o alternativo a la pena de prisión.

La respuesta a la pregunta por la legitimidad de imponer estatalmente un tratamiento de estas características es usualmente negativa; no obstante, creo que muchas de las objeciones que habitualmente se formulan tienen un componente altamente intuitivo y no está de más indagar de forma más incisiva por el posible fundamento de la desaprobación. No hay que olvidar que la comisión del delito se anuda en nuestros ordenamientos a la legitimidad estatal para la imposición de una restricción muy severa de la libertad ambulatoria a través de penas de prisión (o de medidas de internamiento, en el caso de los inimputables) que, en los casos más graves, pueden llegar a tener un carácter indefinido. Siendo esto así, ¿cuál es la causa de la resistencia —enérgica— a admitir que la comisión de un delito pueda comportar también una restricción de esta dimensión no ambulatoria de la libertad? ¿Tiene la autonomía para negarse a consumir un fármaco —que, en principio, no resulta perjudicial para la salud— un rango superior (como derecho distinto o como manifestación distinta del mismo derecho) a la libertad ambulatoria? ¿Cuál sería el fundamento de esa superioridad jerárquica?

A priori, cabría especular con un mayor riesgo de daño psicológico, pero lo cierto es que los datos que arrojan los estudios empíricos acreditan que la privación prolongada de libertad ambulatoria no es precisamente inocua a este respecto (*vid.*, para una muy reciente presentación del estado de la cuestión, Moreno/Bueno Guerra, 2018).

Así misma, podría apuntarse la posibilidad de que una intromisión en la psique del sujeto entrañara una mayor injerencia en su libertad individual o en su autonomía (entendida como *agency*), en la medida en que tal intrusión afecta, a diferencia de las restricciones puramente externas, a la «raíz» de la libertad.

En esta línea, algunos autores concluyen que no es sólo la libertad lo que está en juego en estas situaciones, sino, cumulativamente, otro derecho distinto próximo a la integridad —o, mejor, a la intangibilidad— corporal (Douglas, 2014b). Este problemático derecho subjetivo, independiente del derecho a la salud, ha sido descrito por Merkel (2013) como un derecho a la «autodeterminación mental» y por Bublitz (2013) como un derecho a la «libertad cognitiva y mental» que faculta al sujeto tanto para optar por la aplicación de técnicas de mejora de su capacidad psíquica como para negarse a someterse a ellas.

En todo caso, aun de admitirse la construcción y el rango constitucional de este derecho a la libertad o a la autonomía mental, seguiría siendo necesario explicitar la razón por la que se le debiera atribuir un grado de intangibilidad mayor al de otras manifestaciones de la libertad intensamente limitadas en la actualidad como consecuencia de la comisión de delitos. Tal vez, una posible senda de respuesta sería la invocación del vínculo entre este derecho a la autonomía mental y la dignidad personal como valor superior del ordenamiento constitucional, aunque como señala Merkel, resulta difícil admitir como objeto del derecho a la dignidad humana «evitar facultades mentales más elevadas que las actuales».

Como ha señalado Vincent (2014), la hipótesis manejada genera también problemas de orden ontológico a la hora de afirmar la identidad entre el sujeto «mejorado» y el sujeto, autor del delito, previo al proceso de mejora. ¿Hasta qué punto afecta un proceso de mejora de la capacidad moral o emocional a la identidad personal del sujeto y a su «autenticidad»? ¿La persona «tratada» y «mejorada» es significativamente distinta desde una perspectiva cualitativa a la que cometió el delito? Si así fuera, cabría preguntarse no sólo si tiene sentido el castigo de un sujeto que cometió el castigo previamente a la mejora, pero que ya ha sido objeto del tratamiento, sino si, como plantea Vincent, el sujeto es el mismo «en términos de responsabilidad» (y, por tanto, debe responder por acciones ejecutadas antes del tratamiento) o si sólo es el mismo «centro de imputación». En este orden de cosas, resulta también controvertible la medida en que pueden imputarse personalmente los actos realizados por el sujeto con posterioridad al proceso de mejora cognitiva o moral, pues no sería, en principio, descartable que las personas responsables de la decisión y ejecución del proceso de mejora pudieran adquirir alguna responsabilidad respecto de la conducta futura del sujeto sometido al mismo. En términos más radicales, cabría incluso debatir hasta qué punto el sometimiento a un procedimiento de este tipo afecta precisamente a la capacidad del sujeto de ser calificado en el futuro como «responsable» en un sentido jurídico.

Aunque no puede ser esta reflexión el lugar adecuado para responder de forma detallada a todas estas cuestiones, creo que sí es posible apuntar algunas ideas que, a mi juicio, deben estar presentes en la deliberación sobre aquéllas:

- a) Por una parte, el planteamiento del problema en los términos descritos evoca una idea de «autenticidad» que deberá ser puesta en cuestión y que puede resultar excesivamente forzada si se desliza hacia posiciones extremas como las que caracterizan las patologías psíquicas como un elemento integrante de la identidad mental del sujeto.
- b) Seguramente, una parte del esfuerzo argumentativo debería centrarse en describir las diferencias apreciables entre el mejoramiento moral biotecnológico y el mejoramiento moral alcanzando a través de una terapia «convencional». Ello conduce a interrogarse por la diversidad de medios empleados, por la propiedad con la que se pueden calificar unos y otros

de más o menos «artificiosos» y por las consecuencias deducibles de esta calificación (*cfr.* la discusión en Douglas, 2008). A este respecto, criterios como los que menciona Vincent (la mayor o menor participación del sujeto en el proceso o el carácter paulatino de este último, que favorece la «continuidad psicológica» del sujeto) pueden resultar, a mi juicio, muy productivos.

- c) Por otro lado, es evidente que este enfoque enfatiza hasta el extremo una justificación de la pena de carácter preventivo-especial y de corte terapéutico, que desdeña (o, cuando menos, excluye) el valor comunicativo de la sanción penal, que formaliza la censura de la conducta, conecta al reo con los valores defendidos por el ordenamiento penal y aparece reconocido como un elemento fundamental de la función de la pena tanto en posiciones netamente liberales (Nozick, 1981) como comunitaristas (Duff, 2001).
- d) Y, en todo caso, se revela en este debate el carácter borroso de la frontera entre curación y mejora que entrevera de modo generalizado la discusión teórica sobre los propósitos del movimiento transhumanista. No es trivial, a este respecto, que, precisamente en este ámbito (uno de los más explorados en la zona de intersección entre transhumanismo y Derecho), se delibere acerca del empleo de técnicas teóricamente de «mejora», pero que constituyen, en el fondo, un tratamiento dirigido a la terapia, a la corrección de lo que se considera un «déficit» de personalidad del sujeto.

Éstas son sólo algunas de los posibles interrogantes que, a mi entender, la eventual consecución de los propósitos transhumanistas puede ir presentando al Derecho penal. En la medida en que ello no determine la relegación de las cuestiones perentorias que reclaman justificadamente nuestra atención en el momento presente, creo que es pertinente comenzar a explorar anticipadamente posibles respuestas a los mismos.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benítez Ortúzar, I. F. (1977). Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana. Madrid: Edersa.
- Bublitz, C. (2013). «My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept», en: Hildt, E., Francke, A. (eds), *Cognitive Enhancement*, Springer, pp. 233-264.
- Cancio Meliá, M. (2013). «Psicopatía y Derecho penal: algunas cuestiones introductorias», en: *Neurociencias y Derecho Penal*, Demetrio Crespo (Dir.). Madrid: Edisofer, pp. 529-546.
- Douglas, T. (2008). «Moral Enhancement», en: *Journal of Applied Philosophy*, 25, 3, pp. 228-245.
- . «Moral bioenhancement, freedom and reasoning», en: *Journal of Medical Ethics*, 40, 6, 2014, pp. 359-360.

- . «Criminal rehabilitation through medical intervention: moral liability and the right to bodily integrity», en: *The Journal of Ethics*, 18, 2014, pp. 101-122.
- . «Enhancing moral conformity and enhancing moral worth», en: *Neuroethics*, 7, 2014, pp. 75-91.
- Duff, A. (2001). «Punishment, communication and community». Oxford: Oxford University Press.
- (2010). «Psychopathy and answerability», en: *Responsibility and Psychopathy*. New York: Oxford University Press, pp. 199-212.
- Faber, N. S., Savulescu, J. y Douglas, T. (2016). «Why is cognitive enhancement unacceptable? The role of fairness, deservingness, and hollow achievements», en: *Frontiers in Psychology*, 7, 232, pp. 1-12.
- Gómez Lanz, J. y Halty Barrutieta, L. (2016). «Impacto del avance de las neurociencias en la imputabilidad jurídico-penal del sujeto psicópata», en: *Derecho y Salud*, 26, pp. 81-92.
- Goold, I. y Maslen, H. (2014). «Must the surgeon take the pill? Negligence Duty in the context of cognitive enhancement», en: *The Modern Law Review*, 77, 1, pp. 60-86.
- Goold, I. y Maslen, H. (2014). «Obliging surgeons to enhance: negligence liability for uncorrected fatigue and problems with proving causation», en: *Medical Law Review*, 23, 3, pp. 427-454.
- Guisasola Lerma, C. (2005). La imprudencia profesional. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hassemer, W. (2001). «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», en: *InDret*, pp. 1-14.
- Hava García, E. (2001). La imprudencia médica. Valencia: Tirant lo blanch.
- Jefferson, W., Douglas, T., Kahane, G. y Savulescu, J. (2014). «Enhancement and civic virtue», en: *Social theory and practice*, 40, 3, pp. 499-527.
- Maslen, H., Santoni de Sio y F., Faber, N. (2015). «With cognitive enhancement comes great responsibility?», en: *Responsible innovation*, 2, pp. 121-138.
- Merkel, R. (2013). «Nuevas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición mental humana y límites del derecho penal», en: *Neurociencias y Derecho Penal*, Demetrio Crespo (Dir.). Madrid: Edisofer, pp. 71-104.
- Mir Puig, S. (2015). Derecho Penal. Parte General, 10ª ed.
- Moreno, C. y Bueno Guerra, N. (2018). «Consecuencias psicológicas del encarcelamiento de larga duración y propuestas de mejora», paper presentado al XI Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense.
- Nozick, R. (2001). Philosophical explanations. Cambridge: Harvard University Press.
- Persson, I. y Savulescu, J. (2016). «Moral bioenhancement, freedom and reason», en: *Neuroethics*, 9, pp. 263-268.
- Romeo Casabona, C. (2004). Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Granada: Comares.
- «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias», en: *Neurociencias y Derecho Penal*, Demetrio Crespo (Dir.). Madrid: Edisofer, 2013, pp. 161-184.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General, Tomo I, trad. Luzón Peña, D. M. (Dir.), 2ª ed. Madrid: Civitas.
- Santoni de Sio, F., Faulmüller, N., Vincent, N.A. (2014). «How cognitive enhancement can change our duties?», en: *Frontiers in Systems Neuroscience*, 8, 131, pp. 1-4.
- Vincent, N. (2010). «On the relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility», en: *Criminal Law and Philosophy*, 4, pp. 77-98.

«Restoring responsibility: promoting justice, therapy and reform through direct brain intervention», en: *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014, pp. 21-42.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General, Tomo I, trad. Luzón Peña, D. M. (Dir.), 2ª ed. Madrid: Civitas.

Wikler, D. (2009). «Paternalism in the age of cognitive enhancement: Do civil liberties presuppose roughly equal mental ability?», en: *Human Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, pp. 341-355.

Universidad Pontificia Comillas-ICADE  
jglanz@comillas.edu

JAVIER GÓMEZ LANZ

[Artículo aprobado para publicar en febrero de 2022]

Este artículo responde a la ponencia tenida en las Jornadas sobre *Transhumanismo*, que tuvieron lugar en la Universidad Comillas, Escuela Técnica Superior de Ingeniería, Cátedra Hana y Francisco José Ayala de Ciencia, Tecnología y Religión, los días 29 al 31 de mayo de 2019.