

APORTACIONES DE LAS NEUROCIENCIAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA*

CONTRIBUTIONS OF NEUROSCIENCE TO RESTORATIVE JUSTICE

Pedro Jesús Antequera Jiménez
Abogado / Profesor
Universidad de Alicante (España)

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2022.

Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2023.

RESUMEN

Este trabajo plantea una propuesta de la aplicación de la mediación en el proceso penal, teniendo en cuenta los últimos avances en los conocimientos científicos aportados por las Neurociencias al referirse a la fundamentación del Derecho penal. La novedad consiste en que las Neurociencias apuestan por el tratamiento neurológico como principal forma de prevención especial como respuesta penal; sin embargo, considero que la justicia restaurativa, en general, y la mediación penal, en particular, puede ser una alternativa a este tratamiento sin que ello desvirtúe los fines de la pena a los que estas teorías se refieren.

ABSTRACT

This work presents a proposal for the application of mediation in criminal proceedings, taking into account the latest advances in scientific knowledge provided by Neurosciences when referring to the foundation of criminal law. The novelty is that the Neurosciences are committed to neurological treatment as the main form of special prevention as a criminal response; however, I believe that restorative justice, in general, and penal mediation, in particular, can be an alternative to this treatment without undermining the purposes of the sentence to which these theories refer.

* 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 \(RTI2018-097838-B-I00\)](#).

PALABRAS CLAVE

Derecho penal, Neurociencias, Neuroderecho, Justicia Restaurativa, Mediación.

KEYWORDS

Criminal Law, Neurosciences, Neurolaw, Restorative Justice, Mediation.

ÍNDICE

1. NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL. 2 LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL MEDIANTE LA PREVENCIÓN. 3. RELEVANCIA DE LAS NEUROCIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 3.1. Aparición de la justicia restaurativa. 3.2. Hacia un modelo restaurativo como forma de prevención especial. 3.3. La justicia restaurativa en psicopatías. 4. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. NEUROSCIENCE AND CRIMINAL LAW. 2 THE FOUNDATION OF CRIMINAL LAW THROUGH PREVENTION. 3. RELEVANCE OF NEUROSCIENCE IN THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE PRACTICES. 3.1. Emergence of restorative justice. 3.2. Towards a restorative model as a form of special prevention. 3.3. Restorative justice in psychopathies. 4. BIBLIOGRAPHY.

1. NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL

Tal y como refiere PÉREZ MANZANO, en el año 2004 un grupo de relevantes científicos alemanes publicaron un manifiesto sobre la relevancia de los avances científicos en el campo de la neurociencia y las repercusiones que éstos iban a tener en distintos sectores del saber, entre los que se encuentran el Derecho penal, especialmente en el fundamento mismo de la responsabilidad penal y de la pena. Según esta autora, las neurociencias llegan a la conclusión de que el ser humano no actúa de forma libre y voluntaria.

Según esta autora estas teorías vienen a dar en la línea de flotación de la concepción retributiva del Derecho penal como fundamento de la atribución de la responsabilidad penal por la comisión de delitos y de la imposición de penas a sus autores. El fundamento de la imposición de una pena por la vulneración del bien jurídico protegido viene determinado por el hecho de que el autor podría haber evitado el delito, es decir, podría haber actuado de otra manera a como lo hizo, y por eso se le castiga. Si, por el contrario, el autor no hubiera podido controlar su conducta no se le podría imputar reproche penal alguno, ni merecería sanción por cuanto su imposición sería injusta desde la propia perspectiva retributiva. Por tanto, la principal consecuencia

de estos postulados neurocientíficos es que el Derecho penal debe de encontrar un fundamento para imposición de penas que sea ajeno a la concepción retributiva si no quiere incurrir en irracionalidad¹.

Ahora bien, como recalca FEIJOÓ SÁNCHEZ, los neurocientíficos citados consideran que las decisiones que toman los seres humanos no son en última instancia libres, sino que se deben a unos condicionantes múltiples sin que la consciencia los pueda controlar. Por ello, las decisiones por ellos adoptadas se deben a una explicación científica y, por tanto, causal. De esta manera el ser humano puede adoptar decisiones, pero lo hace en virtud de esos fundamentos. Por tanto, esas críticas afectan a la teoría de la culpabilidad, negando la existencia del “libre albedrío”. “No se trata tanto de si las personas hacen lo que han decidido, sino más bien de porqué han decidido en un determinado sentido”².

Como consecuencia de lo anterior, apunta PÉREZ MANAZANO que se ha de reformar el concepto de culpabilidad tradicional y el modelo de fundamentación de la pena, adaptándolos a los nuevos conocimientos, sin que ello haga peligrar el Derecho penal por la desaparición de su actual concepción retributiva, ni la desaparición de las penas. En este sentido, los neurocientíficos apuestan por la prevención, en vez de por la retribución. Concretamente, defienden la prevención especial y sobre todo el “tratamiento neurológico” como forma de lucha contra el delito³.

De esta manera, la citada autora admite que el Derecho penal no puede vivir al margen de las Neurociencias, pues los datos que aportan son esenciales para comprender la generación de la conducta de los ciudadanos que hayan delinquido y, de esta manera, imponer la pena que corresponda, o, en su caso, evitar la generalidad delictiva, al intimidar o al reafirmar el ordenamiento jurídico⁴.

Además de estas consideraciones, habría que añadir la gran incongruencia que respecto de la culpabilidad, según DEMETRIO CRESPO, existe en el Derecho penal al excluir la culpabilidad del autor ante graves déficits psíquicos de éste por considerarlos casos inimputables y, sin embargo, se castiga más gravemente a los autores cuando se trate de delitos violentos que, empíricamente, han demostrado problemas mentales relevantes. De esta manera, considera el meritado profesor, siguiendo a otros autores, que mientras en algunos casos los déficits cerebrales se pueden probar y con ello declarar a los sujetos inimputables, en otros casos en los que no se pueda demostrar se declaren sin más culpables, cuando éstos pudieron actuar de otro modo. Además, se vulneraría el principio *in dubio pro-reo*, derivado del derecho fundamental a la presunción de inocencia, además de vulnerar la prohibición de la arbitrariedad por parte de los tribunales al adoptar estas decisiones⁵.

¹ Pérez, M. (Abril, 2011). Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. InDret, Revista para el análisis del Derecho, 2-3.

² Feijoó, B. (Abril, 2011). Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? InDret, Revista para el análisis del Derecho, 6.

³ Pérez, M. (Abril, 2011). Fundamento y fines ... *Ob. Cit.*, 4.

⁴ *Ibidem*, 8.

⁵ Demetrio, E. (enero/junio 2017). Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y Derecho penal. Revista Justiça e sistema Criminal, 9 (16), 121-122.

Ahora bien, señala RUDOLPH que, “la imposición y ejecución de la pena sólo aparecen como necesarias y justificadas en principio, en el caso de que el autor haya puesto en cuestión la vigencia de la norma mediante una infracción que para él fuera personalmente evitable”⁶. Todos estos presupuestos, en opinión de RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, cuya presencia deberá comprobarse en el juicio de culpabilidad, son fundamentales para que la pena cumpla los efectos de prevención general y especial que se le deben exigir, para poder aplicarla a todo sujeto cuyo comportamiento hubiera sido posible evitar, teniendo en cuenta, en todo caso, que ésta ha de ser proporcionada a la concreta medida de culpabilidad⁷.

Así, afirma ROMERO FLORES que las neurociencias pueden servir de base a modelos preventivos de la culpabilidad, además de favorecer una ampliación de las causas de exclusión de la responsabilidad penal y de circunstancias atenuantes, pero, sobre todo, mejora en la actividad probatoria en la que serán fundamentales los conocimientos científicos en este aspecto a los efectos de fundamentación de causas de inimputabilidad, así como clarificar los factores que inciden en la adopción de conductas humanas⁸.

Considera esta autora que la fundamental aportación de las neurociencias es la “humanización” del Derecho penal, cuando éstas se refieren a situaciones de plena imputabilidad, ofreciendo respuestas comunicativas más relevantes frente al delito, y, de esta manera, se refuerzan los procesos socializadores, que se extenderían a aquellos sujetos cuyas características personales (como son los psicópatas primarios) o por su entorno social, podrían quedar al margen de la socialización⁹.

2. LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO PENAL MEDIANTE LA PREVENCIÓN

PÉREZ MANZANO considera que existen argumentos que defienden la compatibilidad de la prevención general de intimidación con las tesis deterministas de las Neurociencias, sin embargo, existen dudas respecto de la prevención general positiva. En el primer caso, en tanto en cuanto, la evitación de conductas delictivas que acarreen la imposición de una pena es compatible con la tesis determinista. Sin embargo, los que defienden la prevención general positiva parten de la base de la libertad del ser humano. Así sostiene que la comunicación, que sólo es comprensible en un plano social y normativo, exige que la persona sea libre, como portador de derechos y deberes y destinatario de expectativas normativas. En este sentido, la “reafirmación del ordenamiento jurídico, la fidelidad al Derecho, la integración social derivada de la sanción penal justa, no son efectos alcanzables en meros entes biológicos; no

⁶ Rudolph, H.J. (1991). El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. En Schünemann, B (Comp.). El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Traducido y anotado por Jesús María Silva Sánchez (84). Madrid. Tecnos.

⁷ Rodríguez, S. (julio-diciembre 2017). Neurociencias y Derecho penal: una visión compatibilista actualizada. Revista Justiça e Sistema Criminal, 9 (17), 114.

⁸ Romero, B. (2015). Las neurociencias frente a la función de la pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. LXVIII, 351-352.

⁹ *Ibidem*, 353.

constituyen efectos físicos en un mundo físico, sino efectos sociales en un mundo de comunicación entre agentes morales, que dirigen su conducta conforme a reglas.”¹⁰

En cuanto a la prevención especial como opción de fundamentación del Derecho penal, la mayoría de los neurocientíficos se han posicionado a favor de la utilización de medidas especiales de tratamiento terapéutico neurológico. Esta posición viene a reflejar que, dado que el delito es fruto de determinantes individuales neurológicos dependientes de la genética y el entorno social, los delincuentes se les ha de aplicar ese tratamiento en lugar de la imposición de una pena.

Sin embargo, PÉREZ MANZANO¹¹ opina que existen diversas dudas sobre esta propuesta que se detallan, resumidamente, a continuación.

Por un lado, no se comprende que el asesoramiento al tribunal para la imposición del tratamiento adecuado por parte del “panel de expertos” no se ocupe de asesorar sobre el estado mental y sobre las necesidades de tratamiento de todos los delincuentes y no solo a algunos de éstos. Tampoco da solución sobre el contenido y fin de la pena de los delincuentes a los que no les sea posible, o conocido, un tratamiento eficaz.

De otra parte, el Derecho penal basado en el juicio de peligrosidad tiene tantos o más déficits empíricos que el que se sustenta en la libertad de la persona, pues no se conocen hasta la fecha todos los factores, ni el funcionamiento de estos, que pueden condicionar al ser humano a la actuación delictiva. Además, los estudios realizados han producido avances en la mejora de pronósticos genéricos, no así en los individuales, lo cual no es trasladable, por esta razón, considera la referida autora que, mientras ello no sea posible, la sustitución de retribución por prevención especial no aporta racionalidad científica.

En otro sentido, apunta la citada autora que las objeciones científicas no son las más relevantes para la prevención especial, sino que serán las valorativas, que se contienen en los Códigos penales y los principios que fundamentan el Estado de Derecho, tales como la relevancia del bien jurídico protegido, la gravedad del hecho, de la modalidad de ataque y el grado de participación del sujeto en el mismo. Es decir, el Derecho penal relativo a la prevención especial está orientado al delincuente y no al delito, las características del autor ni al grado de participación en los hechos.

La última duda que alberga la citada autora respecto de esta cuestión es la relativa a la voluntariedad del delincuente a los efectos de que le sea impuesto un tratamiento. Es decir, una pena se puede imponer coercitivamente por el Estado, en virtud del principio del *ius puniendi*; sin embargo, la imposición de un tratamiento neurológico requiere la voluntariedad del afectado, pues, en caso contrario, atentaría contra “la identidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad de trato y la propia dignidad humana”, amén de situarse en una posición de “superioridad moral que no se aviene con la libertad ideológica”.

¹⁰ Pérez, M. (Abril, 2011). Fundamento y fines... *Ob. Cit.*, 14.

¹¹ *Ibidem.* 20-25.

3.1. RELEVANCIA DE LAS NEUROCIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LAS PRÁCTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1. Aparición de la justicia restaurativa

Durante los años setenta del pasado siglo y coincidiendo con la detección del descontento de los ciudadanos con la administración de justicia, ante las quejas generalizadas por su funcionamiento respecto de la neutralización de la víctima dentro del proceso penal y la falta de eficacia respecto de la prevención delictiva, se comenzaron a analizar las posibles soluciones a esta situación, entre ellas, la sustracción del conocimiento de los tribunales de algunas controversias para remitirlas a órganos privados que actuaran en un procedimiento más flexible e informal.

Así, la aparición de las teorías abolicionistas supuso uno de los principales factores que explica la paulatina recuperación en el ámbito penal del modelo de Justicia restaurativa es la especial influencia que en Europa ejercieron las críticas dirigidas al sistema desde posicionamientos extremadamente críticos con el modelo de Derecho penal¹².

La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una evolucionada respuesta al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación¹³.

Como punto de partida, se suele aceptar la definición de MARSHALL, quien define la justicia restaurativa como el “proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”¹⁴.

De acuerdo con CHRISTIE, la justicia restaurativa es una teoría de justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva, busca superar la lógica del “castigo”, o la justicia basada “en el dolor”, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución dependiendo de la gravedad del delito. Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema actual

¹² En términos generales se entiende por abolicionismo a la corriente de pensamiento que propone la abolición del sistema penal: se trata de una postura muy radicalizada, que no propone una política criminal alternativa, sino una alternativa a la política criminal. El nombre proviene de las luchas y disputas políticas, jurídicas y éticas en torno a la legalidad o no de la esclavitud en el siglo XIX en EE.UU, y más tarde sobre la pena de muerte. Si bien los autores más conocidos de esta corriente venían publicando textos desde los años 60 y 70, la presentación con fuerza del abolicionismo a nivel mundial se dio en el año 1983, en ocasión del Noveno Congreso Mundial de Criminología realizado en Viena.

Entre los abolicionistas, NILS CHRISTIE ha sido uno de los que más ha criticado la “expropiación” del conflicto que el Estado lleva a cabo en perjuicio de los interesados directos: víctima y victimario, obstaculizando de esta manera la posibilidad de un entendimiento entre las partes en pos de una salida menos violenta que la impuesta por el derecho penal.

¹³ DOMINGO, V. (2008). Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica. Madrid. Lex Nova. (23), 33-68.

¹⁴ MARSHALL, T. F. (1999). Restorative justice: An Overview. Home Office, Research, Development and Statistics Directorate, 17.

de justicia. En la justicia restaurativa, el castigo es sustituido por la aceptación de la responsabilidad de los hechos y por la búsqueda de métodos de reparación del daño causado. Lo anterior requiere de la participación activa en el proceso restaurador tanto del ofensor como de la víctima y en su caso, de terceros interesados en que “las cosas lleguen a buen puerto”¹⁵.

3.2. Hacia un modelo restaurativo como forma de prevención especial

Nuestra propuesta se basa en la introducción de prácticas restaurativas, esencialmente la mediación penal, como la más importante y extendida internacionalmente de todas ellas, como forma de prevención especial, en lugar del tratamiento neurológico, tal y como proponen las Neurociencias y, asimismo, como forma alternativa a la aplicación del sistema retributivo del sistema procesal penal español.

Ello será posible, obviamente, en aquellos casos en los que el victimario sea una persona imputable, pues para los inimputables se habrá de aplicar la eximente de anomalía o alteración psíquica que se regula en el artículo 20.1 del Código Penal.

Y apuesto por la introducción de la justicia restaurativa en estos casos, además de por las dudas expuestas sobre los conocimientos científicos en la medida en que éstos sean suficientes para avalar los tratamientos neurológicos en la actualidad, tal y como se han expuesto en el apartado II de este trabajo, por el temor y duda sobre la existencia de suficiente verificación empírica de los tratamientos y de sus resultados y efectos colaterales¹⁶, y por ser estas prácticas menos invasivas en la esfera personal de los interesados.

Se trata de conseguir que, con la intervención de un facilitador debidamente preparado, y mediante la utilización de prácticas restaurativas, los delincuentes que, de acuerdo con los resultados científicos, resulten propensos a delinquir, puedan llegar a acuerdos con las víctimas, que sean refrendados por el sistema judicial, bien en las distintas fases del proceso penal, bien en la de ejecución de sentencia en el ámbito penitenciario, para realizar una serie de actuaciones que supongan el arrepentimiento, la petición de disculpas, el resarcimiento de las víctimas y la evitación de la reiteración delictiva por parte de éstos.

No obstante, habrá que excluir de estas prácticas restaurativas aquellos casos en los que, por indicación médica, no sean aconsejables, bien por imposibilidad de rehabilitación a través de este sistema alternativo de resolución de conflictos, bien por necesidad de medicación o de un especial tratamiento, dado el trastorno mental de que se trate. Todo ello, sin perjuicio de que la “voluntariedad” del procedimiento también es de aplicación a las víctimas, que tendrán la última palabra en todo momento.

3.3. La justicia restaurativa en psicopatías

¹⁵ CHRISTIE, N. (1981). Los límites del dolor (p 61). México. Fondo de Cultura Económica.

¹⁶ Pérez, M. (Abril, 2011). Fundamento y fines... *Ob. Cit.*, 29.

Como bien apunta SÁNCHEZ VILANOVA¹⁷, a los psicópatas imputables se les podría aplicar los beneficios de la justicia restaurativa, aunque, exclusivamente, como uso terapéutico, puesto que, en contra de lo que comúnmente se cree, afirmar la intratabilidad de estos sujetos carece de rigor científico.

Siguiendo a algunos autores, afirma la citada profesora que los encuentros restaurativos serían una herramienta útil para la rehabilitación de los individuos con psicopatía, debiendo desarrollarse reuniones entre estos y sus víctimas, en aras de conseguir una mejora de la amígdala, cuya estructura es crucial para la empatía, pues con la celebración de tales encuentros se aumentaría su capacidad empática.

Según estos autores la forma de conseguir que ese proceso rehabilitador se produzca se debe a la neurogénesis, proceso por el cual se generan nuevas neuronas a partir de células madre y células progenitoras, que recientemente se ha demostrado que no se produciría en el desarrollo prenatal, sino que continuaría en algunas partes del cerebro en la vida adulta, por lo que se propone como vía de rehabilitación de los psicópatas encarcelados encuentros restaurativos¹⁸.

Ahora bien, considera la citada autora que, por un lado, solo se pueden llevar a cabo estas prácticas restaurativas con pleno respeto de los derechos fundamentales de las víctimas y el respeto del daño causado. Por otro lado, sería cuestionable este proceso con personas con trastornos graves. Por último, debe evitar un abuso por parte de los delincuentes peligrosos para conseguir beneficios penitenciarios¹⁹.

4. BIBLIOGRAFÍA

Christie, N. (1981). Los límites del dolor (p 61). México. Fondo de Cultura Económica.

Demetrio, E. (enero/junio 2017). Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y Derecho penal. *Revista Justiça e sistema Criminal*, 9 (16).

Domingo, V. (2008). *Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica*. Madrid. Lex Nova. (23).

Feijoó, B. (Abril, 2011). Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa? *InDret, Revista para el análisis del Derecho*.

Marshall, T. F. (1999). *Restorative justice: An Overview*. Home Office, Research, Development and Statistics Directorate, 17.

Pérez, M. (Abril, 2011). Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*.

Rodríguez, S. (julio-diciembre 2017). Neurociencias y Derecho penal: una visión compatibilista actualizada. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, 9 (17).

¹⁷ Sánchez, M. (Julio, 2019). Aproximación al uso terapéutico de la justicia restaurativa en psicopatías. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 14.

¹⁸ *Ibidem*, 14.

¹⁹ *Ibidem*, 17-18.

Romero, B. (2015). Las neurociencias frente a la función de la pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. LXVIII.

Rudolph, H.J. (1991). El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. En Schünemann, B (Comp.). El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Traducido y anotado por Jesús María Silva Sánchez (84). Madrid. Tecnos.

Sánchez, M. (Julio, 2019). Aproximación al uso terapéutico de la justicia restaurativa en psicopatías. InDret, Revista para el análisis del Derecho.