

UNA ARGUMENTACIÓN MORAL DE LOS NEURODERECHOS HUMANOS*

A MORAL ARGUMENTATION FOR HUMAN NEURORIGHTS

Martín Bajatierra Ruiz
Estudiante de Máster
Universidad de Castilla- La Mancha (España)

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2022.

Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2023.

RESUMEN

En este trabajo el autor desarrolla una serie de argumentos que sirven para fundamentar la positivización de los cinco neuroderechos propuestos por Rafael Yuste, Jared Genser y Stephanie Herrmann. Para ello, en este artículo se analizan las premisas argumentativas básicas en materia metaética y las teóricas éticas utilitaristas, deontologistas y constructivistas. Tras este examen, el autor enlaza la razón práctica general con la racionalidad jurídica a través de la unidad de la razón práctica, conexión de la que deduce la necesidad de sostener un objetivismo moral mínimo. Por ello, y después de elaborar una concepción del término “bueno” en el plano jurídico, el autor se aventura a proponer dos principios racionales básicos que posteriormente toma como base para aducir argumentos a favor de la positivización de los neuroderechos propuestos por Yuste, Genser y Herrmann.

ABSTRACT

In this paper, the author develops a series of arguments that serve to support the positivization of the five neurorights proposed by Rafael Yuste, Jared Genser and Stephanie Herrmann. To this end, this article analyzes the basic argumentative premises

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

in metaethical matters and the utilitarian, deontologist and constructivist ethical theorists. After this examination, the author connects general practical reason with legal rationality through the unity of practical reason, a connection from which he deduces the need to sustain a minimum moral objectivism. For this reason, and after elaborating a conception of the term "good" on the legal level, the author ventures to propose two basic rational principles that he later takes as a basis for arguments in favor of the positivization of neurorights proposed by Yuste, Genser and Herrmann.

PALABRAS CLAVE

Neuroderechos, moral, justicia, argumentación, racionalidad.

KEYWORDS

Neurorights, morality, justice, argumentation, rationality.

ÍNDICE

1. ¿QUÉ SON LOS NEURODERECHOS HUMANOS? 2. LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR MORALMENTE LOS NEURODERECHOS HUMANOS. 2.1. Una breve aproximación a la metaética. 2.2. La pretensión de corrección: el primer paso para una argumentación moral. **3. LO BUENO Y LO JUSTO.** 3.1. El Utilitarismo. 3.2. El deontologismo kantiano. 3.3. El constructivismo ético. 3.4. La unidad de la razón práctica y el objetivismo moral mínimo. **4. ARGUMENTOS PARA UNA FUNDAMENTACIÓN MORAL DE LOS NEURODERECHOS HUMANOS.** 4.1. El supraprincipio de racionalidad: Lo bueno y lo justo en Derecho. 4.2. Una argumentación moral de los neuroderechos humanos. **5. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.**

SUMMARY

1. WHAT ARE HUMAN NEURORIGHTS? 2. THE POSSIBILITY OF GIVING A MORAL BASIS FOR HUMAN NEURORIGHTS. 2.1. A brief approach to metaethics. 2.2. The claim of correctness: the first step for a moral argument. **3. THE GOOD AND THE JUST.** 3.1. Utilitarianism. 3.2. Kantian deontologism. 3.3. Ethical constructivism. 3.4. The unity of practical reason and minimal moral objectivism. **4. ARGUMENTS FOR A MORAL FOUNDATION OF HUMAN NEURORIGHTS.** 4.1. The supraprinciple of rationality: The good and the just in Law. 4.2. A moral argumentation of human neurorights. **5. CONCLUSION. BIBLIOGRAPHY.**

1. ¿QUÉ SON LOS NEURODERECHOS HUMANOS?

Ciertamente, a día de hoy, no existe un acuerdo verdaderamente claro acerca del término “neuroderecho”, ya que todavía no se ha obtenido un consenso científico sobre su definición conceptual, que parece sugerir más preguntas que respuestas¹. Sin embargo, podemos referirnos a los neuroderechos, desde una perspectiva amplia, con la definición que nos brindan Rafael Yuste, Jared Genser y Stephanie Herrmann, autores que caracterizan el término como «un nuevo conjunto de derechos humanos para proteger el cerebro²», por lo que podemos afirmar que los neuroderechos humanos se establecen con el fin de garantizar la protección cerebral de las personas. Con todo, esta protección no se refiere (al menos, no exclusivamente) a la protección física del órgano cerebral, sino que atiende más bien a la salvaguarda de las reacciones químicas que en el cerebro se producen, dado que es ahí donde afectan directamente las mejoras que nos brinda la neurotecnología moderna. Es a raíz de la aparición de esta neurotecnología por la que el debate sobre la protección de los neuroderechos humanos se encuentra en auge, así que procederé a estructurar algo más en profundidad el concepto esbozado brevemente más arriba.

Para procurar pulir la indeterminación del término “neuroderecho”, Yuste, Genser y Herrmann han sugerido la posibilidad de distinguir cinco neuroderechos fundamentales diferentes³, que son; el derecho a la identidad propia, esto es, la facultad de controlar nuestra propia integridad física y mental (y al que denominaremos en este trabajo como N1), el derecho a la libertad de pensamiento (N2), el derecho a la privacidad mental (N3), el derecho a igual acceso las mejoras tecnológicas por parte de todos los sectores de la población (N4), y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, es decir, el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (N5). A pesar de que existen otras clasificaciones de neuroderechos igualmente válidas, como la propuesta por Marcello Lenca⁴, aquí se analizará la planteada por Yuste, Genser y Herrmann, por gozar, si cabe, de algo más de reconocimiento a nivel mundial.

Asimismo, creo conveniente realizar, antes de adentrarnos en un análisis moral más profundo, una distinción entre lo que se conoce comúnmente como *ética de la neurociencia*, y la *neurociencia de la ética*. La primera expresión podría definirse, conforme al criterio utilizado en la Conferencia Mundial sobre neuroética en San

¹ López-Silva, P.; Madrid, R., “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, 2021, vol. 10, nº 1, pp. 53-76.

² Así traduzco del inglés la frase «a new set of human rights to protect the brain». Vid. Yuste, R.; Genser, J.; Herrmann, S., “It’s time for neuro-rights”, *Horizons*, 2021, nº 18, pp. 154-164; p. 160.

³ *Ibid.*, pp. 160-161.

⁴ Que cuenta con un gran parecido a la anterior, y en la que los neuroderechos se clasifican en: los derivados de la libertad de pensamiento, derivados de la privacidad, derivados de la libertad de la integridad mental, los derivados de la identidad personal, el derecho a un acceso justo de las neurotecnologías y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico. Vid., Lenca, M., “On neurorights”, *Frontiers in Human Neuroscience*, 2021, nº 15.

Francisco, como aquella disciplina «que se ocupa de los problemas éticos, sociales y legales, asociados al desarrollo de la investigación en neurociencia y sus aplicaciones»⁵. Por otro lado, la neurociencia de la ética hace referencia a la investigación de «los sistemas neurales que están a la base de las intuiciones, juicios y comportamientos morales, y dar cuenta de la conciencia, autoconciencia, libertad, responsabilidad, mente social, emociones, empatía»⁶. En definitiva, lo que analizaremos en este trabajo debe situarse en el marco de la ética de la neurociencia, pudiendo incluso desmarcarse hacia un nivel de abstracción un tanto mayor al estudiar cuestiones de metaética o de razón práctica general, como veremos a continuación.

2. LA POSIBILIDAD DE FUNDAMENTAR MORALMENTE LOS NEURODERECHOS HUMANOS

2.1. Una breve aproximación a la metaética

Como acaba de observarse, la clasificación propuesta por Yuste, Genser y Herrmann distingue entre cinco clases de neuroderechos. El hecho de haberlos diferenciado en este texto de forma autónoma, de acuerdo con la taxonomía indicada (N1... N5), responde a la dificultad de que *no todos* ellos pueden fundamentarse de igual forma, al basarse las razones últimas de su justificación en premisas diferentes. Pero, ¿qué debe ocurrir para que una razón sea considerada como “última”? A pesar de que esta pregunta será contestada más adelante, es necesario realizar ahora una breve aproximación a la metaética, de cara a un mejor análisis de la fundamentación moral de los neuroderechos humanos. Todo ello nos conduce inevitablemente a la siguiente cuestión: ¿qué es la metaética? Pues bien, si la ética es la encargada de indicarnos qué acciones son moralmente buenas o malas, la metaética trata de explicar el significado de los conceptos morales, es decir, trata de averiguar qué quiere decir que algo sea bueno o malo⁷.

Es habitual diferenciar entre dos conjuntos de corrientes metaéticas: las descriptivistas y las no-descriptivistas⁸. Las primeras sostienen que lo bueno se identifica con una descripción de algo, por lo que los juicios morales van a resultar verdaderos o falsos. Por ejemplo, si defendemos que “bueno” se define como aquello que aprueba la mayoría de la población, X es bueno cuando es aprobado por la mayoría de la población. Por otro lado, la segunda doctrina afirma que el significado de “bueno” debe basarse en un acto de habla y no debe corresponderse con la descripción de un hecho empírico, por lo que, que algo sea bueno dependerá, por ejemplo, de si X me emociona o de si se debe hacer X. No obstante, estas dos corrientes abarcan diferentes tipos de metaéticas, y esto puede llegar a resultar un tanto vago o impreciso en relación con el objeto de este

⁵ Cáceres Nieto, E.; Díez García, J.; García García, E., “Neuroética y Neuroderechos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 2021, vol. 8, nº 15, pp. 37-86; p. 40.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Me inspiro aquí en la definición que ofrece García Figueroa en: García Figueroa, A., *Praxis: Una introducción a la moral, la política y el Derecho*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 180.

⁸ Sigo, aproximadamente, en esta distinción, el texto antes citado del profesor García Figueroa.

artículo, por lo que será necesario precisar el concepto de “bueno” en lo que sigue del texto.

2.2. La pretensión de corrección: el primer paso para una argumentación moral

A mi juicio, para articular un correcto concepto de “bueno” tenemos previamente que estudiar el concepto de pretensión de corrección. Para comprenderlo adecuadamente, pondremos aquí como ejemplo la pretensión de positivización de los neuroderechos humanos. No es casualidad que los mayores expertos en neurobiología (y otros tantos filósofos y juristas) propongan juridificar una serie de neuroderechos para proteger el cerebro. Esta exigencia de protección jurídica viene dada porque existe, en los proponentes de estas medidas, una pretensión de que lo que *proponen* (la positivización de los neuroderechos) es *correcto* (bueno). Mediante este razonamiento no solo pretenden trasladar al Derecho lo que ellos consideran bueno, sino que están presuponiendo que existen normas *fuera del Derecho positivo* que son buenas, lo que nos lleva a deducir que éste se encuentra, digamos, *incompleto*.

Todo indica que la pretensión de corrección (de que algo es correcto, justo) es el comienzo de la argumentación (justificación) racional. Esto es así porque los conceptos de justificación y justicia se encuentran estrechamente relacionados entre sí, y no sólo por su parecido etimológico, sino porque justificar que se debe positivizar la norma X es lo mismo que decir que X es correcto y justo⁹. Como bien expone García Figueroa, la pretensión de corrección es una condición de posibilidad de la argumentación. Para el filósofo español no es posible argumentar sin pretender que lo que se quiere ordenar es correcto, ya que es imposible convencer a alguien de hacer algo afirmando que no se poseen buenas razones para ello¹⁰. Es decir, todo esto se traduce, siguiendo a Habermas, en que nuestros actos de habla deben satisfacer unas pretensiones de validez¹¹. A pesar de que existen diversos tipos de actos de habla, en este trabajo solo nos interesará el acto de habla regulativo, el cual, como acabamos de ver, ha de satisfacer una pretensión de validez, que es la pretensión de corrección. Un acto de habla regulativo es aquel que ordena o prescribe algo relacionado con la *praxis*, ya sea una acción o una omisión, como por ejemplo el enunciado: “*Debes aparcar el coche en el garaje*”. Evidentemente, si deseo (pretendo) que el coche se encuentre protegido y resguardado, debo creer que es correcto realizar la acción de aparcar el coche en el garaje, por lo que prescribiré (a mí mismo o a otros) tal acto. En todo caso, hemos de tener en cuenta que no todos los enunciados regulativos satisfacen una pretensión de corrección. Veamos un ejemplo:

“*El que, estando en su residencia habitual, bebiera agua, será sancionado con la pena de muerte, a pesar de ser esta sanción tremendamente injusta*”.

⁹ MacCormick, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Palestra, Lima, 2018, p. 109.

¹⁰ García Figueroa, A., *Moral de victoria: Una filosofía del deporte*, Hexis, Terrasa, 2021, p. 319.

¹¹ Sigo aquí, de forma aproximada, lo expuesto en: García Figueroa, A. *Praxis... op. cit.*, p. 321.

Esta frase, aunque posee una lógica comunicativa, está infringiendo la pretensión de corrección de los actos de habla regulativos, ¿y qué conlleva este incumplimiento? Pues bien, según Austin, si un acto de habla regulativo incumple la pretensión de corrección, éste se vuelve, de alguna forma, defectuoso. Según el filósofo inglés, esta incorrección comunicativa sería *similar* a incumplir la pretensión de veracidad de un acto de habla constatativo¹², esto es, no puedo afirmar que: “*El gato está sobre el felpudo*” si yo no lo creo¹³. Según Kant, lo que ocurriría aquí es que, si incumplo sistemáticamente la pretensión de validez de los actos de habla me incapacito para participar en la comunicación¹⁴, pues todo indica que *no me estoy tomando la comunicación en serio*. Por lo tanto, todo indica que la opinión de un participante que se encuentra incapacitado para participar en un diálogo racional, no puede tener el mismo valor que la de aquellos que sí están capacitados como participantes. Lo que sucede en este caso es que mi propio acto de habla se contradice a sí mismo (si creo que el gato no está sobre el felpudo no puedo afirmarlo), por lo que incurro en una *contradicción performativa*¹⁵.

A mi juicio, y precisando un poco más ya el concepto de “bueno”, creo que lo “bueno” (al menos en Derecho) debe ser (o debe estar relacionado con) lo correcto, lo justo. Siguiendo a Alexy, esto puede traducirse en que el Derecho (que está formado por enunciados regulativos) debe poseer una pretensión de justicia¹⁶ (corrección), ya que, como algunos autores han defendido, la justicia debe entenderse como una aplicación (o especificación) de la moral en el ámbito jurídico¹⁷. Por lo tanto, decir que X es bueno sería muy parecido a decir que X es justo, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿son los neuroderechos humanos justos? y, en caso afirmativo, ¿cómo podemos fundamentar esto? Para responder a esta cuestión lo mejor será comenzar a descartar argumentaciones sobre cómo los neuroderechos *no* pueden ser fundamentados.

Quizá algunos pudieran considerar que los neuroderechos humanos pueden ser fundamentados a través de la lógica. El problema aquí surge cuando nos damos cuenta de que la argumentación lógica, en materia ética, es insuficiente para demostrar ninguna premisa moral. Con esto no quiero decir que la lógica no es necesaria para la ética, si no que, simplemente, es insuficiente¹⁸, por la sencilla razón de que la lógica

¹² Para Austin, los actos de habla constatativos y *realizativos* (los cuales incluyen a los regulativos) no son muy diferentes en tanto en cuanto los primeros pueden calificarse como verdaderos o falsos y los segundos resultar afortunados o desafortunados (Austin, J., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de Genaro R. Carrió; Eduardo A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 2016, p. 115).

¹³ Tomo aquí el célebre ejemplo de John Austin (*Ibid.*, p. 95).

¹⁴ García Figueroa, A. *Praxis... op. cit.*, p. 324.

¹⁵ *Ibid.*, p. 322.

¹⁶ De esta forma, Alexy sostiene que: «[c]on el acto de sanción de una Constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es sobre todo una pretensión de justicia. Un legislador constitucional comete una contradicción performativa cuando el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula» (Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, 2ª ed. p. 43). No obstante, hay que tener en consideración que la pretensión de corrección también «implica una *pretensión de fundamentabilidad*. Esta pretensión [...] [Alexy se refiere aquí a la pretensión de corrección de las resoluciones judiciales] se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamenteable, y, por lo tanto, de una moral correcta» (*Ibid.*, p. 82).

¹⁷ Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 196.

¹⁸ Atienza, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 186.

debe partir siempre de alguna premisa dada, para de ella deducir una conclusión. Además, ha de tenerse en cuenta que el Derecho y la ética son ciencias relacionadas con el comportamiento humano, y, por tanto, con tendencias prescriptivistas, al contrario que las ciencias descriptivistas, que se basan en fenómenos ya dados.

En una situación similar se encontró Kelsen cuando trató de justificar su norma fundamental, problema que solucionó alegando que la norma fundamental simplemente debe ser *presupuesta*¹⁹. Todo parece indicar que el jurista alemán evadió la fundamentación de la norma fundamental precisamente porque ello suponía alejarse de la lógica jerárquica que le brindaba el Derecho positivo. En mi opinión, la supremacía de la norma fundamental sí puede ser fundamentada, pero no a través de la lógica de las leyes, dado que, como Kelsen advirtió, no es posible, sino a través de la moral²⁰. La lógica jurídica es incapaz de justificar los fundamentos sobre los que se apoyan las premisas últimas de un ordenamiento jurídico, pues el paso del *ser* al *deber ser* ha de encontrarse, en todo caso, justificado mediante razones morales²¹, ya que la lógica nada nos dice sobre estos fundamentos últimos. De esta forma, si los reglamentos se derivan lógicamente de las leyes, éstas, a su vez, de la constitución, y la constitución de la norma fundamental, la norma fundamental no puede constituirse en base al Derecho positivo, ya que si lo hiciera no ocuparía la posición más alta en una teoría del Derecho, pues haría falta *algo más*. Por lo tanto, el uso de la lógica en las ciencias jurídicas no puede ser tomado como un método válido para justificar las premisas últimas del deber ser.

3. LO BUENO Y LO JUSTO

Una vez comprobado que la lógica tradicional no es capaz de justificar las premisas últimas sobre las que se apoya el Derecho, y que, desde una perspectiva jurídico-metaética, lo bueno parece identificarse con lo justo, debemos ir en la búsqueda de la de las razones últimas que pueden utilizarse para justificar la positivización de los neuroderechos humanos. Para ello, me dispondré a analizar las tres corrientes de ética normativa que más impacto han tenido en la historia moderna de la filosofía jurídica, que son el utilitarismo, el deontologismo kantiano y el constructivismo ético.

3.1. El Utilitarismo

El utilitarismo es una doctrina moral que sostiene que las acciones de los seres humanos deben estar guiadas por la búsqueda del máximo bienestar de la mayoría. Los principales pensadores que desarrollaron esta doctrina fueron Jeremy Bentham²² y John

¹⁹ Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Gregorio Robles; Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011, p. 85.

²⁰ Como bien expone Alexy, la norma fundamental, que otorga validez a todo el Derecho positivo, no puede ser a su vez una norma de Derecho positivo, si no de Derecho natural o racional, y ha de ser fundamentada a través de normas morales o evaluaciones de funcionalidad (Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 107 y 113).

²¹ Atienza, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 97.

²² Vid. Bentham, J., *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Claridad, Buenos Aires, 2008.

Stuart Mill²³. Para comprender mejor los presupuestos teóricos del utilitarismo, resulta interesante analizar esta filosofía moral a partir de tres características esenciales: su hedonismo, su carácter agregativo y su consecuencialismo²⁴. Comenzando por la primera de ellas, es evidente que esta doctrina ética nos va a llevar en muchas ocasiones a adoptar una especie de “hedonismo cuantitativo”. De hecho, Bentham se refería al llamado “cálculo felicífico” como aquel cálculo que produce un mayor incremento del bienestar de la mayoría, a través del cual valoramos las acciones humanas. Sin embargo, este cálculo felicífico da lugar al problema de la discriminación entre placeres, es decir, dado que todos los placeres no tienen el mismo peso, necesitamos algún instrumento para poder medirlos. Esto condujo a Mill a considerar que la ponderación entre placeres debía resolverse mediante la evaluación de unos jueces que se caracterizasen por haber tenido un mayor acceso a distintos tipos de placeres, pues así podrían compararlos. Creo evidente que esta valoración correría el riesgo de apoyarse en consideraciones subjetivas, ya que es imposible que ninguna persona pueda estar expuesta a todos los placeres que nos ofrece la vida.

Con su carácter agregativo, el utilitarismo también tiende a descuidar a los individuos y a las minorías, pues esta corriente moral nos exige (al menos en su formulación clásica), en última instancia, sacrificar nuestro propio bienestar por el de los demás, olvidándose así de los individuos y las minorías. Además, el carácter consecuencialista del utilitarismo hace que nuestros actos deban ser valorados en función de sus consecuencias, que, al fin y al cabo, son imprevisibles. En conclusión, creo que la corriente utilitarista ha realizado grandes aportes en materia de filosofía moral, no obstante, también debe resaltarse que su puesta en práctica de forma radical no parece del todo acertada. Esto es así debido a que todo indica que nuestros actos no han de ser valorados exclusivamente en función de las consecuencias que vayan a tener, ni mucho menos en base cualquier tipo de cálculo felicífico. Como ya se ha dicho, las consecuencias de los actos no pueden preverse con demasiada exactitud, sobre todo si nos referimos a actos legislativos, por lo que, aunque puede resultar un argumento de peso que las consecuencias positivas de los actos evaluados sean más o menos plausibles, debemos también tener en cuenta otro tipo de criterios.

3.2. El deontologismo kantiano

A pesar de que a lo largo de sus diferentes obras Kant fue plasmando la totalidad de su filosofía moral, su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*²⁵ y su *Crítica de la razón práctica*²⁶ suelen catalogarse como las obras kantianas que más influido en la filosofía jurídica actual. La ética de Kant se postula como una de las principales doctrinas contrarias al utilitarismo, al considerar este autor que la felicidad no debe ser

²³ Vid. Stuart Mill, J., *El utilitarismo*, trad. de Esperanza Guisán Seijas, Alianza, Madrid, 2014.

²⁴ García Figueroa, A. *Praxis... op. cit.*, p. 266. La información que sigue la he obtenido de las páginas 262 y siguientes de esta misma obra.

²⁵ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Austral, Barcelona, 2016.

²⁶ Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Villagrasa; Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 2017.

la guía moral de las acciones humanas, pues «si en un ser dotado de razón y de voluntad el propio fin de su naturaleza fuera su [...] felicidad, la naturaleza habría tomado muy mal sus disposiciones al elegir la razón de la criatura como la encargada de llevar a cabo su propósito»²⁷. Y es que, para Kant, en los juicios que declaran como inferior la cualidad felicífica «está implícita la idea de otro propósito de la existencia mucho más digno, para el cual, no para la felicidad, está destinada propiamente la razón; y ante ese fin como suprema condición deben inclinarse casi todos los fines particulares del hombre»²⁸.

Según Kant, nuestro modo de obrar debe estar siempre de acuerdo con que nuestra máxima de actuación sea universalizable, es decir, con que queramos que la práctica que nos disponemos a realizar se convierta en ley universal. Esto es lo que se conoce comúnmente como imperativo categórico, que, para el autor prusiano, brota de la racionalidad y voluntad de los seres humanos, pues la moral solo puede nacer de una razón pura *a priori*, depurada de cualquier elemento empírico, ya que precisamente ahí reside su dignidad y su valor. Vale la pena aquí detenerse a diferenciar el imperativo hipotético del categórico. El primero se utiliza para determinar un modo de acción como medio para conseguir un fin, y se refieren a alguno o algunos propósitos, pues son principios técnicos que sirven a un fin concreto, al presuponer un objeto de la facultad de desear²⁹, mientras que el segundo es un mandato objetivo, bueno en sí mismo, que no tiene un fin concreto. Por ello, sostiene Kant, las leyes morales universales han de ser equiparables formalmente a las leyes de la naturaleza, en cuanto a previsibilidad y pureza, de ahí que el autor nos invite a obrar «como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza»³⁰.

Es importante destacar que, para Kant, los fundamentos que determinan nuestras máximas de actuación han de provenir de la razón, pues solo así puede conseguirse que las razones últimas de la moral se basen en principios objetivos y válidos para todos los seres racionales, y no en fundamentos subjetivos e irracionales que solo sirven para uno o pocos individuos. Este desprecio de Kant por los fines materiales se basa en la *relatividad* de una determinada facultad de desear del individuo, y por ser esta su naturaleza (la subjetividad), el deseo no puede proporcionar ningún principio válido universal sobre el que deben guiarse las leyes prácticas de los seres racionales. Según Kant, este valor meramente relativo de las acciones es propio de seres irracionales, que son utilizados como simples medios para conseguir un fin, por eso se les llama “cosas”. Por el contrario, las personas, al ser seres racionales, han de ser tenidos como fines en sí mismos³¹, y no han de ser usados nunca como meros medios para obtener este o aquel propósito, pues los seres racionales poseen un valor absoluto, no condicional ni cambiante por los deseos de cualquier ser, y, por lo tanto, son fines objetivos.

²⁷ Kant, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 56.

²⁸ *Ibid.*, p. 57.

²⁹ Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, op. cit., pp. 137-138.

³⁰ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 95.

³¹ *Ibid.*, p. 105.

Por ello, para Kant, un ser racional pertenece al «reino³² de los fines cuando forma parte de él como legislador universal, pero también cuando se halla sujeto a las leyes³³», pues la razón vincula todas las máximas de forma universal por «la idea de la *dignidad* de un ser racional que no obedece otra ley que aquella que él se da a sí mismo³⁴». En mi opinión, y teniendo en mente el objetivo de este trabajo (que no es otro que el de ofrecer argumentos de cara a la positivización de los neuroderechos humanos), Kant nos enseña que la razón, una facultad que presuponemos aquí como buena (sobre esta presunción se volverá más adelante), ha de ser utilizada como guía de nuestra *praxis* general. Es decir que, si no he entendido mal, la traslación de este presupuesto a una sociedad regida por un sistema constitucional moderno se traduciría en que la producción legislativa de dicha sociedad (que presuponemos también democrática) debería poder ser justificable incluso ante aquellos que no están de acuerdo con dichas normas. Dado que la puesta en práctica, de forma literal, del imperativo categórico es prácticamente imposible (pues no existen leyes igualmente buenas para todos), creo que lo que debería ocurrir es que la razón (la argumentación) orientase las normas con el fin de que estas sean universales, esto es, que no beneficien particularmente a aquellos que gozan de la mayoría parlamentaria en el momento de su promulgación, pues, siguiendo a Kant, lo que debería suceder es que las leyes originadas en el parlamento fuesen lo más objetivas y universales posibles.

3.3. El constructivismo ético

La filosofía de Kant ha alumbrado, después de más de un siglo, una teoría deudora de los presupuestos del filósofo de Königsberg, que se basa principalmente en el diálogo y que busca una justicia procedimental a través de la argumentación, es decir, mediante la comunicación sustentada por buenas razones. Esta teoría es la que se conoce como constructivismo ético. El profesor García Figueroa ha sugerido que «(l)o característico del constructivismo moral es que formula una representación procedimental del discurso moral³⁵», pues el constructivismo es una doctrina ética que trata de construir la moral sobre la base de argumentos de peso. Para poder ser constructivistas es esencial disponer nuestro pensamiento de tal forma que seamos capaces de distinguir (y, sobre todo, percatarnos de que existen) mejores y peores argumentos. Es decir, debemos considerar que hay argumentaciones mejor construidas que otras, valoración que podríamos realizar a través de algún tipo de teoría de argumentación jurídica. Existen muy diversos autores que han defendido firmemente el constructivismo ético como brújula orientadora de las verdades morales, quizá los más destacados sean Jürgen Habermas, Carlos S. Nino y John Rawls.

Para Rawls los derechos más básicos del ser humano adquieren su fundamentación dentro de una teoría puramente contractualista. El autor

³² Por «reino», explica Kant, «entiendo el enlace sistemático de distintos seres racionales mediante leyes comunes». (*Ibid.*, p. 113).

³³ *Ibid.*, p. 114.

³⁴ *Ibid.*, p. 115.

³⁵ García Figueroa, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 35.

estadounidense pensó que el camino hacia la verdad moral tiene mucho parecido con la idea de una sociedad justa, lo que le llevó a elaborar su brillante *Teoría de la Justicia*³⁶. Según Rawls, a pesar de que los diferentes pueblos tienen concepciones diferentes de la justicia, el propio concepto del término elude siempre a unas instituciones no arbitrarias, es decir, justas. Sin embargo, con ello aun no habríamos avanzado mucho. Por esta razón Rawls propone una concepción general de la justicia mediante un experimento mental a través del cual poder hallar ciertas verdades morales. Este experimento trata de articular una serie de principios objetivos que todas las personas, encontrándose en la posición original, aceptarían. La posición original es definida como aquella en la que los seres humanos poseen racionalidad, pero desconocen todas sus características que les son propias, esto es, su lugar de nacimiento, su sexo, su edad, su color de piel, su inteligencia, su físico...etc., pues las partes en la posición original están cubiertas por el “velo de la ignorancia”. Rawls fundamenta que los principios acordados por las personas en la posición original serían justos porque nadie podría articular principios que fueran favorables a sus intereses, principios que se corresponden con el principio de libertad y el principio de diferencia.

El principio de libertad se formula de la siguiente forma: «Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos³⁷». Este principio gozaría de prioridad ante el segundo principio, ordenándose así de forma lexical, por lo que la libertad solo podría ser limitada por la propia libertad. El segundo principio, conocido como el principio de la diferencia, establece que los bienes de la sociedad han de distribuirse según el criterio del *maximin* (máximo de los mínimos), que supone tomar la decisión que más favorezca a aquellos que menos bienes primarios poseen, y de esta forma adecuar el reparto en favor de aquellos que hayan salido menos beneficiados en el “reparto original de la riqueza”. Pero, recordemos, este principio se encuentra ordenado en segunda posición, por lo que antes de ponerlo en práctica se ha debido cumplir en su totalidad el primer principio. Después de establecerse estos principios, el velo de la ignorancia se iría levantando poco a poco para establecer una Constitución, después un cuerpo legislativo, y así hasta las decisiones judiciales, que serían elegidas sin el velo de por medio.

Por otro lado, y adentrándonos ahora en la tesis habermasiana de la moral, una de las mayores contribuciones que ha realizado Habermas al mundo de la filosofía es su teoría del discurso. Para este autor, las verdades morales exigen una comunicación, que, a diferencia de Rawls, se traduce en un diálogo entre los afectados, lo cual requiere que se den una serie de condiciones ideales del discurso, entre las cuales se encuentra la pretensión de validez de los enunciados. Como hemos visto antes, la pretensión de validez en los actos de habla regulativos, que son los más utilizados en Derecho, se transforma en una pretensión de corrección, en pretender que lo que se impera es correcto. Sin embargo, dado que las condiciones de validez de los actos de habla no pueden comprobarse a través de los métodos propios de las ciencias naturales,

³⁶ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, FCE, México, 1995, 2ª ed.

³⁷ *Ibid.*, p. 280

Habermas sostiene la necesidad de un principio puente en lo concerniente al discurso práctico, que es el ya conocido imperativo categórico.

No obstante, y distanciándose de Kant y Rawls, Habermas piensa que las leyes universales producto del imperativo deben ser discutidas por los afectados, y no pensadas de forma individual. Esto le lleva al filósofo de Gummersbach a reformular el clásico imperativo categórico afirmando que «únicamente cuando la decisión se deriva de la argumentación, o sea, se produce según las reglas pragmáticas de un discurso, puede darse por justificada la norma decidida³⁸». Esta forma concreta de diálogo que presupone Habermas «debe impedir que algunos puedan sugerir o, incluso, prescribir a los otros lo que es bueno para ellos³⁹».

Terminando con este examen constructivista, resulta de obligada mención el estudio de los presupuestos básicos de la teoría moral de Nino. Para este autor, las verdades morales no pueden obtenerse exclusivamente de un procedimiento discursivo, pues a pesar de que los procedimientos democráticos nos ayudan a conocer lo que es correcto, pueden ser falibles, pero, por otro lado, las verdades morales tampoco pueden obtenerse reflexionando individualmente, como sostienen Kant o Rawls, pues entonces incurriríamos en una especie de *elitismo moral*⁴⁰. Sin embargo, tampoco le resulta del todo convincente a Nino la postura de Habermas pues piensa que el autor alemán peca de *populismo moral*⁴¹ dado que una gran mayoría de personas puede encontrarse equivocada en ciertas ocasiones.

Por ende, el filósofo argentino decide sostener una teoría ética situada entre las tesis de Rawls y Habermas. Es decir, por una parte Nino piensa que el procedimiento democrático, a pesar de ser bastante fiable, no puede ser el criterio definitivo para hallar verdades morales, pues, «¿[c]on qué fundamentos podría alguien requerir que se revise el resultado de una discusión colectiva, si ese resultado fuera la única presunción disponible de la verdad moral?⁴²». Por otra parte, para Nino, el hecho de que una sociedad adopte únicamente las decisiones provenientes de la reflexión individual puede llegar a ser peligroso, ya que no existiría razón para obedecer los dictados de una autoridad democrática en los casos en los que dichos mandatos se opongan a las conclusiones de la reflexión individual, plantándose de esta forma la semilla del «anarquismo filosófico o de la dictadura ilustrada»⁴³. En definitiva, creo que las conclusiones que García Figueroa⁴⁴ realiza respecto a la teoría moral de Nino son bastante acertadas. Muy resumidamente, lo que el autor español afirma es que la tesis expuesta en *El constructivismo ético* (una de las obras cumbre de Nino) tiene mucho parecido con la filosofía actual del constitucionalismo y de los derechos humanos, ya que, a pesar de que la norma suprema concede un amplio espacio para el legislador, los

³⁸ Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón Cotarelo García, Trotta, 2008, p. 82.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Nino, C. S., *El constructivismo ético*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p. 109.

⁴¹ *Ibid.*, p. 109.

⁴² *Ibid.*, p. 110.

⁴³ *Ibid.*, p. 108.

⁴⁴ García Figueroa, A., *Praxis... op. cit.*, pp. 329-330.

derechos fundamentales actúan como un límite frente a la voluntad del pueblo, mostrándose, en terminología dworkiniana, como “triumfos frente a la mayoría”⁴⁵.

3.4. La unidad de la razón práctica y el objetivismo moral mínimo

Si pensamos, como se avanzó más arriba, que la razón práctica es un elemento fundamental para justificar que las acciones han de ser argumentadas racionalmente, el Derecho debería entonces ser un *discurso justificatorio* en el que los actos que carecen de una argumentación correcta no pueden formar parte del mismo. Pero, ¿cómo podemos pasar de la racionalidad de la *praxis* general a la racionalidad jurídica? Lo que han sugerido diversos autores es que este paso ha de realizarse a través de la fundamentación de la unidad de la razón práctica. Básicamente, lo que sostiene esta teoría es que el razonamiento moral y el razonamiento jurídico se encuentran, de alguna forma, unidos. Según Atienza, el hecho de que existan ciertas particularidades en la forma de razonar en el Derecho no significa que esta práctica se encuentre absolutamente independizada de la moral, llegando a defender incluso que, «en un sentido importante, el razonamiento jurídico está sometido al razonamiento moral⁴⁶».

Es decir que, según este autor, toda justificación jurídica (que no deja de ser, al fin y al cabo, una justificación práctica), es, en última instancia, una justificación moral. Por lo tanto, las razones jurídicas se encuentran subordinadas a las razones morales, constituyendo estas últimas las razones de mayor peso⁴⁷. Esto significa que si aceptamos las normas en parte por su contenido y no exclusivamente por su origen (democrático) estamos aceptándolas por una razón moral. Esto puede verse con claridad planteándonos cuál de las siguientes normas es más justa: aquella que prohíbe la discriminación racial, pero promulgada por un dictador, o una ley de origen democrático que obliga a encerrar a la población judía en campos de concentración. La respuesta creo que es evidente. Incluso si aceptamos las leyes solo si son promulgadas por un parlamento democrático, deberemos aducir en último término razones morales para justificar el porqué de dicha aceptación.

Por lo tanto, si aceptamos que el razonamiento jurídico ha de someterse siempre a la corrección moral, y entendemos que la justicia es una aplicación (o especificación) de la moral en el campo del Derecho⁴⁸, debemos adoptar una concepción ética mínimamente objetiva. El hecho de poder distinguir entre buenas y malas (o nulas) argumentaciones debe conducirnos hacia una concepción jurídica en la que existen buenos y malos argumentos para justificar acciones, es decir, actos que responden a una mejor argumentación que otros, los cuales, a mi juicio, han de ser considerados como más racionales (que poseen razones de mayor peso) que aquellos que no se encuentran correctamente justificados. Esto no significa que las acciones más racionales puedan catalogarse como verdaderas o falsas en el sentido en el que lo afirmaríamos un acto de habla constatativo, simplemente creo que la objetividad en el mundo moral (y jurídico)

⁴⁵ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 37.

⁴⁶ Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 242.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 244.

⁴⁸ Atienza, M., *El sentido del Derecho*, *op. cit.*, p. 196.

es una *cuestión de grado*, existiendo de esta manera actos más o menos objetivos, justos o correctos que otros. Obsérvese que esta es una teoría que choca frontalmente con la doctrina del relativismo ético, pues ésta no es capaz de dirimir qué acto moral es correcto realizar en un momento concreto, simplemente se limita a expresar que cualquier actuación moral es igualmente válida, igualmente buena o igualmente justa, mientras que la moral como argumentación se opone a ello. Para aquellos que rechazamos el relativismo ético como guía ética (tal vez porque es una guía en blanco) debemos insistir en la búsqueda de razones objetivas que guíen nuestra *praxis*.

En todo caso, creo que aceptar la tesis del objetivismo moral mínimo consiste en apostar por la racionalidad jurídico-moral y por la distinción entre buenos y malos argumentos, pues, en mi opinión, realizar la acción más racional es equivalente a realizar la acción que mejor fundamentada esté respecto a otras. Lo cual no quiere decir que, si existen mejores argumentos para poner en práctica el acto A que para hacer el acto B, no surjan nuevos puntos de vista o nuevas fundamentaciones que inclinen la balanza hacia la realización de la acción B. Sin embargo, a menos que pretendamos que nuestro ordenamiento jurídico adquiera la filosofía vital del indeciso asno de Buridán, debemos adoptar una decisión para cada problema que se nos presente (pues además la sociedad así lo exige), lo que conlleva a aplicar la actuación que mejores argumentos presente en el momento t_1 . Por ejemplo, si en un caso ficticio la acción mejor justificada en t_1 es la acción A, y en el momento t_2 se establece que la acción B es objetivamente más correcta, no podremos reprocharnos absolutamente nada si en t_1 determinamos (utilizando los mejores medios posibles para ello) que se debía tomar partido por la acción A, pues en ese momento actuamos como seres racionales, es decir, como seres humanos. Esto no quiere decir, evidentemente, que para todos los casos exista una única respuesta correcta, pues el objetivismo moral mínimo es compatible con la tesis de que para solucionar un problema existen varias posibles respuestas correctas. Sin embargo, creo que ya habríamos avanzado mucho si pudiéramos desechar todas aquellas fundamentaciones que no son correctas.

En el fondo, todo indica que aceptar un punto de vista no positivista del Derecho, como ocurriría en el caso de adoptar un objetivismo moral mínimo, es apostar por la primacía de la verdad. No podemos atribuirle razones no morales a una norma jurídica porque, como bien señala García Figueroa, relativizamos la realidad. Es decir, si yo afirmo que el Derecho es “así” porque es bueno para la sociedad que sea “así”, mi argumento es ajeno a la verdad, se aleja de la realidad. Si yo sé que el uranio es radioactivo, porque la ciencia así lo dice, por mucho que yo crea que el uranio no es radioactivo, seguirá siéndolo, aunque mi creencia vaya en beneficio de la paz mundial⁴⁹. Por ello, yo no puedo decir que el Derecho es válido porque se ha establecido mediante la fuerza, o porque su existencia es observable a través de algún tipo de regla de reconocimiento, sino que debo decir que el Derecho es válido porque coincide con las acciones morales correctas y justas. Si pretendemos la corrección del Derecho, no podemos justificar el mismo en base a concepciones subjetivas de cualquier ámbito, sino que debemos fundamentarlo a través de una base moral objetiva.

⁴⁹ García Figueroa, A., *Criaturas de la moralidad... op. cit.*, pp. 182-185.

4. ARGUMENTOS PARA UNA FUNDAMENTACIÓN MORAL DE LOS NEURODERECHOS HUMANOS

4.1. El supraprincipio de racionalidad: Lo bueno y lo justo en Derecho

En los anteriores epígrafes hemos podido elaborar una limitada pero suficiente base teórica que nos servirá aquí para realizar una correcta fundamentación de los cinco neuroderechos humanos que defienden Yuste, Genser y Herrmann. Sin embargo, antes de ello, creo conveniente articular una serie de pasos previos. El primero de ellos, que puede deducirse con facilidad de lo expuesto hasta el momento, consistirá en definir o concretar el significado de bueno en lo concerniente al ámbito jurídico. Dado que no es mi intención reiterarme sobre lo ya dicho, simplemente recordaré al lector que lo que se sostuvo en anteriores epígrafes fue que, para lograr una correcta definición de bueno en Derecho, ha de tenerse presente el concepto de pretensión de corrección, el cual, trasladado al mundo jurídico, se transforma en una pretensión de justicia. Como ya se ha argumentado hasta ahora, el Derecho ha de pretender en todo momento su aspiración a la justicia, ya que de muy poco o nada nos serviría el Derecho si su único objetivo fuese el de regular la conducta humana sin ninguna pretensión de lo correcto, de lo justo. Además, como ya vimos, un sistema jurídico que no aspire a la justicia no puede ni si quiera fundamentarse correctamente (pues las premisas últimas sobre las que se apoya cualquier ordenamiento no pueden ser más que morales). Siguiendo con este planteamiento, actuar en base a una moral correcta, es decir, sobre la aspiración de la corrección de los actos, tiene mucho que ver con actuar racionalmente. Por lo tanto, si consideramos que lo justo en Derecho equivale a lo moralmente correcto, lo justo debe corresponderse con las buenas razones, con una buena fundamentación práctica, es decir, que el Derecho debe pretender ser justo=encontrarse bien fundamentado=ser correcto moralmente. De todo ello creo que puede deducirse que lo *bueno* en Derecho es lo *justo* (realizar la práctica mejor fundamentada), lo cual quiere decir, como ya se adelantó, que la corrección jurídica debe apoyarse en último término sobre la corrección moral.

Si acabamos de ver que la justicia parece corresponderse con la racionalidad práctica, quiere decir que actuar justamente en el ámbito jurídico es actuar racionalmente. No obstante, nada se ha dicho aun de porqué debemos actuar racionalmente. En mi opinión, el pilar fundamental sobre el que ha de sostenerse una filosofía del Derecho ha de ser un supraprincipio máximo de racionalidad, que paradójicamente, no puede fundamentarse sobre la racionalidad misma, pues caeríamos en el famoso trilema de Münchhausen al apoyarnos en una argumentación circular. Entonces, ¿qué argumentos pueden ofrecerse para fundamentar el supraprincipio de racionalidad? Ya MacCormick afirmó al respecto que:

«Si me preguntara por qué creo que debo esforzarme por ser racional, o de hecho por qué creo que todo ser humano debe esforzarse por ser racional —por evitar la inconsistencia y la incoherencia en el pensamiento— realmente solo podría repetir el comentario de Sócrates de que, para mí, no merece la pena vivir una vida irreflexiva.

Realmente, solo puedo expresar mi repulsión hacia la expectativa de una vida sin discurso razonado⁵⁰».

Y es que la tarea de justificar la actuación racional es una ocupación plagada de dificultades. Como acabamos de observar, MacCormick fundamenta su repulsión hacia la irracionalidad (que yo también comparto) desde un criterio subjetivo, es decir, que para él parece ser una cuestión que escapa a la objetividad, y cuya veracidad se transforma en un mero asunto de opinión. Una argumentación un tanto más poderosa que la anterior es la que ofrece Rawls en un fragmento de *El liberalismo político*, donde expresa que:

«[C]ualquier concepción política viable de la justicia, que deba servir como base pública de justificación y de la que pueda razonablemente esperarse que será reconocida como tal por los ciudadanos, debe contemplar la vida humana y la satisfacción de las necesidades y propósitos humanos básicos como un bien en general, y admitir, por consiguiente, que el de racionalidad es un principio básico de la organización política y social⁵¹».

A mi juicio, lo que Rawls defiende en este párrafo es que existen ciertos principios, como el democrático, el respeto a la vida y a la libertad humanas, o el de racionalidad que han de tomarse como buenos en sí mismos. En mi opinión, la única objeción al respecto que cabría hacerle al filósofo estadounidense es la siguiente: cuantos más principios deban ser tomados como buenos en sí mismos, esto es, prácticamente como dogmas, más inconsistente será su puesta en práctica, dado que la solidez de las premisas es una garantía de la solidez de las razones que pueden darse para argumentar la corrección de las consecuencias derivadas de las deducciones hechas a partir de las premisas. Por lo tanto, creo acertado afirmar que cuantos menos principios hayan de ser adoptados como buenos en sí mismos, más fuerte será la argumentación que podrá realizarse en base a ellos. Por esta razón pienso que el supraprincipio de racionalidad es el único principio que ha de ser tomado como bueno en sí mismo, pues no tengo dudas de que de él pueden derivarse otro tipo de principios (por supuesto ya con la condición de racionalidad) buenos/justos para la organización de la sociedad.

Todo ello no quiere decir que deba renunciarse a la posibilidad de fundamentar el supraprincipio de racionalidad⁵², tarea, por cierto, que escapa enormemente de los humildes propósitos de este trabajo. Lejos de ello, lo que se pretende es poner de relieve las dificultades ante las que se enfrenta una argumentación correcta sobre porqué debe actuarse racionalmente. Ahora bien, lo que sí puede hacerse aquí es exponer brevemente qué argumentos podrían utilizarse para fundamentar el principio máximo de racionalidad, argumentos que, por otra parte, son similares a los utilizados por Rawls.

El primer argumento que podría darse es de corte puramente utilitarista, y consiste en afirmar que las consecuencias de adoptar dicho principio repercuten positivamente en la felicidad de la mayoría de los seres humanos. Es decir, si actuar

⁵⁰ MacCormick, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, op. cit., p. 327.

⁵¹ Rawls, J., *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Crítica, Barcelona, 2019, p. 210.

⁵² Ha de recordarse a este respecto la opinión de Alexy sobre la fundamentabilidad de una norma suprema en Derecho (Vid. la nota número 20 de este mismo trabajo).

racionalmente es practicar los actos mejor argumentados, es sencillo fundamentar que los actos mejor argumentados tenderán hacia la satisfacción humana, dado que la felicidad (estado de ánimo al que todo ser humano aspira) es uno de los elementos más importantes a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones. Por ende, si tenemos que escoger entre la opción A, explotar una bomba nuclear en una gran ciudad, y la opción B, que consiste en no hacerlo, es evidente que actuar racionalmente sería elegir la opción B, porque repercute positivamente (o al menos no negativamente) en la felicidad de las personas.

El segundo argumento que puede darse también parece responder a una fundamentación utilitarista, al menos en parte. Me refiero al argumento de la viabilidad, que nos conduce a su vez al argumento democrático. Es decir, dado que presupongo que el supraprincipio de racionalidad sería ampliamente aceptado por la mayoría de la población (no creo que exista un grupo numeroso de personas que deseen actuar irracionalmente), no adoptar dicho principio afectaría negativamente a la mayoría de personas, pues vivirían bajo un régimen en el que no desean estar.

El último y tercer argumento se encuentra fundamentado en un cierto apego a lo que significa ser una persona, definición para la cual volveremos a servirnos de Alexy. Para el iusfilósofo alemán el concepto de persona es un concepto *dobletriádico*, es decir, triádico por partida doble. Alexy sostiene que para que *algo* sea una persona debe ser inteligente, tener sentimientos y tener consciencia (primera triada), ahora bien, a pesar de que las dos primeras cualidades no parecen suscitar muchas dificultades, sí lo hace la última de ellas. Para aclarar estas dudas, Alexy afirma entender la consciencia como una facultad espiritual, que a su vez es definida a través de tres tipos de reflexividad, por lo que este último elemento, la consciencia, se estructurará también mediante tres componentes (segunda triada), que son: la *reflexividad cognitiva* o “autoconocimiento”, que existe cuando alguien hace de sí mismo objeto de su conocimiento, la *reflexividad volitiva*, que consiste en la capacidad de regir uno su comportamiento, ya sea sobre actos individuales (comportándose bajo autodominio) o en relación con la vida completa (en este caso hablamos de autonomía) y la *reflexividad normativa*, que es la capacidad de enjuiciarse uno mismo bajo el aspecto de la corrección⁵³.

Sea como fuere, pienso que si adoptamos una filosofía nihilista que actúe en contra del supraprincipio de racionalidad, la razón, aquello que precisamente nos hace humanos, se perdería por completo. Todo aquello por lo que el hombre ha luchado desde que posee la facultad de razonar, sería abandonado a su suerte para hacer de las personas un simple animal más. En suma, creo que la racionalidad es aquello que nos hace seres morales, ya que el mero hecho de preguntarnos sobre cómo actuar correctamente en una situación determinada implica que podemos (y debemos) justificarnos frente a nosotros mismos y frente a los demás. No podemos preguntarnos acerca de qué es correcto hacer en un momento concreto sin el raciocinio, sin la capacidad de justificación, de lo que, me parece que se deduce, que la moralidad es algo consustancial a los seres racionales, y es inútil huir de ella porque es inherente a la especie humana, como especie racional que es.

⁵³ Alexy, R.; García Figueroa, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 94-99.

4.2. Una argumentación moral de los neuroderechos humanos

Una vez tenidas en cuenta todas estas consideraciones, creo que del supraprincipio de racionalidad pueden deducirse una serie de principios básicos que fundamentalmente se corresponderían con los principios de libertad general y de universalidad⁵⁴. Para lo que aquí interesa, que es la fundamentación moral de los neuroderechos humanos, nos bastará con estos dos principios básicos, lo cual no quiere decir que no puedan derivarse del supraprincipio de racionalidad otro tipo de principios. Con todo, creo que de los principios aquí seleccionados pueden a su vez deducirse la mayoría de derechos fundamentales presentes en cualquier constitución mínimamente avanzada. Por otro lado, de cara a la evaluación argumental de los fundamentos que se expondrán para la positivización de los neuroderechos, creo conveniente tomar, como criterios de análisis, los propuestos Atienza para evaluar las argumentaciones jurídicas, que son los criterios de universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, moral social y moral justificada⁵⁵. El primero de ellos, de origen evidentemente kantiano, es un principio de justicia formal que ordena que, *prima facie*, se ha de tratar igual a o lo igual y desigual a lo desigual⁵⁶. El criterio de coherencia hace referencia a la compatibilidad con los valores, principios y teorías del ordenamiento jurídico. Por otro lado, el de adecuación a las consecuencias, que en mi opinión es bastante similar al principio de proporcionalidad de Alexy, significa que han de tenerse en consideración los resultados que la puesta en práctica de lo que se propone pueda producir, teniendo presente si tal decisión satisfará algún objetivo valioso. Siguiendo con estos criterios, todo indica que el de la moral social se corresponde principalmente con el principio democrático, es decir, que lo moralmente válido según este criterio sería elegir las opciones socialmente predominantes. Por último, el criterio de la moral justificada es aquel que coincide con los elementos básicos de la argumentación racional, que fundamentalmente se corresponderían con las reglas del discurso racional⁵⁷ y que Atienza identifica con las teorías morales constructivistas ya estudiadas.

⁵⁴ No puedo detenerme aquí a fundamentar la racionalidad de estos principios. Únicamente mencionaré que los mismos se corresponden con los únicos derechos fundamentales a los que Alexy dedica un capítulo exclusivo (a cada uno de ellos) en su *Teoría de los derechos fundamentales* (Vid. Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022). Concretamente el Capítulo Séptimo versa sobre el derecho general de libertad y el Octavo trata el de igualdad, que aquí identifico con el de universalidad. Ha de repararse que el Capítulo Noveno de la obra estudia los derechos a acciones positivas del Estado (derechos prestacionales en sentido amplio), principio que, como se verá, brota del principio de libertad general.

⁵⁵ Atienza, M., *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 553-562.

⁵⁶ A este respecto Alexy formula el principio de igualdad general en base a dos normas de igualdad que establecen la carga de argumentación para los tratos desiguales. Dichas normas son: «Si no hay una razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual». Y «Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual» (Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 370-372). Vid. también sobre la universalidad en Alexy la regla fundamental (1.3) del discurso práctico general, cuyo enunciado es el siguiente: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes» (Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 283).

⁵⁷ Sobre las reglas del discurso racional Vid. *Ibid.*, pp. 283 y ss.

Con el objeto de lograr una mejor y más comprensible argumentación de los neuroderechos humanos, agruparé los propuestos por Yuste, Genser y Herrmann en tres grupos. El primero de ellos concernirá a los derechos⁵⁸ de libertad (N1, N2 y N3), el segundo incluirá únicamente el derecho al igual acceso a las mejoras neurotecnológicas (N4) y el tercero el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico o el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología, que se subdividirá a su vez en dos neuroderechos diferentes (N5₁ y N5₂). Comenzando con el primer grupo, creo que, como ya se ha dicho, N1, el derecho correspondiente a la facultad de controlar nuestra propia integridad física y mental, N2, el derecho a la libertad de pensamiento, y N3, el derecho a la privacidad mental, han de agruparse dentro de los que considero como derechos de libertad. Los derechos de libertad se enmarcan dentro de lo que Alexy denomina como *principio de libertad negativa*, que es la libertad en sentido escrito, esto es, la libertad liberal, y que apunta a la medida más alta posible de libertad jurídica⁵⁹.

Es evidente que uno de los argumentos que se utilizarán para fundamentar la positivización de los neuroderechos en su totalidad es la dignidad del ser humano. Sin embargo, creo que, en lo referente a los derechos de libertad, la dignidad cobra, si cabe, mayor importancia, ya que parece obvio que sin un cierto grado de autonomía el individuo es despojado de su dignidad como persona. Y, por supuesto, creo que el hecho de poder controlar nuestra integridad física y mental (N1), pensar con libertad (N2) y tener intimidad cerebral (N3) son presupuestos indispensables para una correcta autonomía humana⁶⁰. En palabras de Alexy: «[p]uede, por lo tanto, decirse que sin libertad jurídica negativa no existe la dignidad humana en un sentido jurídicamente relevante⁶¹». Creo que la idea fundamental que se advierte sobre los derechos de libertad, incluso de forma más acentuada que en los otros grupos de neuroderechos, es que la libertad solo ha de poder restringirse si se aducen razones suficientes⁶². Por lo tanto, y utilizando los criterios de Atienza; si consideramos mayoritariamente (moral social) que todo ser humano debe ser igualmente libre (universalidad); que la libertad coincide con los valores constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico (coherencia); que las consecuencias de optimizar el principio de libertad son, en general, positivas (adecuación a las consecuencias), supuesto que resulta a mi parecer obvio; y que la positivización del principio de libertad general no viola ninguna regla del discurso práctico racional (moral justificada), parece que la introducción de los neuroderechos de libertad (N1-N3) en el sistema jurídico es, a todas luces, un acto racional.

⁵⁸ Dado que los neuroderechos son una clase de derechos (ni más ni menos importantes que otros, *prima facie*), a partir de aquí las palabras neuroderecho y derecho se utilizarán de manera indistinta con el fin de mejorar la legibilidad del texto.

⁵⁹ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 318.

⁶⁰ A este respecto afirma Liborio Hierro que «[l]a concepción moral de la persona como agente autónomo es cabalmente el prerrequisito de toda argumentación moral, como Kant dejó establecido, y es el fundamento necesario, suficiente y unitario de los derechos humanos cuando estos son entendidos precisamente como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto» (Hierro, L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2000, pp. 351-375; p. 360).

⁶¹ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 323.

⁶² *Ibid.*, p. 324.

Siguiendo con nuestro análisis, el derecho de igual acceso a las mejoras tecnológicas por parte de todos los sectores de la población (N4) es, a mi juicio, el neuroderecho más controvertido de todos. En mi opinión, la fundamentación de N4 pasa por la correcta fundamentación de los derechos prestacionales en sentido estricto, fundamentación que fue ya realizada por Alexy a través de su concepción de la igualdad material. Para el autor alemán el principal argumento que puede darse a favor de este tipo de derechos es el argumento de la libertad. Es decir, según Alexy, la libertad jurídica (negativa) para hacer u omitir algo carece de valor si no existe una libertad fáctica para poder elegir realmente entre lo permitido. Parece no haber lugar a dudas de que, en el caso de un individuo que se encuentra en una situación de pobreza, la libertad jurídica le será prácticamente inútil hasta que no revierta su posición económica. Por otro lado, Alexy también aduce que para que un individuo se desarrolle digna y libremente, necesita un mínimo de libertad fáctica para poder *actuar realmente*⁶³, por lo que el argumento de la dignidad humana parece volver a cobrar bastante relevancia de cara a la positivización de N4.

Comparto, evidentemente, con el autor de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* que, sin un mínimo de libertad material, la libertad jurídica no tiene casi ningún valor. A mi juicio, afirmar que ciertos derechos sociales son necesarios para una correcta realización de la libertad y autonomía humanas es un argumento de suficiente peso como para exigir su positivización y cumplimiento real. En todo caso, si aceptamos la tesis de que, para un desarrollo adecuado de la autonomía y dignidad humanas y un uso real de la libertad jurídica es necesaria la existencia de un mínimo de libertad material, resulta obligatorio la positivización de los derechos sociales fundamentales mínimos. Pero volvamos con el neuroderecho N4. Como se recordará, lo que prescribe este derecho es el igual acceso las mejoras tecnológicas por parte de todos los sectores de la población, de lo que evidentemente se deduce que nos encontramos ante un derecho prestacional en sentido estricto que obliga al Estado a realizar una acción positiva de aspecto material sobre los ciudadanos que no tienen acceso a las mejoras tecnológicas de carácter neuronal. Esto es así porque los derechos prestacionales en sentido estricto son «derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo tuviera los medios suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtener también de los particulares⁶⁴».

Puesto que N4 puede superar, *prima facie*, cuatro de los cinco criterios propuestos por Atienza, que son el de universalidad (recuérdese que en la formulación de este derecho se indica que el acceso a las mejoras es para *todos* los sectores de la población), coherencia (este rasgo es válido para cualquier constitución que respete los derechos humanos), moral social (en el caso de que este derecho fuese aprobado de forma democrática) y moral justificada (todo apunta a que su inclusión jurídica es totalmente racional, ya que respeta las reglas del discurso práctico general y brota necesariamente del principio básico de libertad), la cuestión es entonces si N4 puede superar el filtro de adecuación a las consecuencias, teniendo en cuenta los derechos, valores o directrices afectados por su positivización. Por lo tanto, para ver esto, y siguiendo *grosso modo* el principio de proporcionalidad alexyano, deberemos situar en

⁶³ *Ibid.*, pp. 456-459.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 453.

un lado de la balanza las consecuencias positivas de su introducción en el ordenamiento jurídico y en el otro las negativas.

Respecto a las consecuencias positivas, hemos de tener en consideración que en una sociedad futura en la que no se positivizase N4, probablemente terminaría por darse una situación en la que existiesen humanos mejorados neurotecnológicamente y humanos no mejorados, hecho que podría producir una fractura social de enormes dimensiones entre estas dos clases de personas, con consecuencias catastróficas para el segundo grupo de humanos. Por lo que, de incluirse N4 en el sistema jurídico, este tipo de división social no podría producirse, o, al menos, se daría en un grado mucho menor, resultando una consecuencia evidentemente positiva. En el otro lado de la balanza (las consecuencias negativas de la positivización de N4), los dos argumentos que, según mi criterio, mayor peso ostentarían son el del coste financiero y el de la universalidad de los derechos sociales fundamentales básicos. Sobre el primer argumento poco o nada puede decirse, ya que lo que se requeriría para posicionarse correctamente acerca del asunto es un detallado estudio económico que tratase el coste real que el ciudadano medio tendría que asumir para satisfacer N4. No obstante, sobre el segundo fundamento sí puede decirse un poco más. Si anteriormente se expuso que N4 superaba el filtro de la universalidad, es porque dicha universalidad se predicaba de su propio contenido, sin embargo, si ampliamos la perspectiva de la universalidad hacia los derechos sociales fundamentales, la afirmación anterior ha de ser matizada. Esto es así porque pienso que, dentro de los considerados como derechos sociales, existen otros igual (o más) relevantes que N4, como por ejemplo el derecho a una alimentación básica, a la educación, a la vivienda, al trabajo o al acceso a internet, entre otros. Creo que, sin la previa satisfacción de estos derechos (los cuales, incluso en algunos de los estados más avanzados del planeta, aún están lejos de satisfacerse totalmente), el derecho al igual acceso a las mejoras tecnológicas serviría para poco⁶⁵.

Vayamos ahora con la argumentación correspondiente al último neuroderecho propuesto por Yuste, Genser y Herrmann, es decir, el derecho correspondiente a la protección contra el sesgo algorítmico o el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (N5). A mi parecer, lo más adecuado, sobre todo teniendo en cuenta las posibles implicaciones de la no positivización de N5, sería dividir este derecho en dos neuroderechos diferentes, uno orientado hacia la protección contra el sesgo algorítmico (N5₁) y otro referido a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (N5₂), ya que, en mi opinión, existen algunas distinciones entre N5₁ y N5₂ (como veremos a continuación), que, a pesar de no resultar demasiado relevantes de cara a su fundamentación, servirán para clarificar la argumentación de N5 en su totalidad.

Comenzando por N5₁, lo primero que ha de tenerse en cuenta es que, si bien los algoritmos son instrucciones programadas que se utilizan para solucionar problemas, los patrones algorítmicos que constituyen la toma de decisiones de una IA pueden suponer un peligro para el bienestar de una gran parte de la sociedad, pues la

⁶⁵ Son pertinentes aquí las palabras del profesor Pacheco Rodríguez, quien afirma que: «[c]ategorías como la dignidad, la autonomía o la libertad [...], son cofres vacíos cuando se abren en presencia del hambre y la miseria» (Pacheco Rodríguez, M. A., *El estado del Estado social*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 75).

probabilidad de que un algoritmo influya negativamente sobre un determinado sector poblacional es bastante alta. Esto es algo ya que puso de manifiesto el profesor Solove cuando probó que puede manipularse el estado de ánimo de las personas dependiendo del tipo de contenido de las noticias que les muestre un algoritmo personalizado⁶⁶. Todo apunta a que el problema aquí surge, no en la mera utilización de algoritmos en abstracto, sino en el uso del sesgo algorítmico referido a la neurotecnología, pues la utilización de un sesgo indica algún tipo de diferenciación o discriminación, en este caso hacia los humanos no mejorados neurotecnológicamente. Si reflexionamos acerca del uso de los algoritmos en este ámbito, resulta sencillo imaginar la utilización que las grandes empresas y estados harían de él. Quizá podría emplearse para clasificar y diferenciar entre dos clases de ciudadanos, lo que significaría que, a la hora de otorgar un valor a los derechos de las personas, se otorgase un valor más alto a los de los humanos mejorados neurotecnológicamente, lo que podría llegar a producir un detrimento de los derechos de los humanos no mejorados.

Llegados a este punto, en una sociedad en la que no se haya positivizado N5₁, el Estado, mediante el uso del sesgo algorítmico, podría asignar mejores o mayores recursos a las personas que gozasen de las mejoras neurotecnológicas, pues el algoritmo mostraría preferencia por ellas, perjudicando gravemente a aquellas que no disfrutasen de estos avances tecnológicos. Son impensables las situaciones que podrían darse en el futuro, sobre todo teniendo en cuenta el vertiginoso avance de las tecnologías, si N5₁ no entrase a formar parte de los ordenamientos jurídicos de los países. Incluso me atrevería a afirmar que es necesaria una actuación conjunta de todas (o la mayoría) de naciones del planeta para frenar la tendencia que se observa en los estados y empresas más poderosos del mundo a tomar decisiones relevantes basándose en este tipo de sesgos. A colación de ello, el reconocido iusfilósofo Luigi Ferrajoli agregó en su reciente *Constitución para la Tierra*, concretamente en su artículo 19, que «[n]adie puede ser sometido a decisiones automatizadas, basadas únicamente en algoritmos, relativas a su persona o que de cualquier modo incidan sobre su vida⁶⁷».

Por otro lado, en lo referente al derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (N5₂), parece que lo que se pretende positivizar en este caso no es tanto un derecho contra los sesgos de las IA, si no un derecho a favor de la protección contra la discriminación (en un sentido más amplio) hacia la población no mejorada neurotecnológicamente. Creo que este tipo de discriminación se diferencia de la que se produciría con la no positivización de N5₁ en que la misma no tiene por qué producirse en base a ningún sesgo algorítmico, sino que podría suceder fuera del ámbito de los algoritmos. Por ejemplo, puede pensarse el caso de una universidad que elevase la nota de acceso a sus estudios exclusivamente a las personas no mejoradas

⁶⁶ Solove, D., "Facebook's Psych Experiment: Consent, Privacy, and Manipulation. Teachprivacy.", 2014. Disponible en: <<https://www.linkedin.com/pulse/20140630055215-2259773-the-facebook-psych-experiment-consent-privacy-and-manipulation>>.

⁶⁷ Ferrajoli, L., *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022, p. 144. Además, respecto a los neuroderechos de libertad (N1, N2 y N3), seguidamente, añade: «(s)e prohíbe y se castigará cualquier aplicación de la inteligencia artificial o de la robótica capaz de violar la dignidad, la privacidad y la libertad de las personas» (*Ibid.*).

neurotecnológicamente, o el caso de un Estado que no permitiese la entrada a su territorio a los humanos no mejorados.

A mi juicio, este tipo de discriminaciones atentan gravemente contra el principio de universalidad, ya que, siguiendo a Alexy, aplicar un predicado F (no permitir el acceso) a a (a las personas no mejoradas) implica aplicar el mismo predicado F a los objetos idénticos a a en sus características relevantes, es decir, a las personas mejoradas con neurotecnología (a'). Como ya se indicó, esta fundamentación podría utilizarse también para argumentar a favor de la positivización de $N5_1$, ya que el hecho de aplicar el predicado F (los algoritmos muestran preferencia por) a b (únicamente los humanos mejorados) implica aceptar la premisa de que los humanos no mejorados (b') no poseen las mismas características relevantes que los humanos mejorados (b), lo cual, creo que es falso. Es evidente que todo ser humano posee una serie de derechos fundamentales independientemente de su condición física o mental, de su raza, su sexo... etc., por lo que podemos deducir que la única característica jurídicamente relevante para que un ser humano posea derechos humanos es que sea simplemente un ser humano. Con esta breve pero suficiente fundamentación creo que $N5$ en su totalidad supera, no solo el filtro de la universalidad (pues, como acaba de verse, su no inclusión en el sistema jurídico atentaría contra este principio), sino también el de coherencia (ya que, como se postuló en la fundamentación de $N4$, cualquier constitución avanzada es coherente con su positivización), adecuación a las consecuencias (recuérdese los posibles perjuicios ocasionados a los derechos de los humanos no mejorados), moral social (criterio sujeto a la aprobación democrática) y moral justificada (pues es un derecho que encaja a la perfección con las teorías constructivistas y no parece violar ninguna regla del discurso práctico).

5. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos visto que los neuroderechos humanos son presentados como un catálogo de nuevos derechos dirigidos a proteger al cerebro. Para una mejor comprensión de los mismos, Yuste, Genser y Herrmann han distinguido cinco tipos de neuroderechos, que son: el derecho a la identidad propia ($N1$), el derecho a la libertad de pensamiento ($N2$), el derecho a la privacidad mental ($N3$), el derecho a igual acceso las mejoras tecnológicas por parte de todos los sectores de la población ($N4$), y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico o el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología ($N5$).

Tras rechazar que la lógica puede utilizarse como único criterio para fundamentar las premisas del deber ser, en este trabajo se analizaron las teorías utilitarista, deontologista (Kant) y constructivista, las cuales creo que nos aportan diferentes puntos de vista que han de servirnos para articular correctamente el concepto de lo bueno en Derecho. De hecho, los criterios que expone Atienza para evaluar las argumentaciones jurídicas (recuérdense que eran los criterios de universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, moral social y moral justificada) parecen tener su base en las doctrinas éticas estudiadas en este trabajo. No obstante, antes de ello, se tomó como axioma inicial de cualquier argumentación la pretensión de

corrección de los actos regulativos, que no es otra cosa que la condición de posibilidad de argumentación de este tipo de enunciados. Unido a esto, se defendió que, dado que las razones últimas que pueden darse para justificar un acto jurídico solo pueden ser razones morales, parece obligatoria, de cara a procurar la no arbitrariedad en el Derecho, la necesidad de sostener una tesis objetivista en materia moral, que prescriba que existen acciones moralmente más objetivas que otras.

Teniendo presente todos estos rasgos teóricos, se propuso que la definición del término “bueno” en Derecho se encuentra estrechamente vinculada con conceptos como el de justicia y justificación. Si, como han expuesto algunos autores, el sentido del Derecho es la aspiración a la maximización de la justicia, creo que los actos mejor justificados (esto es, que presenten mejores argumentos) se corresponden con esta idea de justicia. Por esta razón, y tomando como base los criterios ya expuestos por Atienza para evaluar argumentaciones jurídicas, se dieron una serie de argumentos para justificar la positivización de los neuroderechos propuestos por Yuste, Genser y Herrmann. Para ello, se agruparon estos derechos en tres clases, los derechos de libertad (N1-N3), el derecho a un igual acceso a las mejoras tecnológicas (N4) y el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico o el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (que, como se vio, se divide en dos: N5₁ y N5₂).

Con todo, antes de proceder a dicha argumentación, se presupuso como bueno el supraprincipio de racionalidad (obsérvese la relación de este supraprincipio con el concepto de bueno), el cual creo que ha de tomarse como el principio máximo que ha de guiar todas las acciones referentes al Derecho, y del cual nacen, en mi opinión, dos principios jurídicos básicos, el principio de libertad general y el principio de universalidad. Pues bien, con todo esto presente, se sostuvo que la inclusión en el sistema jurídico de los neuroderechos de libertad (N1-N3) es correcta, no solo porque su análisis supera el filtro de los criterios sugeridos por Atienza, sino porque la libertad jurídica (entendida de forma negativa) es absolutamente necesaria para un adecuado desarrollo de la dignidad y autonomía humanas.

Por otro lado, se observó que el neuroderecho N4 se corresponde con la libertad fáctica o material. Con el apoyo de la teoría de Alexy, se determinó que la libertad fáctica es un presupuesto necesario de la libertad jurídica, pues sin un mínimo de libertad material la libertad jurídica se torna un “cofre vacío”. No obstante, también se mencionó que, a pesar de ser correcta *prima facie* la positivización de N4 (pues superaba, al menos cuatro de los cinco criterios atienzianos), lo verdaderamente relevante en este caso era estudiar si las medidas fiscales que han de tomarse para hacer verdaderamente efectivo el derecho N4 no lesionan desproporcionadamente la libertad dineraria de los contribuyentes. Además, como se recordará, también ha de tenerse presente que existen otros derechos sociales que son igual o más importantes que N4, como el derecho a una alimentación básica, a la educación, a una vivienda digna, al acceso a internet... etc., que todavía hoy, en muchos de los estados más avanzados del planeta, no se encuentran efectivamente garantizados, por lo que quizá fuese igual de (o más) urgente desviar parte de esos fondos estatales hacia la satisfacción de tales derechos.

Por último, en lo referente al neuroderecho N5, se estableció que lo ideal, para un mejor estudio argumental, era dividir este neuroderecho en dos, por una parte, el

derecho a la protección contra el sesgo algorítmico (N5₁) y por otra el derecho a que no se produzcan prejuicios en base a la neurotecnología (N5₂). Tras advertir, mediante una serie de supuestos ficticios, los peligros de la no positivización de N5 en su totalidad y exponer que su no inclusión en el ordenamiento jurídico atenta gravemente contra el principio de universalidad, se determinó que este neuroderecho superaba el filtro de los criterios de Atienza, por lo que la acción de incluir a N5 en el sistema jurídico no solo se encuentra correctamente justificada, si no que incluso parece obligatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, 2^o ed.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.
- Alexy, R.; García Figueroa, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- Atienza, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012.
- *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012.
- Austin, J., *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de Genaro R. Carrió; Eduardo A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 2016.
- Bentham, J., *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Claridad, Buenos Aires, 2008.
- Cáceres Nieto, E.; Diez García, J.; García García, E., “Neuroética y Neuroderechos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 2021, vol. 8, nº 15, pp. 37-86.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- Ferrajoli, L., *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022.
- García Figueroa, A., *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.
- *Moral de victoria: Una filosofía del deporte*, Hexis, Terrasa, 2021.
- *Praxis: Una introducción a la moral, la política y el Derecho*, Atelier, Barcelona, 2017.

- Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de Ramón Cotarelo García, Trotta, 2008.
- Hierro, L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2000, pp. 351-375.
- Ienca, M., “On neurorights”, *Frontiers in Human Neuroscience*, 2021, nº 15.
- Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de Emilio Miñana y Villagrasa; Manuel García Morente, Tecnos, Madrid, 2017.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Austral, Barcelona, 2016.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de Gregorio Robles; Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid, 2011.
- López-Silva, P.; Madrid, R., “Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, 2021, vol. 10, nº 1, pp. 53-76.
- McCormick, N., *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José Ángel Gascón Salvador, Palestra, Lima, 2018.
- Nino, C. S., *El constructivismo ético*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989.
- Pacheco Rodríguez, M. A., *El estado del Estado social*, Atelier, Barcelona, 2017.
- Rawls, J., *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Crítica, Barcelona, 2019.
- *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, FCE, México, 1995, 2ª ed.
- Solove, D., “Facebook’s Psych Experiment: Consent, Privacy, and Manipulation. Teachprivacy.”, 2014. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/20140630055215-2259773-the-facebook-psych-experiment-consent-privacy-and-manipulation>.
- Stuart Mill, J., *El utilitarismo*, trad. de Esperanza Guisán Seijas, Alianza, Madrid, 2014.
- Yuste, R.; Genser, J.; Herrmann, S., “It’s time for neuro-rights”, *Horizons*, 2021, nº 18, pp. 154-164.