

*Los límites del castigo en el Derecho penal**

Zainer PIMENTEL CAVALCANTE COSTA

“Ni la tribu ni la ciudad pueden vivir sin una ley penal, escrita o no escrita”

Alejandro Groizard. *El Código Penal de 1870 comentado y Concordado*, 1870.

I

En los últimos dos lustros hemos observado con preocupación que en países como Francia y España, sólo por citar dos ejemplos, acostumbrados a niveles de seguridad ciudadana considerados razonables en relación a otras parte del mundo (como podría ser Brasil y México), la sociedad tiene la sensación de que aumenta algunos tipos de criminalidad, en especial la llamada delincuencia callejera, aunque esta percepción de que aumenta de manera considerable la criminalidad ni siempre esta contrastada con la realidad de los hechos delictivos. De cualquier forma, en paralelo se ha puesto de moda el tema del endurecimiento de las sanciones penales, quizá en parte debido al crecimiento de la información mediática respecto de la delincuencia, principalmente tras el aumento de las propuestas políticas de combate al crimen, un tema que en los períodos electorales es sacado a la luz especialmente desde las fuerzas políticas más conservadoras, siempre dispuestas a formular grandes proyectos para atajar el problema de la inseguridad ciudadana. La delincuencia fue un tema estrella en los comicios presidenciales del país galo (en 2002 y en menor medida en 2007), donde los partidos políticos conservadores acabaron sacando provecho electoral de la sensación de inseguridad ciudadana que se vivía en los centros urbanos más populosos de Francia¹.

II

* Dedico este pequeño ensayo a Lara.

Quisiera advertir que la mayoría de las ideas básicas que se vierten en este trabajo no son originales. En el texto se pretende realizar un recorrido por el pensamiento jurídico-penal en torno al tema del que nos ocupamos.

¹ Cancio Meliá advierte de un verdadero “clima punitivista” en el debate político con el recurso a la criminalización como único criterio político-criminal. Pero matiza que también este debate se está produciendo con coordinadas políticas distintas al tradicional reparto de roles que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política: demanda de descriminalización y derecha política: demanda de criminalización. (Vid. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 70 y 71). El profesor Cancio Meliá tiene la razón, la barrera entre las ideas de los partidos políticos mayoritarios en esta materia ha desaparecido completamente. Demandar más criminalización es casi un consenso entre las fuerzas políticas de centro-izquierda y de derecha.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

En España, que es la realidad en la que nos vamos a detener, en los años de 2003-04 el gobierno de corte político conservador (con el apoyo de la oposición de centro-izquierda del partido socialista) resolvió reformar el Código penal de 1995 modificándole de un plumazo 180 preceptos (LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003). Además se reformó la ley de prisión provisional y fueron realizadas otras pequeñas alteraciones que aparecían divulgadas en los medios de comunicación de masa con una constancia sorprendente. Parece que se ha intentado transmitir a la ciudadanía la sensación de que con los urgentes cambios en la legislación se resolverían todos los problemas de inseguridad ciudadana. Este recurso ha sido criticado duramente por algún jurista², denominándolo legislación a “golpe de pancarta”, habida cuenta de la rapidez con que salía el Derecho criminal a dar respuesta a problemas de dudoso alcance penal. En efecto, la estrategia del parlamento nacional era sacar una reforma legal siempre que había cualquier clamor social por justicia, especialmente inmediatamente después de casos concretos de hechos delictivos dramáticos de gran repercusión periodística que causaba una grande conmoción social. Una situación que desgraciadamente es cada vez más frecuente, independiente del nivel de desarrollo de las ciencias penales en el país

Pese a todo, el debate sobre la seguridad ciudadana desgraciadamente no dio lugar a propuestas de política criminal eficaces, al contrario, al fin todo no pasó de ciertas respuestas centradas en la persecución policial de los delincuentes o en reformas de la legislación penal que proponían todavía más dureza del sistemas de penas para la mayoría de los delitos. Se optó claramente por favorecer las opciones criminalizadoras, alejando otros mecanismo de control social menos traumáticos para la sociedad.

Todo ello se ve agravado por la falta de criterio informativo, o la información abiertamente mala, que los medios de comunicación ofrecen sobre la criminalidad. En España el fenómeno se observa de manera evidente a partir algunos hechos delictivos de gran repercusión mediática (v. gr.: la fracasada actuación judicial en el caso del asesinato de la joven Rocío Waninnkof, objeto de una cobertura amplia por los medios). A partir de casos como éste, algunos sectores de la sociedad (animados por ciertos medios de comunicación) empiezan a demandar una reforma inmediata del Código penal, de la ley del jurado, de la prisión provisional, etc. y el parlamento los usa como pretexto para introducir reformas legales ante lo que había sido un caso de simple ineficacia del sistema judicial-policial³. Se realizan las reformas más despropositadas del

² El penalista español Rodríguez Devesa consideraba que la legislación era promulgada a golpe de pancarta cuando las leyes penales aparecen al calor de hechos delictivos que provocaban un gran clamor social por demandas de criminalización de determinadas conductas.

³ En el año de 2008 un nuevo caso dramático de delincuencia sexual puso en jaque al sistema penal español. El problema estuvo relacionado más con el mal funcionamiento de la administración de justicia que con la eficacia de las leyes penales. La ineficaz conducción del proceso de un delincuente sexual, le permitió evitar la prisión y así terminó por permitir un escalofriante caso del secuestro y muerte en de una niña andaluza. Como demuestra ese caso el problema, en muchas ocasiones, no está relacionado con eficacia de las leyes penales, sino que falla el sistema en su conjunto.

ordenamiento jurídico penal, teniendo como eje principal la agravación de las penas, lo que comporta por lo general, una fuerte devaluación de sistema garantista constitucional. Las reformas del Código penal de 2003 incrementan notablemente las penas de prisión, aportando más elementos de regresión a un Derecho penal de autor, característico de los regímenes autoritarios, que propios de un Derecho penal moderno, en que el recurso a la sanción penal está justificado por su dramática necesidad⁴. En efecto, la intención era disuadir e intimidar a grupos sociales específicos, con leyes de emergencia restrictivas de derechos y libertades fundamentales, lo que parece ser síntoma de un momento de crisis de legitimidad del Estado democrático, en el cual el aspecto garantista da paso a la idea de un mayor control. Fueron reformas que permitieron reinstaurar la legislación excepcional o de emergencia, recortando las garantías individuales, lo que podría llegar a ocasionar la ruptura de los modelos sociales vigentes hasta ahora⁵.

La intervención del Derecho penal no se quedó limitada sólo a la esfera de la delincuencia común. En un determinado momento quiso alcanzar también a la esfera política. Peligrosamente, el legislador penal español hizo uso de la sanción penal para injerirse en la reglamentar la actividad puramente política. La maquinaria reformista legal llegó a extremos insospechables con la reforma penal de diciembre de 2003 (LO 20/2003, de 23 de diciembre de 2003) que introduce el art. 50bis que castigaba la convocatoria de determinadas consultas populares⁶. Un retroceso innegable para el Derecho penal del estado democrático, limitado a la intervención mínima del *ius puniendi*, respetuoso con la clásica división de los poderes del Estado y que intenta dejar fuera del ordenamiento legal los conflictos relativos a la actividad puramente política.

III

En tiempos en los cuales ha funcionado la prisión de Guantánamo, un lugar donde se han producido hechos como la prisión provisional indefinida y al margen del todo control de los órganos judiciales, la negación del derecho a un letrado, o hasta el colmo de la práctica de tortura, del sometimiento a los tribunales militares de excepción y de otras vejaciones que sufrieron los detenidos en la cárcel estadounidense, parece que se explicita la regresión en la aplicación de los principios básicos de Derecho, que vienen orientando el ordenamiento jurídico penal de los países de nuestro entorno cultural. Se ha echado por tierra el reconocimiento de la libertad y seguridad personales que proscriben la prohibición de cualquier tipo de detención

⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *¿Un Derecho penal mejor?*, Diario El País, 16 de febrero de 2003.

⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *¿Un Derecho penal mejor...* op.cit.

⁶ En pocas palabras, la introducción de este tipo delictivo visaba frenar, con la amenaza penal a la propuesta de consulta de un referendo sobre la ampliación de las cotas de autonomía para una determinada Comunidad Autónoma histórica del Estado español. Dejando de lado las valoraciones sobre la constitucionalidad de la propuesta de consulta popular, es difícil aceptar que el legislador penal pudiera incorporarla tan a la ligera al restringido ámbito de la criminalidad. Especialmente porque estamos hablando de una criminalidad directamente contra la actividad política, que debe ser manejada con mucho cuidado por el Derecho penal, principalmente al considerarlo como la *ultima ratio*.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO

Reflexiones sobre la idea de sanción

arbitraria sin causas fijadas por la ley y con arreglo a lo establecido en ella, conforme dictó el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos (PIDCP). Sin mencionar la negación de la garantía del preso a ser informado de las razones de su detención (art. 9.2 PIDCP) y lo más grave, ser conducido sin demora ante la autoridad judicial, ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad, así como el carácter excepcional de la prisión preventiva (art. 9.3 PIDCP).

En nuestros días el Derecho penal gana cada vez más protagonismo mediático como mecanismo de ordenación de las conductas. Se le pide arreglar conflictos sociales que están más relacionados con la realidad económica, social y política que con temas del campo puramente criminológico, y desde luego no con su verdadera función que es la de proteger la convivencia humana en la comunidad⁷. Por ello, su eficacia se puede ver seriamente cuestionada, puesto que no se tiene en cuenta que la justicia penal es sólo una parte de un sistema de control social, cuya actuación debe ser el último recurso, en caso de que fallen los otros medios de atajar los desajustes en la convivencia social. Al contrario de lo que piensan algunos autores, que abogan por un Derecho penal impiadoso, no podemos negar la validez de la vieja máxima lisztiana: el Derecho penal como Magna Carta del delincuente, en donde están aseguradas la igualdad en su aplicación y la libertad individual frente al Leviatán estatal. En este sentido se deben establecer límites a la pena para el individuo jurídico-penalmente rebelde, garantizando el derecho de ser castigado dentro del marco estricto de la legalidad⁸, no sometiendo su libertad a las arbitrariedades del poder absoluto del Estado.

No parece apropiado que el Derecho penal se haya instalado en el centro de la actividad política, provocando una especie de “judicialización” de la misma. Este fenómeno ha provocado que esta disciplina ingrese en ámbitos hasta ahora reservados a otras ramas jurídicas. Se trata de una tendencia que, por un lado, evidencia la necesidad de asegurar (aunque sea mediante la pena) ciertas conquistas del estado de bienestar, pero por otro, comporta un riesgo de “desnaturalización” del Derecho penal⁹. La sensación de que la seguridad ciudadana se está deteriorando, hace que llegue a figurar entre las mayores preocupaciones de los ciudadanos, junto a temas de política y economía más graves como el paro, la escasez de vivienda, la pobreza y la marginación social, que en muchos casos actúan en verdad como causas del aumento de la inseguridad. Como si no bastase, es visible el aumento del acoso policial en los grandes centros urbanos a la pequeña delincuencia, considerada responsable por la mayoría de los delitos. Estos

⁷ JESCHECK, Hans, Heinrich, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, trad. y adiciones Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, T. I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 3.

⁸ Ver el Programa de Marburgo de Liszt. VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: La prevaricación”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Los delitos de funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 13 y 14.

infractores son perseguidos como si fueran peligrosos criminales y atraen hacia sí la atención de los mandos de las policías locales y nacionales.

El endurecimiento de las penas, la persecución implacable de la pequeña delincuencia, las tesis de tolerancia cero contra la criminalidad forman parte del debate político diario. Parece que algunos mentores de estas nuevas “tendencias criminológicas” se quieren burlar del progreso en el campo de las conquistas teóricas y prácticas en torno de la pena, llevándonos a retroceder a la infancia de los pueblos cuando la pena servía para satisfacer deseos de venganza de clase o privada. Pese a todo ello, la sensación de inseguridad aumenta y los ciudadanos, sea en Latinoamérica o, ahora en Europa, se ven compelidos a aceptar las más despropositadas y autoritarias reformas penales nunca vistas en la historia contemporánea de las democracias consolidadas. Todo esto porque faltan proyectos gubernamentales alternativos que estén fundados en las ciencias criminológicas y penales. Los parlamentos creen simplemente que con penas elevadas se puede atajar el crecimiento de la actividad delictiva. Parece que han sido olvidadas las bases del progreso de la política criminal, un conocimiento que en su esencia no es nada más que bucear en la utilidad, oportunidad y conveniencia de las normas penales para guiar a los legisladores, quienes han de valorar la necesidad social a la hora de crear normas jurídicas y delimitar los criterios socio-políticos que sirven de parámetros funcionales, basados en la realidad social, para la actividad de la interpretación y aplicación de la ley, así como para la elaboración de sus reformas, ofreciendo alternativas en virtud de las concretas contingencias y necesidades sociales¹⁰. No son así las reformas penales sacadas de las oficinas de los partidos políticos que proponen el endurecimiento de la pena como consigna válida para resolver todos los problemas en materia criminal, en contradicción con las lecciones del Derecho penal, que nos viene enseñando el sentido humanizador del castigo desde los clásicos ilustrados hasta la actualidad. La pena garantista es así porque el Derecho penal no puede ser un instrumento exclusivo al servicio de los intereses del poder de turno, el cual en muchos casos lo usa con el mero fin de soslayar los problemas reales de la delincuencia. Al contrario, debe ser un sistema de control social capaz de dar respuestas en su justa medida al fenómeno del delito.

Quizás para algunos ya estamos demasiado lejos de las enseñanzas del Marqués de Beccaria y John Howard –padres del derecho penal moderno– cuya principal labor fue la de denunciar las barbaries de los sistemas penales (siglo XVIII), dando paso a la evolución de la pena hacia su fin de reinserción social que viene recogido en las cartas constitucionales contemporáneas de los Estados democráticos y de derecho. El retroceso es realmente preocupante; desgraciadamente el olvido de las enseñanzas de los clásicos ya ha empezado: basta con mirar las recientes reformas penales, como la española de 2003¹¹ que niega en gran medida el objetivo de reinserción social de la pena garantizado por el texto Constitucional en su art. 25.2 CE¹².

¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 4ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 61.

¹¹ La LO de 23 de noviembre de 2003 fue una gran reforma de la legislación penal que modificó más de 180 artículos del Código penal español de 1995. En el último año de la legislatura 2000-2004 fueron llevadas a cabo

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO *Reflexiones sobre la idea de sanción*

Es cierto que la práctica delictiva es un desvío de la conducta jurídica establecida, que tuvo y tendrá siempre el reproche social y que sin duda debe ser tratado con desprecio por la sociedad en donde fuera cometida. Pero no es menos cierto que la lógica matemática de más delincuencia, más pena como fórmula coercitiva para impedir delitos, ha sido la manera más simplista de combatir el fenómeno de la criminalidad, con resultados más nefastos que positivos desde de la óptica político-criminal.

Los límites al castigo parecen reposar en la vigencia formal y material de dos principios fundamentales: los de la intervención mínima y la intervención legalizadora del poder punitivo estatal¹³. No es posible hablar de derecho punitivo sin tener en mente la garantía de los derechos fundamentales de la persona guiada por los principios constitucionales de la proporcionalidad y culpabilidad, patrimonio de nuestra cultura jurídica. Además, la justicia criminal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales de la buena convivencia social y ello, siempre que hayan sido insuficientes otras barreras protectoras deparadas el orden social y las demás ramas del ordenamiento jurídico, ya que si estas otras barreras fueren suficientes para cumplir la función protectora se debe prescindir del Derecho penal¹⁴. El Derecho penal hijo de la Ilustración, desarrolló la peculiaridad de prescindir de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica, favorable a una concepción preventiva de la pena. Es más, intenta vincular al legislador penal y controla sus decisiones con principios, como la protección de los bienes jurídicos, que han producido una mayor humanización de la pena. Aunque estas tendencias hoy ya están agotadas y desgraciadamente la modernización que representó amenaza con invertirse¹⁵.

No hay por lo tanto fórmulas fáciles para combatir la criminalidad. El puro endurecimiento de las penas ha mostrado su ineficacia, y además hay comprobaciones empíricas que certifican su fracaso, puesto que por lo general afecta a los grupos sociales más desfavorecidos de forma flagrantemente desproporcionada. Desde hace más de cien años la ciencia del derecho penal viene proporcionando un desarrollo incuestionable en el estudio de la pena, eliminando cualquier idea de pena simplemente retributiva. Naturalmente, el que la pena suponga un componente de

más de 5 reformas del Cp incluso la polémica LO de 23 de diciembre de 2003. Como si no bastase, el día 14 de noviembre de 2008 el Consejo de Ministro aprobó más una reforma del Código penal español, que entre otras cosas crea nuevos tipos y agrava las penas de los delitos contra la libertad sexual. Se trata de la reforma que confiere al Cp de 1995 el carácter de Código penal más duro de la democracia e intenta dar respuesta a las demandas sociales de mayor dureza a todos los niveles de delincuencia.

¹² "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social..." (art. 25.2 CE).

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 78.

¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado...*, op. cit., pp. 11 y 12.

¹⁵ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 16.

castigo, no quiere decir que su fin sea sólo el castigo del delito, pues el mal que produce la pena es un elemento de la misma, ya que por sí sola es una privación de bienes jurídicos, y no su función última. Además, ya hay consenso en que una proporción importante de la delincuencia no está ejercida por individuos de personalidad delictuosa, sino que es reflejo de problemas sociales como la desigualdad económica.

La criminología crítica, consciente de este problema, abogó por la prevención del delito a través de mayores cotas de igualdad, o de una mejor distribución de la riqueza. Argumentaba que la política más efectiva para lograr la reducción de los delitos no era la basada en la demanda de penas más severas, sino en las reformas sociales¹⁶. En efecto, aunque el delito no tenga su única causa en la estructura económica, la vinculación de muchos delitos (v. gr.: los contra la propiedad) con la pobreza y la exclusión social especialmente en el caso de la pequeña delincuencia— no puede ser descartada¹⁷. Sin embargo no se pudo plantear el tema puramente desde un determinismo económico, ya que ésta no parece ser la única forma de combatir el delito, aunque el legado de la criminología crítica ha sido decisivo para el desarrollo de la ciencia criminológica al recordar que el sistema penal y las decisiones de política criminal se producen dentro de una estructura social, política y económica¹⁸.

IV

No vale cualquier solución para afrontar el difícil fenómeno de la criminalidad, desde el punto de vista de la consecuencia jurídica de delito: la pena. Una respuesta correcta, debe estar basada, como mínimo, en la tradición filosófica que da lugar a una teoría humanista de la pena. Sin embargo, en los tiempos que corren parece necesario volver a reivindicar, en pesar de su contraposición a la mayoría de las legislaciones, algunos aspectos olvidados de la tradición filosófica ilustrada, cuyo fundamento básico del castigo se basaba en apartar de la pena los conceptos moralizantes y teológicos. Esto debe ser así, ya que las abstracciones de carácter ético-

¹⁶ La criminología crítica suscitó en Europa —en los años ochenta— dos planteamientos distintos y aparentemente contrapuestos sobre la reforma del sistema penal. Un primer grupo exigía mayor uso del derecho penal para proteger los intereses de los grupos más vulnerables. Esta corriente entendía que el Derecho penal era un medio para luchar contra los delitos que afectan a los sectores menos favorecidos socialmente, por ejemplo reivindicaba que se considerase delito toda violación de los derechos humanos: reclamando una mayor protección del Derecho penal. La segunda tesis es la abolicionista que pretendía eliminar en un primer momento la pena de prisión y posteriormente el propio sistema penal. Sus defensores lo fundamental es observar el problema social que está detrás del delito y plantear medidas de resolución del mismo. (Vid. CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 245 y ss).

¹⁷ No queda más remedio que aceptar algunas de las críticas de los defensores del *labeling approach* de que el combate a la delincuencia —en algunos de sus aspectos y en determinados lugares— está dirigido a procesar y condenar a determinados grupos de procedencia social marginada, aunque delinquen de la misma manera personas de diferentes clases sociales, ya que determinadas amenazas sancionatorias no surten efecto preventivo en determinados grupos sociales.

¹⁸ CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías Criminológicas*, op. cit., p. 249.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO

Reflexiones sobre la idea de sanción

social fuera de la realidad concreta conducen a veces a posturas absolutas y de carácter autoritario que niegan el garantismo de la protección de bienes jurídicos.

Mencionamos antes que los Códigos penales de nuestro entorno cultural reproducen los valores de la sociedad burguesa del siglo XIX. Por eso debemos siempre tener en cuenta que el Derecho penal liberal protege a “la sociedad”, pero no a todos sus miembros por igual y con independencia de su posición en el sistema correspondiente. Para comprobarlo basta comparar los bienes protegidos y la intensidad de protección entre ellos¹⁹.

Se hace más necesario que nunca comprender el Derecho penal en su doble aspecto, garantista y represivo, aunque el primero queda muchas veces olvidado. Si por un lado el hombre necesita de los demás para satisfacer sus necesidades, por otro, es verdad que en muchos casos se sirve de los otros instrumentalizándolos para la consecución de sus fines. Esta dualidad de tensión e integración entre individuo y sociedad caracteriza la ambivalencia del Derecho penal; que por un lado constituye un medio para garantizar la convivencia entre las personas (función garantista) y por otro representa un instrumento para el control de los individuos (función represiva)²⁰. En este sentido, el carácter violento y represivo del Derecho penal debe ser entendido como *ultima ratio* del Estado en la medida en que hayan fracasado todos los otros mecanismos de control social. Es decir, debe tratarse de un instrumento último una vez que los otros mecanismos capaces de ejercer un control sobre el individuo: la familia, la escuela, la moral..., no hayan logrado la socialización del sujeto. En definitiva, esta concepción clásica del Derecho penal aboga por convertirlo como un medio coercitivo de represión, pero también un instrumento de garantía de libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea un elemento autónomo, sino el eslabón de una cadena en la solución de los conflictos sociales²¹. Sin embargo, la tendencia actual no parece considerar al Derecho penal como *ultima ratio*, sino como *prima*, o única solución de todos los problemas, lo que conduce a la “dialéctica de lo moderno”, que ha transformado el Derecho penal en un instrumento de solución de los conflictos sociales que no se diferencia, ni en su idoneidad ni en su peligrosidad, de otros instrumentos de solución social²².

Por lo tanto el objetivo de un sistema jurídico racional es la defensa de la existencia de las garantías legales en el castigo penal. Es desde este punto de vista que hemos optado por hacer una profunda crítica de las modernas tendencias que se acercan a la idea de pena simplemente retributiva, o en el mejor de los casos a un excesivo ideario preventivo, algo que ya en el Derecho penal clásico era una meta secundaria, puesto que en la justicia penal primaba la garantía del principio de igualdad.

¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Reimpresión de la 3ª edición, PPU, Barcelona, 1995, p. 183.

²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana (Estudio del tipo del injusto de detenciones ilegales practicados por funcionario público)*. PPU, Barcelona, 1993, p. 27.

²¹ HASSEMEER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por...*, op. cit., p. 21.

²² HASSEMEER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por...*, op. cit., p. 26.

Por otro lado, tampoco se puede admitir que el Derecho penal moderno abuse de la técnica de los delitos de peligro abstracto dejando en posición marginal a los delitos de lesión y de peligro concreto, ya que en aquellos tipos delictivos se amplía demasiado el ámbito de aplicación del Derecho penal.

Parece un error adoptar medidas de derecho penal simbólico para resolver los problemas delictivos, cuando lo más fácil sería abordar estas cuestiones con políticas públicas destinadas a la prestación de servicios. De hecho, se comete un enorme error al recurrir al Derecho penal utilizándolo como el mejor instrumento de solución de determinados problemas sociales²³. Además, pese a las medidas tomadas la percepción social de que aumenta la criminalidad en los grandes centros urbanos de algunas ciudades europeas no deja de crecer, aunque los datos reales de acentuación del delito no debían provocar tanta alarma. Paradojalmente, los proyectos políticos de acoso a la delincuencia, en ciertas ocasiones, buscan más obtener réditos políticos en las tensiones sociales de impacto leve, creando una sensación de desorden la cual deja la impresión que solo podría ser atajada con mano dura. Esto indica que no valen las propuestas del nuevo conservadurismo, en lo social, económico y político, que, como no podía ser menos, se reflejan también en las ciencias penales y criminológicas.

La tendencia actual de luchar contra todos los peligros y amenazas a la vida de las personas a través del Derecho penal preventivo a costa de renunciar a los tradicionales fines de la pena, un tratamiento equitativo según la gravedad del ilícito y de la culpabilidad del agente, es un camino que lleva a un callejón sin salida. El fenómeno de la delincuencia es inherente a todo grupo social y debe ser combatido a través de medidas racionales sin minusvalorar las garantías legales que posee todo ciudadano. Se debe reforzar la pena dentro de las estructuras del Estado democrático y de derecho, contrariando la idea del endurecimiento del castigo penal en sí mismo. La aplicación del castigo debe responder a los principios humanistas, racionalistas y de solidaridad, incluso, hacia el infractor de la norma jurídica, tratándole como persona infractora del ordenamiento jurídico pero como integrante del sistema social, pues así, indirectamente se asegura el disfrute de la libertad al no infractor de las normas frente al ejercicio arbitrario del poder coercitivo del Estado.

²³ CARMONA SALGADO, Concepción, "Delitos contra la libertad sexual (II). Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual. Delitos relativos a la prostitución. Disposiciones comunes al Título VIII", en: COBO DEL ROSAL, Manuel, *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 231.