

Cuidado con las alternativas

-

La doctrina lleva medio siglo planteándose la cuestión de las alternativas a la pena de prisión¹. En este punto se han examinado, ante todo, las posibilidades de la multa. No en vano, esta es una sanción que, desde los puntos de vista expresivo y preventivo-especial, parece suficientemente aflictiva y, además, no tiene efectos desocializadores². Por otro lado, desde la perspectiva del análisis económico, la multa previene el delito sin entrañar ningún coste para el Estado, algo no irrelevante en los tiempos actuales de permanente crisis presupuestaria. Sin embargo, no parece que existan grandes avances en este punto. Es cierto que la multa ha ido ocupando, en términos cuantitativos, el papel central en el sistema de sanciones jurídico-penales de muchos países desarrollados. No obstante, la prisión sigue siendo considerada la única sanción propiamente penal, lo que resulta muy relevante en la determinación de si alguna otra puede sustituirla en el ámbito de los delitos *mala in se* nucleares³. Además, en la mayoría de las naciones la prisión continúa siendo la sanción penal principal incluso en términos cuantitativos.

La multa y los trabajos en beneficio de la comunidad constituyen, en mi opinión, las alternativas más prometedoras a la prisión, fundamentalmente por exclusión de las demás. En efecto, las otras alternativas –tal como estas se plantean– no resultan especialmente sugerentes⁴. Ciertamente, quienes hacen hincapié ante todo en la dimensión de la pena como expresión cualificada de reproche se han fijado en la representada por las penas infamantes o «avergonzantes»⁵.

¹ KAHAN, «What Do Alternative Sanctions Mean?», *University of Chicago Law Review*, (63-2), 1996, pp. 591 ss.; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, 1997; CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009; EL MISMO, «¿Un Derecho penal sin pena de prisión?», en *LH Mir Puig*, 2017, pp. 41 ss.; MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, 2015; FARALDO CABANA/PUENTE ABA, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, 2013.

² COCA VILA, «La pena de multa en serio», *InDret*, (3), 2021, pp. 69 ss.

³ GRECO, «Von den mala in se zur poena in se», en KRETSCHMER/ZABEL (eds.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, pp.175 ss.

⁴ Dejo aquí de lado la propuesta de sustituir las sanciones negativas por sanciones positivas que premiarían la decisión de abstenerse de delinquir: GALLE, «The Economic Case for Rewards Over Imprisonment», *Indiana Law Journal*, (96-2), 2021, pp. 471 ss.

⁵ BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, 1989; LARRAURI PIJOAN, «Entwürdigende Strafen», *KritV*, (especial), 2000, pp. 97 ss.; MARKEL, «Are Shaming Punishments Beautifully Retributive», *Vanderbilt Law Review*, (54-6), 2001, pp. 2157 ss.; KAHAN, «What's Really Wrong With Shaming Sanctions», *Texas Law Review*, 84 (2005), pp. 2075 ss.; FLANDERS, «Shame and the Meaning of Punishments», *Cleveland State Law Review*, (54-4), 2006, pp. 609 ss.; KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie», *ZStW*, (118-1), 2006, pp. 44 ss.

Por su parte, quienes piensan en la inocuización del reo, apuntan a las diversas formas de control telemático. Sin embargo, aunque parece que evitar la prisión justifica el recurso a cualquier alternativa, las cosas no son tan sencillas. Como se ha señalado con razón, ello no debe dar lugar a que las demás opciones queden exentas del análisis de su conformidad con la Constitución⁶. Igualmente, tampoco procede afirmar que el consentimiento del reo –que sólo puede reputarse relativamente libre– puede bastar para su legitimación.

Aquellos que piensan fundamentalmente en una cierta forma de «reinserción» del reo han planteado la intervención quirúrgica cerebral, la farmacológica o, en general, la neurobiológica como alternativas dignas de consideración⁷. En realidad, no se trata de nada nuevo en términos conceptuales. Sin embargo, es preciso reconocer que las posibilidades técnicas actuales hacen posible la realización de intervenciones bastante más sutiles que las tradicionales lobotomías o la propia práctica de la «castración química». Así, en los últimos años se detecta en la bibliografía de Derecho penal y filosofía moral una proliferación de análisis de tales propuestas en esta línea, en términos tanto favorables⁸ como contrarios en diversa medida⁹. Al igual que en los viejos tiempos, algunos autores sostienen que estas intervenciones no sólo pueden reputarse lícitas con consentimiento del afectado –¿en la disyuntiva de tener que soportar la prisión?– sino también, en ciertos casos, aunque se lleven a cabo de modo coactivo. Precisamente esto, unido a los efectos que producen, determina que el panorama resulte bastante más inquietante que prometedor¹⁰.

Frente a quienes efectúan estas propuestas, la posición contraria esgrime uno de los «nuevos derechos». Este es el relativo al respeto de la identidad e integridad mental¹¹ o, expresado en términos de autonomía, el derecho a la autodeterminación neurobiológica¹². Ciertamente, al paso que vamos parece claro que estas pretensiones de indemnidad no sólo van a tener que esgrimirse frente a intervenciones punitivas o preventivas-asegurativas del Estado. Sin embargo, parece claro que este puede ser uno de sus escenarios fundamentales. Desde luego, es preciso superar la pena de prisión. Sin embargo, la pérdida de la libertad ambulatoria y de otras relevantes libertades físicas puede ser preferible a la pérdida de la identidad personal.

Jesús-María Silva Sánchez

⁶ WEISBURD, «Rights Violations as Punishment», *California Law Review*, (111), 2023, pp. 101 ss.

⁷ DELGADO, «Organically Induced Behavioral Change in Correctional Institutions: Release Decisions and the “New Man” Phenomenon», *Southern California Law Review*, (50), 1977, pp. 215 ss.

⁸ DOUGLAS, «Criminal Rehabilitation Through Medical Intervention: Moral Liability and the Right to Bodily Integrity», *Journal of Ethics*, (18), 2014, pp. 101 ss.; EL MISMO, «Nonconsensual Neurocorrectives and Bodily Integrity: A Reply to Shaw and Barn», *Neuroethics*, (12), 2019, pp. 107 ss.

⁹ Matizadamente, SHAW, «Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 1 ss.; más claramente, SPARROW, «Better Living through Chemistry?», *Journal of Applied Philosophy*, (31-1), 2014, pp. 23 ss.; VINCENT, «Restoring Responsibility: Promoting Justice, Therapy and Reform Through Direct Brain Intervention», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 21 ss.

¹⁰ BIRKS/DOUGLAS (eds.) *Treatment for Crime: Philosophical Essays on Neurointerventions in Criminal Justice*, 2018; RYBERG, *Neurointerventions, Crime, and Punishment: Ethical Considerations*, 2019; PÉREZ MANZANO, «Justicia penal y neuroderechos», *LH Díez Ripollés*, 2023, pp. 329 ss.

¹¹ Art. 3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

¹² BUBLITZ/MERKEL, «Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 51 ss.; MERKEL, R., «Neuroenhancement, Autonomie und das Recht auf mentale Selbstbestimmung», en VIERTBAUER/KÖGERLER (eds.), *Neuroenhancement*, 2019, pp. 43 ss.