

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

Jesús-María Silva Sánchez*

Sumario: **I.** El estigma de la pena. **1.** Condena penal y estigma. **2.** Estigma y sociedades “secularizadas”. **3.** El porqué de la estigmatización y su extensión. **II.** ¿Derecho penal sin estigma? **III.** El diverso fundamento de las clases de delito. **1.** El núcleo de los *mala in se* como delitos de la persona. **2.** La zona periférica de los *mala in se*: el miembro de la comunidad moral o política. **3.** Los *mala quia prohibita* como infracciones de deberes de colaboración. **IV.** Conclusión.

Resumen: El texto expone las razones que dan cuenta de la excepcionalidad del Derecho penal. En efecto, la dimensión estigmatizadora de la pena carece de correspondencia en cualquier otro ámbito de la política estatal. El porqué de tal excepcionalidad exige distinguir clases de delito, poniendo de relieve las diferencias existentes entre ellos. Se concluye criticando el recurso creciente por parte del Estado al refuerzo de meras políticas públicas mediante la pena.

Abstract: This article exposes the reasons that account for the exceptionality of criminal law. In effect, the stigmatizing dimension of a penalty has no correspondence in any other field of state policy. The reason for such exceptionality requires distinguishing types of crime, as well as highlighting the differences between them. The paper concludes by criticizing the growing recourse by the State to reinforce public policies through punishment.

Palabras clave: pena; estigma; *malum in se*; *malum quia prohibitum*; regulación

Key words: penalty, stigma, *malum in se*, *malum quia prohibitum*, regulation

* Catedrático de Derecho penal en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

I. EL ESTIGMA DE LA PENA

1. Condena penal y estigma

Una concepción del Derecho penal que parece ganar adeptos a ambos lados del Atlántico lo entiende como una “herramienta regulatoria”, es decir, un mecanismo más de refuerzo de políticas públicas.¹ Desde esta perspectiva el Derecho penal no tiene nada de particular frente a las otras reacciones coactivas del Estado, es decir, no es nada “excepcional”. En él se da coerción estatal cualificada, lo que constituye un fuerte desincentivo de la realización de conductas ilícitas, así como un importante factor de estabilización de las normas. Pero lo uno y lo otro lo hacen asimismo tanto el Derecho privado como el Derecho administrativo. Por lo demás, las conductas punibles no tienen que mostrar un “merecimiento” especial, porque en el Derecho penal no existe especificidad alguna en cuanto a los contenidos. Ni en cuanto al contenido de sus ilícitos, ni en cuanto al contenido de sus sanciones. La diferencia entre el Derecho penal y otros sectores del ordenamiento no es categorial, sino pragmática. El iuspublicista alemán Klaus-Ferdinand Gärditz lo dice con claridad: “*La cuestión de si algo es conceptualmente Derecho penal resulta, desde la perspectiva del principio democrático, carente en amplia medida de significado*”.² Por tanto, la decisión sobre los casos en los que se recurre a la pena como refuerzo de determinadas normas de conducta tampoco requiere una fundamentación sustantiva. Se justifica como cualquier otra decisión política. En particular, a través del procedimiento de legitimación democrática en el marco de la Constitución.³

Esta visión del Derecho penal como mero refuerzo regulatorio cualificado carente de singularidad —como *plus*, no *aliud*—⁴ tropieza, sin embargo, con la evidencia. Al respecto basta con dos constataciones. La primera es que la legislación penal —y

¹ MELISSARIS, Emmanuel. “*Toward a Political Theory of Criminal Law*”. *NCLR*. 15 (1): 122 y ss., enero 2012; CHIAO, Vincent. “*Two Conceptions of the Criminal Law*”. En: FLANDERS, Chad y HOSKINS, Zachary (Eds.) *The New Philosophy of Criminal Law*, London; Rowman & Littlefield International, 2015, pp. 19 y ss., 23. Cfr. asimismo el desarrollo de estas ideas en CHIAO, Vincent. “*Criminal Law in the Age of the Administrative State*”. Oxford, Oxford University Press, 2018. Una descripción de esta corriente (“política”) frente a la denominada “moral”, en GARVEY, Stephen P. “*Was Ellen Wronged?*”. *CL&Ph*. 7 (2): 185 y ss., junio 2013. En Alemania, GÄRDITZ, Klaus-Ferdinand. “*Strafbegründung und Demokratieprinzip*”. *Der Staat*. 49 (3): 331 y ss., 2010; el mismo. “*Staat und Strafrechtspflege*”. Paderborn, Schöningh, 2015. P. 47; el mismo. “*Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*”. *JZ*. 71 (13): 641 y ss., julio 2016, con amplias referencias; WOHLERS, Wolfgang. “*Criminal Law as a Regulatory Tool*”. En: DYSON, Matthew y VOGEL, Benjamin (Eds.) *The Limits of Criminal Law*. Anglo-German Concepts and Principles, Cambridge; Intersentia, 2018, pp. 235 y ss., 237.

² GÄRDITZ, Klaus-Ferdinand. *op. cit.* (nota 1), 2010, p. 365.

³ CHIAO, Vincent. *op. cit.* (nota 1), 2015, pp. 25, 27. Se legitima, por tanto, con base en criterios de correcta distribución de cargas y beneficios sociales (esto es, de justicia distributiva).

⁴ Contra la idea del Derecho penal como “*aliud*” TRENDLENBURG, Cornelius. “*Ultima ratio?*”. Frankfurt am Main, Lang, 2011. Pp. 140 y ss.

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

sólo ella— prevé sanciones privativas de libertad, cuya imposición y ejecución constituye una forma de coerción estatal cualitativamente distinta de todas las demás.⁵ La segunda, la que interesa subrayar en este texto, es que cualquier condena penal —aunque en ella no se imponga una pena de prisión— constituye una intensa expresión de reproche (*censure, Tadel*) al reo por el hecho cometido.⁶ El juicio en virtud del cual se afirma que el sujeto ha cometido un injusto culpable y se le impone una condena, en tanto que hecho punible, no es en absoluto neutral. Por tanto, las opiniones que afirman que el Derecho de un Estado democrático pluralista es ejercicio de coacción externa axiológicamente neutra⁷ no lo pueden sostener, como enunciado descriptivo, para el Derecho penal, ni el del pasado ni el del presente.⁸

La expresión de reproche que se contiene en la condena penal produce un efecto directo en el penado. Este es un estigma⁹ que le desacredita de modo pleno —y con cierta permanencia—¹⁰ ante la comunidad. En realidad, en términos cronológicos el descrédito se inicia bastante antes de la eventual constatación del injusto culpable.

Por un lado, empieza a tener lugar ya de la mano del inicio del procedimiento, con los prejuicios sociales que le son inherentes. Pero, por otro lado, se prolonga más allá de los términos del efectivo cumplimiento de la sentencia. Ni siquiera la can-

⁵ Este fue uno de los ejes de SILVA Sánchez, Jesús-María. *“La expansión del Derecho penal”*. 1ª. Ed. Madrid, Civitas, 1999; 2ª. Ed. Madrid, Civitas, 2001; 3ª. Ed. Montevideo, BdeF, 2011. Cfr. pp. 131 y ss., 178 y ss. de la tercera edición.

⁶ VON BAR, Carl Ludwig. *“Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien”*. Berlín, Weidmann, 1882. P. 320; KÜHL, Kristian. *“Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht”*. Baden-Baden, Nomos, 2001. P. 9; VON HIRSCH, Andreas. *“Warum soll die Strafsanktion existieren?”*. En: VON HIRSCH, Andreas, NEUMANN, Ulfrid y SEELMANN, Kurt (Eds.) *Strafe – Warum?*, Baden-Baden; Nomos, 2011, pp. 43 y ss., 50-52; DUFF, R. Antony. *“The Realm of Criminal Law”*. Oxford, Oxford University Press, 2018. Pp. 18-19.

⁷ Sobre la coerción como lo propio del Derecho en Kant, cfr. BYRD, Sharon. *“Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”*. *Law and Philosophy*. (8): 151 y ss., 154-155, 1989.

⁸ El reproche (o avergonzamiento) es inherente al Derecho penal: FLANDERS, Chad. *“Shame and the Meaning of Punishment”*. *Cleveland St. L. R.* (54): 609 y ss., 626, 2006.

⁹ Merkel, Adolf. “Derecho penal. Parte General”. Montevideo, BdeF, 2004. P. 199; KADISH, Sanford H. *“Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations Regulations”*. *U. Chicago L.R.* 30 (3): 423 y ss., 437, 1963; COFFEE, John. C. *“Does ‘Unlawful’ Mean ‘Criminal’?”*. *Boston U.L.R.* 71 (2): 193 y ss., 200-201, 235, 1991; HUSAK, Douglas. *“The Philosophy of Criminal Law”*. Oxford, Oxford University Press. 2010. Pp. 347-348; KLEINFELD, Joshua. *“Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life”*. *Harvard L.R.* 129 (6): 1486 y ss., 1541, abril 2016, contraponiendo la función de control y la función de expresión de condena, de las que sólo la segunda es específica del Derecho penal; KUNZ, Karl-Ludwig. *“Die Sanktionen der Gesellschaft und die Antworten des Strafrechts”*. En: SAFERLING [et al.] (Eds.) *Festschrift für Streng*. Heidelberg; C.F. Müller, 2017, pp. 377 y ss., 382.

¹⁰ KUNZ, Karl-Ludwig. *op. cit.* (nota 9), p. 382. Aunque el reproche tenga lugar por un hecho concreto. Como dice el refrán: “por un perro que maté, mataperros me llamaron”.

celación de los antecedentes penales y de otras consecuencias legalmente previstas —por ejemplo, la inclusión de los datos del penado en registros públicos de exdelinquentes— le pone fin. El resultado del reproche —el estigma— queda imprimido de forma aparentemente indefinida en el sujeto.

Debe subrayarse que la afirmación de que la condena penal tiene una dimensión estigmatizadora de quien la sufre se realiza aquí en términos estrictamente descriptivos del modo de operar del Derecho penal. En efecto, cuando se habla de que el Derecho penal expresa una “*moral condemnation*”, no siempre queda claro si ello se afirma en términos descriptivos puros, en términos descriptivos críticos —es decir, como punto de partida para deslegitimarlo—, o bien en términos normativos, es decir, en el marco de una teoría de la legitimación.¹¹ Este texto tampoco puede considerar otros múltiples aspectos de lo que aquí está en juego. Así, no entra en la naturaleza del estigma. Por eso, no discute si tal expresión de reproche es ético-social o sólo jurídica.¹² En la doctrina, sostiene con claridad Zaczyk que sólo es jurídica: “La pena es un instituto jurídico, no es reproche moral (*moralischer Tadel*); su concepto es la disminución del estatus jurídico de otro”. De lo contrario, la comunidad tendría la posibilidad de acceder a la “totalidad del ser humano”. Esto no debe tener lugar ni para beneficiar al sujeto. El sujeto se divide en sujeto moral y sujeto jurídico, separados entre sí.¹³

También hace abstracción del fenómeno —existente en algunos países— de que la condena penal o su ejecución adopten concretas formas “estigmatizadoras” o, por el contrario, de una “vergüenza integradora”.¹⁴ Es cierto que la pena que concre-

¹¹ Teorías basadas en la legitimación del reproche se hallan en Duff o von Hirsch, ya citados, entre otros muchos. Un análisis de la teoría de Duff en SACHS, Caspar. “*Moral, Tadel, Buße, Zur Strafretheorie von Antony Duff*”. Baden-Baden, Nomos. 2015. Pp. 151 y ss.; cfr. también MARTÍN Lorenzo, María. “Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de von Hirsch y Hörnle”. ADPCP. t. 50 (1-3): 533 y ss., 1997. Relacionándolo con la antropología FRISCH, Wolfgang. “*Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Strafretheorie*”. *Goldammer's Archiv*. 166 (9): 537 y ss., 548 y ss., 2019. En el sentido de la deslegitimación del reproche, desde una perspectiva filosófica, WOLF, Jean-Claude. “*Das Böse*”. Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus. 2011. Pp. 157 y ss.; WOLF, Jean-Claude y HAAZ, Ignace. “Strafe als Tadel? Argumente pro und contra”. En: VON HIRSCH, Andreas, NEUMANN, Ulfrid y SEELMANN, Kurt (Eds.) *Strafe Warum?*, Baden-Baden; Nomos, 2011. Pp. 69 y ss. Pero la alternativa que se propone es la de siempre: un Derecho de medidas. En todo caso, la bibliografía es amplísima: MARTINS, Antonio. “*Ein nachmetaphysisches Strafrecht?*”. *ZIS*. 9 (10): 514 y ss., 518, 521, 2014.

¹² Esta es una de las discusiones más vivas en la doctrina desde finales del siglo XIX: cfr. FREUND, Georg y ROSTALSKI, Frauke. “*Strafrecht AT*”. 3ª. Ed. Heidelberg, Springer. 2019. § 1 nm. 59; ROSTALSKI, Frauke. “*Der Tatbegriff im Strafrecht*”. Tübingen, Mohr Siebeck. 2019. P. 33, con múltiples referencias en nota 55. De nuevo, no es fácil determinar si los autores lo afirman en sentido descriptivo o normativo.

¹³ ZACZYK, Rainer. “Schuld als Rechtsbegriff”. En: NEUMANN, Ulfrid y SCHULZ, Lorenz (Eds.) *Verantwortung in Recht und Moral*. ARSP. t. 74, pp. 103 y ss., 114, 2000.

¹⁴ BRAITHWAITE, John. “*Crime, Shame and Reintegration*”. Cambridge, Cambridge University Press.

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

tamente se imponga y se ejecute puede incrementar el efecto general de reproche —en uno u otro sentido—. Sin ir más lejos, la permanencia en prisión —dolor penal— añade estigmatización a la condena: por eso la prisión duele por partida doble o triple. Pero ya la condena penal es sustancialmente infamante y por eso “duele”. En efecto, da pie a la calificación pública del condenado como “malo” (malhechor, criminal).

En resumen, nos encontramos ante una constatación que puede incomodar. Incluso habrá quien afirme que, en una sociedad plural, las cosas no deben ser de este modo, sino que el Derecho penal tiene que ser neutral. Ello, sin embargo, no cambia la realidad. Así que, aunque sólo sea “mientras tanto”, la dimensión estigmatizadora no puede ser ignorada en ninguna construcción normativa del Derecho penal.

El estigma que se asocia al castigo es, con una muy elevada probabilidad, el resultado de la construcción del delito como un “pecado secular”. De hecho, incluso en el plano terminológico es relevante que durante siglos el término *peccatum* no sólo significara pecado contra Dios, sino también delito. Además, fue común entender que la mayor parte de las leyes penales obligaban en conciencia. De modo que los delitos eran, a su vez, pecados. Para ello, obviamente, era preciso que fueran cometidos en ejercicio del libre albedrío. Sólo esto permitía fundar la culpabilidad.

Sin embargo, la progresiva secularización de las monarquías absolutas y, luego, de las monarquías y repúblicas constitucionales no cambió las cosas. Esto a esto a lo que se pretende señalar señalando que el delito se mantiene como “pecado secular”. Ello sucede en la misma medida en que tiene lugar, asimismo, una “deificación” del monarca y luego, en definitiva, del Estado. Ello se hace especialmente patente en los planteamientos hegelianos: el delito es un pecado contra el Estado que contradice la razón del ciudadano, como miembro de ese Estado que ha creado su personalidad y le ha dado la libertad de ser fiel. Pero subyace a todas las concepciones modernas.

La fuerza de esta línea de pensamiento es tal que incluso la influencia de los autores deterministas que pretendieron una total secularización del Derecho penal no ha conseguido desvirtuarla, ni privar de fuerza cuasi-teológica al castigo.

2. Estigma y sociedades “secularizadas”

La intensidad del reproche y de su efecto de estigma no ha sido reducida un ápice por la “secularización” del Derecho penal, es decir, por la difusión de las doctrinas tecnocráticas del Derecho penal como medio de prevención general negativa. De hecho, cabe incluso constatar que en las últimas décadas la dimensión avergonzante del castigo estatal ha incrementado su incidencia en la sociedad. Existen seguramen-

1989. Pp. 100 y ss.

te varias razones que explican por qué. Pero dos de ellas son, a mi juicio, especialmente importantes, pues manifiestan el importante cambio que ha traído consigo la fragmentación social característica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

Las sociedades contemporáneas, plurales hasta el extremo de la desvertebración, carecen cada vez más de instancias dotadas de autoridad moral al margen del Derecho penal. En primer lugar, la conciencia personal está perdiendo su papel tradicional. Hubo, en efecto, una época en la que se reconocía y apreciaba la importancia social de la existencia de baremos internos de corrección de la conducta. La práctica de la virtud moral era reconocida como una relevante condición pre-política de vida en común. Sin embargo, en las últimas décadas ha sido clara la difusión del modelo contrario.

El reconocimiento de la pluralidad de formas de vida ha conducido a la equiparación relativista de todas ellas. Imbuido de esta ideología, el individuo contemporáneo renuncia a establecer cualquier baremo interno —ya sea por la asunción de una moral religiosa, o de un criterio secular— de la bondad o maldad de sus acciones.¹⁵ La cultura dominante ha sido calificada como cultura del deseo. Es cierto que el razonamiento práctico, basado en una norma interna de conducta que no sea la de satisfacer el deseo, le incomoda. Pero si el deseo inmediato se convierte en el baremo de la acción, el sujeto deviene —en lo que hace a la moral personal— anómico y la propia noción de infracción desaparece.

En términos sociales, el relativismo tiende asimismo a eludir el juicio moral sobre las conductas ajenas. En efecto, si se carece de un baremo para juzgar los propios actos, con mayor motivo se hace difícil apelar al baremo ajeno y a su culpa. En la vida social, la idea de que lo que no se define como punible no es ni bueno ni malo, sino mera cuestión de opinión, está convirtiendo progresivamente al Derecho penal en la única instancia de definición de la moralidad pública. El Derecho penal, ciertamente, no puede suscitar culpa: de entrada, no opera de modo intrínseco. Pero sí puede avergonzar: transmitir que “el Estado” reprueba lo que alguien ha hecho. En tal caso, todos los relativistas se suman a la tarea del descrédito moral del infractor. Esto significa que cuando la pena asume funciones de sucedáneo de la moral personal, su dimensión avergonzante tiende a crecer. Sin embargo, a diferencia de la culpa, que abre una clara dimensión de arrepentimiento y reintegración, en la vergüenza los efectos desintegradores quedan abiertos.

Lo anterior no es todo. En sociedades crecientemente fragmentadas también se incrementa el recurso a la legislación penal como un medio de “lucha”. En el marco de una terminología bélica, que los medios de comunicación han hecho suya, la caracterización de los sujetos combatidos como “malos” (en el sentido de enemigos) es casi

¹⁵ GARCÍA Huidobro, Joaquín. “El derecho ante la sociedad de riesgos”. *Revista de Derecho Público*. t. 2 (63): 10 y ss., 20 y ss., septiembre 2016.

obvia. En este sentido, la fragmentación social puede haber producido una creciente americanización de la cultura punitiva europea, que entre los años sesenta y noventa del siglo pasado era claramente integradora.¹⁶ Americanización significa aquí tendencia a que el reproche adquiera un carácter de exclusión, socialmente desintegrador.

Sentado lo anterior, sí cabe advertir una cierta paradoja. La doctrina incurre con frecuencia en una especie de falacia normativista: un jurista secular no “debe” hablar de retribución, porque eso es moralizante, de modo que la pena “es” un instrumento de prevención general moralmente neutro. A partir de ahí, se trata de repetir una y otra vez que el Derecho penal constituye sólo un instrumento regulatorio más —una manifestación más de coacción estatal—, pero con consecuencias jurídicas más graves y por tanto más disuasorio. Ello determina ciertamente que deba ser “proporcionado”. Lo que ocurra en el plano moral no le concierne al Derecho.

El autoengaño de la doctrina no se extiende, en cambio, a los legisladores. Estos, más realistas, son conscientes de la diferencia cualitativa que establece el Derecho penal. Conocen perfectamente la fuerza disuasoria que se deriva de la connotación de la pena como estigma moral. También saben que la perspectiva de padecerlo constituye un importante desincentivo de la comisión de delitos —al menos para algunos grupos sociales—. Esto explica el proceso de creciente criminalización de infracciones regulatorias, esto es, de ilícitos administrativos. En él se trata de la instrumentalización del estigma, mediante la provocación del miedo a la pérdida reputacional. Ello se utiliza como mecanismo de prevención general.¹⁷

3. El porqué de la estigmatización y su extensión

Cabe preguntarse por qué la condena penal posee tan intensa capacidad para la expresión simbólica de reproche. Una primera posibilidad sería afirmar que ello es debido a que manifiesta con claridad que el ciudadano se separa del Derecho del Estado, que niega el orden tal y como este se ha pactado entre todos. Esta es la tendencia de las teorías contractualistas del Derecho penal. Pero si ello fuera cierto, en primer lugar, los Estados sólo podrían castigar a quienes han participado en el contrato social. Además, en segundo lugar, lo que vale para el Derecho penal valdría para el Derecho público en general, esto es, para cualquier infracción administrativa y su sanción. Estas también estigmatizarían. Sin embargo, ni lo uno ni lo otro es cierto. Por lo tanto, el reproche y el estigma no tienen que ver con la cuestión formal/contractual de la negación del orden del Estado y de su reafirmación coercitiva, sino con algún contenido concreto de ese orden, que es lo específicamente penal.

¹⁶ KLEINFELD, Joshua. “Two Cultures of Punishment”. *Stanford L.R.* 68 (5): 933 y ss., 1015 y ss., junio 2016.

¹⁷ Ya crítico KADISH, Sanford H. *op. cit.* (nota 9), p. 442.

La connotación moral de la condena deriva, al menos, de tres factores. Por un lado, de la gravedad objetiva del núcleo de los hechos que denominamos delitos (¡crímenes!). En segundo lugar, de los criterios de imputación especialmente rigurosos que se exigen para la imputación subjetiva y la atribución de culpabilidad por esos delitos. Y, en tercer lugar, del estándar probatorio intensamente cualificado que —entre otras garantías procesales— debe ser respetado para concluir que alguien no es “inocente”, sino “culpable” de un delito. Si se tiene en cuenta este complejo sistema de filtros —mediante el que se entra en la propia implicación interna del sujeto en lo que ha hecho—, se advertirá que la pena no es una “consecuencia jurídica” más. Se hace difícil ver en ella la expresión de la gestión de una política pública cualquiera, o de una distribución equitativa de los costes de la prevención, o del ejercicio de mera coerción. La pena criminal es, en definitiva, algo más que la expropiación coactiva de un derecho y por ello tiene una incidencia clara sobre el honor del condenado, cualitativamente superior a la de cualquier otra sanción estatal.

Aquí no se entrará ni en el segundo, ni en el tercer elemento que se acaban de mencionar. Es innegable la relevancia decisiva que tiene la constatación de culpabilidad personal en el marco de un juicio justo para la condena penal. Sin ella, no se explica la singularidad del Derecho penal como institución dotada de tan intensa capacidad de reproche. El objetivo de este texto solo es, sin embargo, profundizar algo en el primer elemento. Para tratar de él —la gravedad objetiva de lo criminal— hay que detenerse en los delitos dolosos arquetípicos —homicidio, lesiones, violación, tortura, secuestro, calumnia—, que tradicionalmente reciben la denominación de *mala in se* (en singular, *malum in se*: hecho consustancialmente malo).

En ellos cabe advertir que, además del daño físico que producen, constituyen graves expresiones simbólicas de desprecio por las víctimas. Al cometerlos con *dolus malus*, el agente expresa de modo categórico su superioridad sobre aquellas, que se ven cosificadas y humilladas, en algunos casos hasta el extremo. Los delitos mencionados destruyen su identidad o su integridad, en lo corporal y/o en lo moral. Por eso frente a tales delitos tienen lugar, de modo espontáneo, intensas emociones sociales reactivas, que convierten el ilícito en una cuestión de todos (una cosa pública: *res publica*). La comunidad, en efecto, experimenta indignación y el Estado hace suya esta reacción, al tiempo que intenta neutralizarla. Por eso, tras constatar los hechos más allá de toda duda razonable, en la condena tiene lugar una grave reprobación estatal de la conducta y de su autor (como criminal, malhechor).

Pero la capacidad de expresar descrédito que tiene la maquinaria del Derecho penal es enorme. Tan es así, que se extiende incluso a aquellas conductas legalmente tipificadas que, antes de ser inculpas, carecían *per se* de una clara connotación en relación con la moralidad pública. En concreto, a los *mala quia prohibita* (en singular, *malum quia prohibitum*, es decir, malo en tanto que prohibido). En efecto, en estos no existe víctima individual (son *victimless crimes*), salvo de modo muy indirecto. Por lo demás, las emociones sociales reactivas tampoco surgen espontáneamente

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

cuando se cometen, salvo que hayan sido inducidas o educadas previamente por los poderes públicos (como ha sucedido mediante la incriminación de delitos fiscales, ambientales o financieros).¹⁸

Ciertamente, cualquier ilícito, por el mero hecho de haber sido criminalizado, se convierte en algo distinto. Accede a ese mundo aplicativo propio de la jurisdicción penal que se comentaba más arriba, en el que rigen requisitos de lesividad, de imputación subjetiva, de culpabilidad y de prueba propios del conjunto del Derecho penal. Sin embargo, aun así resulta sorprendente la capacidad de manchar al autor que tiene la asociación de una pena a su conducta infractora. Esa virtualidad estigmatizadora alcanza incluso a sujetos cuya connotación de agentes morales resulta más que discutible, como las personas jurídicas.¹⁹ En realidad, parece que la pretensión principal del legislador al sancionar penalmente a las empresas es “avergonzarlas”, es decir, en realidad, instrumentalizar el miedo de sus directivos a ese avergonzamiento que se añade al que se pueda derivar de sus penas individuales.²⁰

Por tanto, los *mala quia prohibita* pasan a ser delitos únicamente en virtud de una decisión legislativa estatal, que es la expresión de una particular estrategia de refuerzo de regulaciones estatales extrapenales. Sin embargo, la criminalización los envuelve de un halo de maldad, que se debe a su asociación con los *mala in se*. Para algunos autores, ello no plantea problemas. Otros, en cambio, han planteado la cuestión de la legitimación de tal proceder.

II. ¿DERECHO PENAL SIN ESTIGMA?

Ciertamente, todo cambiaría si el Derecho penal perdiera la referida dimensión de reproche. Pero no es fácil que la pierda. De vez en cuando reaparecen los intentos de construir un Derecho penal sin reproche, frecuentemente vinculados a filosofías de-

¹⁸ SILVA Sánchez, Jesús-María. “Valoraciones sociales y Derecho penal”. En: En busca del Derecho penal. Buenos Aires; BdeF, 2015, pp. 35 y ss., 45 y ss. Sobre el efecto moralizante de la criminalización en el ámbito económico: BALL, Harry V. y FRIEDMAN, Lawrence M. “The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: A Sociological View”. *Stanford L.R.* 17 (2): 197 y ss., 209-211, enero 1965

¹⁹ Sobre la polémica de la agencia moral en las personas jurídicas, en sentido negativo, CIGÜELA Sola, Javier. “La culpabilidad colectiva en el Derecho penal”. Madrid, Marcial Pons. 2015. Pp. 249 y ss., con amplias referencias a las posiciones enfrentadas. Respecto a la capacidad estigmatizadora de la pena a las personas jurídicas, que no tienen las sanciones administrativas (pese al idéntico contenido jurídico-formal), DIAMANTIS, Mihailis E.. “Corporate Criminal Minds”, *Notre Dame L.R.* (91): 2049 y ss., 2077 y ss., 2016.

²⁰ Próximo, CIGÜELA Sola, Javier. *op. cit.* (nota 19), pp. 259-260; ya BUELL, Samuel W. “The Blaming Function of Entity Criminal Liability”, *Indiana L. J.* 81 (2): 473 y ss., 2006. Además, pretende que los directivos, atemorizados, operen como la *longa manus* del Estado en la prevención especial de delitos. Pero eso es otro tema que merece tratamiento separado.

terministas. Sin embargo, las propuestas de finales del siglo XIX, de los años setenta del siglo XX y las más recientes, vinculadas al neurocientificismo, han sido ejemplos claros de sendos fracasos. Lo cierto es que ese Derecho penal de medidas asépticas de seguridad y corrección no ha llegado a adquirir siquiera visos de realidad.

En las últimas décadas, algunos autores sí han discurrido sobre la posibilidad de que una parte del Derecho penal —o bien un hipotético sector del ordenamiento jurídico intermedio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador— pudiera imponer sanciones cualificadas con respecto a las administrativas, pero sin connotación alguna de reproche ni de estigmatización. Sin embargo, la propuesta no es realista. Cuando el poder legislativo del Estado recurre al refuerzo de una regulación mediante la imposición de penas busca precisamente dos cosas. Por un lado, en el caso de imponer penas privativas de libertad, se pretende intimidar a los destinatarios tanto con la trascendencia fáctica de estas como con su intensa capacidad de expresión de reproche.

Por otro lado, en el caso de que se recurra a una de las demás penas, cuyo contenido fáctico es idéntico al de las sanciones administrativas, se busca intimidar precisamente con el peculiar efecto de comunicar reproche que deriva de su denominación de “penas”.²¹ Como es evidente, aquí no se trata de un mero nombre, sino de la estigmatización inherente a asignar a la jurisdicción penal la competencia sobre un hecho. Expresado con claridad: del estigma consistente, de entrada, en hacer que quien comete un *malum quia prohibitum* entre por la misma puerta y se siente en el mismo banquillo que quien ha asesinado a otro. Así las cosas, parece claro que la elucubración de crear un nuevo sector del ordenamiento jurídico (y un nuevo orden jurisdiccional) está condenada al fracaso. La pretensión de recurrir como mero refuerzo preventivo a un Derecho “pseudo-penal” que estuviera privado de la especial capacidad de comunicar reproche que es inherente a la “pena” -si eso fuera posible- es vana. En realidad, no intimidaría (por avergonzamiento) más que el Derecho administrativo porque sería Derecho administrativo.

III. EL DIVERSO FUNDAMENTO DE LAS CLASES DE DELITO

1. El núcleo de los *mala in se* como delitos de la persona

Los delitos que constituyen *mala in se* lesionan la condición humana básica (la vida, la integridad física y moral, los bienes personales en general). Tienen, pues, su fundamento en la lesión de la moralidad elemental que rige la relación interpersonal pre-política. Del vínculo de humanidad se deriva el deber de respeto a la dignidad de

²¹ Lo reconoce CORNFORD, Andrew. “Preventive Criminalization”. *New Criminal Law Review*. 18 (1): p. 33, febrero 2015.

uno mismo y del otro, algo que constituye un deber natural para todos.²² Por tanto, el deber de obedecer las normas que el Estado acoge en relación con los llamados *mala in se* se relaciona con el preciso contenido de esas normas, que es el que las hace verdaderamente vinculantes. Pero si esto es así, entonces su calificación como meros “injustos del ciudadano” (*políticos*, en el sentido de derivados de la configuración de la *polis*)²³ es deficitaria. Son bastante más que eso, porque tienen una condición *pre-política* (es decir, son previos a la *polis*). Así, no sólo expresan un déficit de cooperación con el Estado como garante de las libertades públicas.²⁴ Sobre todo, manifiestan la ruptura drástica del vínculo interpersonal básico (el deber de respeto a la identidad e integridad física y moral). Como tales, son injustos de una persona que niega la humanidad. Por su propia naturaleza, las normas de conducta que prohíben injustos de la persona tienen vigencia universal.²⁵ Al tipificar, juzgar y absolver o condenar por estos delitos, el Estado no se mueve sólo en la relación política con sus ciudadanos. Por el contrario, actúa en representación de la comunidad humana universal —como comunidad pre-política— y por delegación implícita de esta.²⁶

Pues bien, dada la peculiaridad de los *mala in se*, parece legítimo que en ellos se le dirija al sujeto un reproche por la comisión del hecho antijurídico, al que sigue la pena como sanción merecida. El autor se ha manchado las manos *lato sensu* de la sangre de un hermano. Esa mancha de la sangre es el estigma originario que, como un espejo, se refleja en la pena.²⁷ Pero para evitar que la pena constituya asimismo una negación de la humanidad del reo, también en ellos hay que evitar que la estigmatización del autor lo excluya de modo permanente.

2. La zona periférica de los *mala in se*: el miembro de la comunidad moral o política

La doctrina tradicional partió de una distinción binaria entre los *mala in se* y los *mala quia prohibita*. Sin embargo, es cierto que más allá del núcleo de los *mala*

²² SILVA Sánchez, Jesús-María. “*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*”. Barcelona, Atelier. 2018. Pp. 68-69.

²³ PAWLIK, Michael. “*Das Unrecht des Bürgers*”, 2012; el mismo. “*Ciudadanía y Derecho penal (trad. Robles/Pastor/Coca)*”. Barcelona, Atelier. 2016.

²⁴ PAWLIK, Michael. *op. cit.* (nota 23), 2012. Pp. 90 y ss.; el mismo. *op. cit.* (nota 23), 2016. Pp. 42 y ss.

²⁵ Por tanto, la fuerza obligante de estas normas no deriva de ningún contrato social. La posición contraria en muchos autores, anglosajones y alemanes. Por todos, GARVEY, Stephen P. *op. cit.* (nota 1), pp. 207-208.

²⁶ SILVA Sánchez, Jesús-María. *op. cit.* (nota 22), pp. 111-112.

²⁷ Aquí no es posible entrar en la cuestión de que la finalidad de la pena fuera, además, lavar esa sangre (y, además, hacerlo con más sangre). Cfr. Génesis 9.6: “Quien vertiere sangre de hombre, por otro hombre será su sangre vertida, porque a imagen de Dios hizo El al hombre.”

in se, al que me he referido hasta aquí, debe apreciarse la existencia de una relación de gradualidad.²⁸ En la periferia de los *mala in se*, en efecto, tiene lugar una integración de lo humano-universal, propio de toda persona, con la dimensión social de la persona histórica como *zoon politikon*, que ya no es necesariamente universal sino que se inscribe en una comunidad socio-cultural concreta. Además, ahí se manifiesta también la incidencia de un orden estatal determinado. En esta zona intermedia es preciso distinguir dos grandes subgrupos de delitos.

En el primer subgrupo cabe incluir aquellos que lesionan gravemente los vínculos —naturales o adquiridos— que definen las relaciones interpersonales en sociedad.²⁹ Estos parten de una verdad universal: todo ser humano, como ser vulnerable y dependiente, necesita vínculos familiares, así como construir otras relaciones basadas en la confianza y en el respeto recíprocos. Todos estos elementos son *bona in se*, lo que significa que sus lesiones tienen que ser criminalizadas como *mala in se*. Pero los contornos de las figuras delictivas están determinados por un contexto histórico-cultural concreto.³⁰ Los legisladores expresan esta idea de modo explícito o implícito cuando en la tipificación de delitos recurren a elementos normativos del tipo. Me refiero aquí en particular a los elementos normativos de valoración y de sentido social, pero también, por ejemplo, a la incidencia de la institución de la adecuación social y a la configuración de posiciones sociales de deber (sí se quiere, roles).

Por tanto, los delitos que tipifican lesiones de relaciones sociales adquieren una configuración distinta, en función de cómo se configure una concreta cultura comunitaria, en interacción básicamente con el Derecho civil. Las reconstrucciones del Derecho penal que lo ponen en relación con una determinada eticidad (*Sittlichkeit*) tienen *in mente* – a mi juicio, en forma algo sobredimensionada – esta clase de delitos.

En el segundo subgrupo se comprenden delitos cuyo núcleo de *malum in se* es asimismo claro, de modo que requieren su criminalización en cualquier sociedad. En efecto, ningún Estado podría desproteger penalmente la propiedad individual ni la libertad personal de acción, ni la interrelación entre esferas de propiedad o libertad. Pero su protección penal tiene lugar tras su integración con un orden estatal primario. Así, son el Derecho civil y el Derecho administrativo quienes determinan el orden preciso de propiedad y libertad, así como los canales relevantes de relación que se protegen en un Estado concreto. Ello se advierte, por ejemplo, en la técnica de tipificación de los delitos que consisten en la lesión no violenta

²⁸ En sentido próximo, GREEN, Stuart P. “The Conceptual Utility of *Malum Prohibitum*”, *Dialogue*. 55 (1): 33 y ss., 2016.

²⁹ KLEINFELD, Joshua. *op. cit.* (nota 9), pp. 1486 y ss., 1549 y ss.

³⁰ En las que, a su vez, inciden obviamente las relaciones económicas y los avances técnicos: KÖHLER, Michael. “*Strafrecht. Allgemeiner Teil*”. Heidelberg, Springer. 1997, p. 36.

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

de la propiedad o de la libertad ajena.³¹ Igualmente, en los delitos imprudentes de lesión personal.

Para apreciar la integración de lo personal con lo estrictamente jurídico-estatal basta fijarse en la técnica legislativa que se utiliza con frecuencia en este ámbito: los elementos normativos del tipo, concretamente los de contenido jurídico. Mediante ellos se perfila en primer lugar el significado jurídico-penal y luego, la valoración jurídico-penal del hecho. El significado del hecho se hace depender de un determinado orden jurídico-político de propiedad³² o de libertad.³³ En lo que hace al ámbito valorativo, el legislador suele recurrir tanto a los elementos normativos de valoración jurídica, como a los elementos típicos de antinormatividad o de valoración global del hecho. Las figuras delictivas legales tienen, en medida por determinar, elementos de *malum in se* y de *malum quia prohibitum*.

Si la comisión de un delito perteneciente al núcleo de los *mala in se* determina la formulación de un reproche radical, incondicional, en esta categoría ello se desdibuja. No porque no haya razones sólidas para un reproche por la comisión de delitos *mala in se* cuya definición concreta está condicionada en términos históricos y sociopolíticos. En efecto, la identidad e integridad física y moral del ser humano, dada la naturaleza vulnerable y dependiente de este, requiere la incorporación de una “segunda naturaleza” sociocultural. Sin el haz socio-jurídico de relaciones con los demás no hay vida humana posible. Pues bien, quien lo lesiona no se mancha ciertamente las manos de sangre, pero impide vivir una vida auténticamente humana. Ocurre, sin embargo, que el reproche que se le dirija ya admite matices y condiciones. Cabe que una realización típica concreta no alcance realmente a los presupuestos socio-jurídicos de la vida de los otros.³⁴ En el caso concreto de cada infracción de esta clase es importante, por tanto, discernir si -y en qué medida- se afecta realmente al “*in se*” humano.

3. Los *mala quia prohibita* como infracciones de deberes de colaboración

En la base de los llamados *mala quia prohibita* hay ciertamente también un *bonum* personal. En última instancia, se trata de los presupuestos de la vida humana

³¹ Es importante a este respecto el trabajo de MELISSARIS, Emmanuel. “Property offences as crimes of injustice”, *CL&Ph*. 6 (2): pp. 149 y ss., junio 2012.

³² Que establece cuándo algo es una “cosa”, “mueble” y, sobre todo, cuándo es “ajena”. Pero, en otro orden de cosas, qué es un “documento”, etc.

³³ Incluso de libertad sexual. Piénsese en el debate sobre la edad en la que el consentimiento, aunque exista, es irrelevante.

³⁴ Sobre la dimensión convencional de estos delitos, BAKER, Dennis J. “The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law”, *McGill L.J.* 56 (2): 349 y ss., 371 y ss., 377 y ss., febrero 2011.

en sociedad. Al respecto, está clara la existencia del deber personal de contribuir al sostenimiento vital (alimentación y vestido, vivienda, sanidad, educación, cultura) de los demás miembros de la comunidad que lo necesitan. Sin embargo, en sociedades complejas es el Estado el que subviene a ello. Aquel deber interpersonal —frente al prójimo— se redefine entonces como deber de colaboración con el Estado.

Así surge el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas en los términos y porcentajes que establece el Estado, y conforme a las reglas de conformación del presupuesto y del gasto público. Entonces, la infracción del deber se formaliza y pasa a ser la mera vulneración de criterios concretos de organización de la comunidad política. Los *mala quia prohibita* son, pues, lesiones de un orden estatal en relación con la gestión pública de bienes comunes o no distribuibles (ambiente, urbanismo, mercado, tributos, tráfico viario, el propio orden estatal).³⁵

Desde luego es cierto, en primer lugar, que la comisión de estas infracciones manifiesta un cuestionamiento de la autoridad del Estado o, en otras palabras, una falta de colaboración con el orden establecido por este. En segundo lugar, también es posible que su realización acabe redundando —en términos indirectos, estadísticos o acumulativos— en una afectación de bienes supraindividuales o individuales, en ambos casos, relativos a las personas.³⁶ El agente admite que, si todos hicieran lo mismo que él hace, tarde o temprano se acabaría produciendo —por mera estadística o por acumulación— la lesión de bienes. En tercer lugar, la realización de un *malum quia prohibitum* expresa la pretensión del sujeto de distanciarse de los conciudadanos que sí cumplen con la normativa correspondiente, tomando ventaja frente a ellos.³⁷

Todo eso es cierto. Pero todos estos elementos están presentes asimismo en las infracciones administrativas. El cumplimiento de las normas del Estado, sea cual sea su contenido, forma parte del contrato político de los ciudadanos. Tal cumplimiento es expresión del deber cívico-político de cooperar con el Estado en el mantenimiento de un orden que redunde en la libertad de todos. El orden es bueno en sí, pero sobre su contenido pueden existir desacuerdos. Por tanto, en cuanto a su concreta definición no queda sino apelar a la legitimidad del procedimiento seguido. Pero esto significa que en la definición de los *mala quia prohibita* no es posible escapar de la noción de “infracción del orden” establecido.

³⁵ Crítico LARKIN, Paul J. “Regulation, Prohibition, and Overcriminalization: the Proper and Improper Uses of the Criminal Law”, *Hofstra L. R.* 42 (3): 745 y ss., 746., 2014.

³⁶ Es cierto, pues, como dice WOHLERS, Wolfgang. *op. cit.* (nota 1), p. 245, que la libertad individual en una sociedad compleja requiere que se aseguren las condiciones institucionales de su ejercicio.

³⁷ No veo que, sin embargo, se pueda afirmar que al cometer un *malum quia prohibitum* se lesione un derecho de los conciudadanos (a saber, el derecho que tienen a que cumpla las normas). Cfr., sin embargo, WELLMAN, Christopher Heath. “Rights Forfeiture and *Mala Prohibita*”, en: DUFF, R. Antony [et al.] (eds.) *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford; Oxford University Press, 2013, pp. 77 y ss., 84 y ss.

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

Ahora bien, no en vano, esta expresión (*Ordnungswidrigkeit*) es la que precisamente designa en alemán a las infracciones propias del Derecho penal administrativo, en el que las sanciones carecen del reproche propio de la pena. La criminalización o no criminalización en estos casos parece, pues, cuestión de mera opción. Al respecto, es cierto que la voluntad de la mayoría legítima puede reclamar obediencia de sus decisiones y aplicar coerción a la desobediencia.³⁸ Pero ¿cabe estigmatizar a quien desobedece las decisiones de la mayoría simplemente por el hecho de hacerlo?

El ilícito regulatorio se construye a partir de una primera decisión distributiva del Estado, a saber, la de quién tiene que soportar las cargas derivadas de las exigencias de la contribución a la gestión de lo “común” de los integrantes de la comunidad. Una vez tomada esta primera decisión, la segunda es si el hecho de soportar las cargas debe traducirse en incentivos de unas actividades, desincentivos de otras, o una combinación de ambas estrategias. La tercera decisión es la de qué concretos desincentivos deben emplearse: la prohibición o mandato bajo sanción de determinadas acciones, la tributación, etc. En el ámbito administrativo, la prohibición de una acción bajo sanción no deja de ser un desincentivo. Desde la perspectiva de los desincentivos, por tanto, prohibición o tributación de lo indeseado, o bien promoción de lo deseado no dejan de ser equivalentes funcionales.

Ahora bien, una sanción que conlleva no únicamente coerción, sino también condena moral (reproche), sólo puede constituir la respuesta a la infracción de una norma categórica, cuyas infracciones culpables merecen pena y por eso se persiguen bajo el principio de legalidad procesal.³⁹ En la criminalización de *mala quia prohibita* se convierte en merecedor de condena lo que no es, de entrada, más que una opción estatal para incentivar conductas de colaboración con el Estado. Ello se advierte incluso en la técnica legal que se suele emplear en ellos: la ley penal en blanco. Los legisladores proceden a criminalizar infracciones regulatorias a sabiendas de la peculiaridad de la pena. El recurso a ella supone estigmatizar como inmoral la realización de aquello que prohíben las regulaciones del Estado. Algunos autores han advertido con claridad esta estrategia. Así, se señala categóricamente que la opción por la pena, en lugar de por la sanción administrativa, responde sin más al “grado de efecto discriminatorio que el legislador considera apropiado”.⁴⁰

³⁸ En este punto tiene razón GARVEY, Stephen P. *op. cit.* (nota 1), pp. 208-210.

³⁹ KÖHLER, Michael. *op. cit.* (nota 30), p. 30, con referencia a las obras de E.A. Wolff y Zaczyk, lo formula en el sentido de exigir una afectación concreta de la libertad y no una mera incidencia sobre las condiciones abstractas del ejercicio de la libertad personal.

⁴⁰ “the degree of discriminatory effect which the legislature considers appropriate”: WOHLERS, Wolfgang. *op. cit.* (nota 1), p. 257, añadiendo que el legislador debería recurrir a la pena sólo (!) cuando considera necesaria la prisión o cuando “hay necesidad de incrementar el efecto intimidatorio del castigo y/o el legislador pretende añadir una cierta reprochabilidad a una conducta”.

Las consecuencias prácticas que tiene esta “política” son muy relevantes. En la aplicación judicial de los tipos regulatorios criminalizados, se practican reducciones teleológicas, se activan las exigencias de imputación subjetiva y culpabilidad, y se cumplen los estándares probatorios del Derecho penal. Criminalizado sin razón el hecho, se intenta al menos criminalizar también las garantías. Desde luego, ello no está exento de tensiones, pues la lógica regulatoria tiende a eliminar sutilezas. Pero lo cierto es que el sistema de filtros propio del Derecho y del proceso penal puede conducir a absoluciones. Algunos autores arguyen que esto es menos eficiente que el recurso al Derecho administrativo sancionador.⁴¹ Así tratan de poner en evidencia la, para ellos, extraña opción del legislador por lo simbólico/ineficiente frente a lo eficiente/neutral.

Sin embargo, al tiempo que criminaliza ilícitos regulatorios, el legislador va incorporando los acuerdos negociados, así como la exención de pena para regularizadores o delatores, entre otras novedades. En definitiva, no sólo se permite jugar estratégicamente con la pena imponible, sino que incluso se sirve del estigma como instrumento de negociación. La pretensión de la criminalización de infracciones regulatorias, en efecto, no es necesariamente llegar al juicio oral. Más bien, los fines pretendidos se cumplen perfectamente con una solución “negociada” en las fases anteriores del proceso.⁴² Así las cosas, parece que el Derecho penal de los *mala quia prohibita* puede llegar a ser muy eficiente. Sobre todo, cuando no se llega a aplicar en un juicio oral...

El legislador, al transformar la imposición de una simple multa administrativa en una pena, mancha al sujeto sancionado y, con ello, abandona su posición neutral-coercitiva frente a él. Por tanto, si se criminaliza una conducta carente de connotación moral, o carente de la suficiente connotación moral, se está instrumentalizando indebidamente la capacidad estigmatizadora de la pena. El punto de partida es la asociación de la conducta con otras indiscutida e incluso indiscutiblemente reprochables. A partir de ahí, se trata de utilizar la potencia intimidatoria de la vergüenza;⁴³ y, de paso, de promocionar por ósmosis una moralidad que no existe en la sociedad.⁴⁴

IV. CONCLUSIÓN

Una observación del Derecho penal actual conduce a la siguiente conclusión. Existen dos grandes grupos de delitos que no pueden explicarse por completo como

⁴¹ Ya LEVI, Michael. “Shaming and the Regulation of Fraud and Business “Misconduct””. En: KARSTEDT, Susanne y BUSSMANN, Kai (Eds.) *Social Dynamics of Crime and Control*. Oxford; Hart. 2000, pp. 117 y ss., 131-132.

⁴² DERVAN, Lucian E. “White Collar Overcriminalization: Deterrence, Plea Bargaining, and the Loss of Innocence”. *Kentucky Law Journal*. 101 (4): 723 ss., 751, 2013.

⁴³ KUNZ, Karl-Ludwig. *op. cit.* (nota 9), p. 387.

⁴⁴ *Ibid.* p. 386.

El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos

mala in se. En el primer grupo de estos delitos, el fundamento de la criminalización se halla ciertamente en un *malum in se*, aunque los perfiles de las concretas figuras delictivas se proyecten sobre una realidad en la que influyen consideraciones socioculturales o jurídico-estatales (de Derecho privado o público). En todo caso, históricas. En el segundo grupo de estos delitos, sin embargo, la propia criminalización responde a una decisión estratégica jurídico-estatal de conminar con pena la infracción de una regulación administrativa. Aquí interesa subrayar esto último.

La expansión del Derecho penal se ha producido en amplia medida utilizándolo como un mecanismo más de refuerzo de políticas públicas. Ciertamente esto da la razón a los partidarios de la denominada concepción “política” del Derecho penal, que lo entienden como manifestación de una política pública más. El problema radica, sin embargo, en que la pena es mucho más que una aséptica expropiación de derechos. Por tanto, ninguna pena puede reducirse a “coerción cualificada”. Se trata, por el contrario, de una expresión de reproche que produce un estigma en el penado. El déficit fundamental de las teorías “políticas” del Derecho penal radica en su incapacidad para integrar la especificidad del reproche propio de la pena.

Entre tanto, los legisladores criminalizan para reforzar regulaciones públicas, sin pretender justificarlo más que en la legitimidad política de su decisión y en la necesidad de recurrir a coerción cualificada. Al hacerlo, se sirven de la pena con dos fines, uno simbólico y otro instrumental. Por un lado, la utilizan para redefinir desobediencias al Estado como hechos moralmente reprochables; por el otro, aprovechan el miedo a la pena -al estigma moral- como recurso preventivo. En suma, los legisladores cuando criminalizan estos delitos llevan a cabo ciertamente una política pública. Lo que ocurre es que esta es la política del estigma.

Al tipificar las infracciones administrativas, el legislador procede con conciencia de la especificidad de la pena. Recurrir a ella es estigmatizar como fuertemente inmoral lo que está prohibido por la normativa estatal. Sin embargo, al transformar la imposición de una simple multa en un castigo, el legislador renuncia a su posición neutral de coacción hacia el infractor. Al relacionar el comportamiento con otros, incluso innegablemente reprobables, se utiliza el poder disuasorio de la vergüenza. Sin embargo, criminalizar un comportamiento que no tiene suficientes connotaciones inmorales es una instrumentalización inadmisibles del efecto estigmatizador del castigo.⁴⁵

La expansión del derecho penal se ha producido en gran medida utilizándolo como un mecanismo más para reforzar el orden público. En este punto, tienen razón los defensores de la llamada concepción “política” del derecho penal, que lo ven como expresión de una política pública más amplia. Sin embargo, el castigo es algo más que una expropiación aséptica de derechos. Por lo tanto, ninguna pena puede

⁴⁵ *Ídem*.

reducirse a una “coacción cualificada”. Esto, además, explica las garantías excepcionales que se aplican a su imposición. Es cierto que estas garantías del derecho sustantivo y del procedimiento penal pueden conducir a la absolución del delincuente. Por esta razón, algunos autores han argumentado que la criminalización de las conductas es menos eficaz que el recurso al derecho administrativo sancionador.

Con ello, pretenden poner de manifiesto la supuestamente extraña elección del legislador al optar por la política pública de lo simbólico -de la carga moral o de la ineficacia- frente a la ley neutra y eficiente. Sin embargo, hay que destacar que el legislador no sólo ha tipificado como delito las infracciones administrativas, sino que simultáneamente ha incluido los acuerdos negociados en el Derecho procesal penal. Esto demuestra que el objetivo de la penalización de las infracciones administrativas no es necesariamente llevarlas a los tribunales. Por el contrario, los objetivos deseados se alcanzan de forma óptima mediante un acuerdo negociado en la fase inicial del procedimiento. En estas circunstancias, el Derecho penal de *mala quia prohibita* parece ser muy eficaz, ya que el objetivo es evitar que el caso llegue a juicio.⁴⁶

En resumen, cuando el legislador criminaliza las infracciones administrativas, hace sin duda política: la estigmatización como política. Además, esta política de justicia penal se lleva a cabo a menudo sin permitir que las garantías sustantivas y procesales penales desempeñen su papel en el juicio principal. Estigmatización por desobediencia al Estado, y sin juicio: una conclusión sombría para las políticas públicas del siglo XXI.

⁴⁶ DERVAN, Lucian E. *op. cit.* (nota 42), pp. 741 ss., 751.