

LA INFLUENCIA DE LA CRIMINOLOGÍA EN LA REFORMA PENAL PORTUGUESA DE 2007

Un pequeño viaje a la reforma¹

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Director del Centro de Investigación y Profesor del ISCP
Profesor de la Universidad Autónoma de Lisboa

Resumen: En Portugal, el legislador ha procedido a una nueva Reforma penal en 2007. Una de las críticas es que se ha elaborado una Reforma sin profundidad y sin basarse en estudios criminológicos y en una verdadera Política criminal. No obstante esta crítica, que básicamente es correcta, el legislador, subordinado a una Ley Marco de Política Criminal, sí ha tenido en cuenta algunos estudios criminológicos en materia de pena (implementación de una mayor amplitud de recurso a las penas alternativas a la pena de prisión), de responsabilidad de las personas jurídicas, de la víctima (que en algunos casos es llamada a decidir si hay o no enjuiciamiento criminal), de algunos tipos legales (en especial contra la libertad de decisión y de acción, contra la integridad física de los más desprotegidos). La verdadera y deseada Reforma penal no se ha alcanzado por no tener en cuenta que es necesario un nuevo pensamiento penal frente a los retos y riesgos que los ciudadanos se encuentran en las sociedades contemporáneas.

Palabras clave: reforma penal; criminología; pena; medida de seguridad; prevención.

Abstract: A new penal reform has taken place in Portugal in 2007. An important criticism is that it has been elaborated without taking into account criminological research and a truly criminal policy. Though this criticism is basically correct, the portuguese legislator,

¹ Queremos agradecer al Profesor Doctor José GARCÍA SAN PEDRO la revisión del español.

following a Ley Marco de Política Criminal, has taken into account some criminological research in the areas of punishment (offering alternative penalties instead of imprisonment), of penal responsibility of enterprises, of the victim (that in some cases can decide whether to prosecute or not), of some legal types (specially crimes against physical integrity). The much needed and desired penal reform has not been achieved. The main reason is that it has not been taken into account that a new way of thinking in the area of criminal law is much needed in face of the challenges and risks of contemporary societies.

Key words: penal reform; criminology; criminal policy; punishment; crime prevention.

I. Planteamiento General

1. En Portugal, como en la mayoría de los Estados-Miembros de la UE en los últimos años, se operó una reforma penal sustantiva y procesal. Toda reforma penal tiene como fundamento una mejor justicia al servicio de la comunidad centrada en dos vectores fundamentales: el primero, que la libertad es un derecho que no se ejerce sin seguridad (pública o privada), aunque la libertad y la seguridad sean dos derechos fundamentales consagrados en el mismo artículo de la Constitución 27.º; el segundo, se desprende de la eficacia de la justicia penal con respecto a los retos que plantean las nuevas amenazas de la criminalidad organizada regional y transnacional, lo que obliga al legislador a hacer una reforma sin olvidar los instrumentos jurídicos europeos e internacionales.

Estos dos vectores, fueron inscritos en los cambios de los códigos con base en la dialéctica de los que defienden una política criminal de la seguridad y de los que defienden un mayor humanismo de las penas a prever por el legislador² y a aplicar por el interprete, así como una mejor aplicación de las sanciones no privativas de la libertad para una mejor inserción de los delincuentes³.

² El legislador ha procedido a una reestructuración del paradigma de las penas, pues ha determinado un mayor campo de aplicación de las penas sustitutivas de la pena de prisión —art. 43.º del CP— y ha determinado nuevas penas sustitutivas, *p. e.*, la permanencia en lo domicilio —art. 44.º del CP—. La reforma del código penal ha sido aprobada por la Ley n.º 59/2007, de 4 de Septiembre.

³ El legislador penal ha tenido la preocupación de seguir el principio de política criminal —resocialización del delincuente—, que la Ley Marco de La Política criminal, aprobada por la Ley n.º 17/2006, de 23 de Mayo, consagra al optar por el principio de la oportunidad para alcanzar de la mejor forma posible la reinserción del delincuente —cfr. art. 6.º—. Pero, esta opción está mejor desarrollada en los ar-

2. Consideramos que la reforma penal, que es el resultado de las líneas orientadoras de la Ley Marco de la Política Criminal (LMPC) y de los acuerdos europeos e internacionales (Convenciones de las Naciones Unidas), se ha operado entre la defensa de los derechos de los ciudadanos —bienes jurídicos dignos de tutela penal— y la defensa del delincuente frente al *ius puniendi*. Todavía, se destaca una mayor conciencia de que hay bienes jurídicos cuya tutela tiene que ser lo menos posible penal o que la consecuencia jurídica del crimen no puede ser una pena privativa de libertad, sino una pena sustitutiva: *v. g.*, pena de multa, trabajo a favor de la comunidad, prohibiciones de ejercicio de funciones públicas o privadas relacionadas con el crimen cometido, permanencia en domicilio, pena de prisión por días libres, sujeción a reglas de conducta⁴.

Como ha dicho FRANZ VON LISZT, todos los bienes jurídicos son intereses del ser humano, o del individuo o de la comunidad, pues es la vida y no el Derecho que produce el interés y solo la protección jurídica convierte el interés en bien jurídico, *i. e.*, la necesidad origina la protección⁵. Las normas jurídico-criminales son un juicio valorativo positivo sobre bienes vitales, «que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública»⁶. En este sentido, se impone al legislador penal que tenga conciencia que la tutela de los bienes jurídicos puede cambiar de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, porque los intereses a proteger son, en cada época, diferentes y los bienes jurídicos dignos de tutela penal son, también, diferentes; mejor, la valoración que nosotros damos a los bienes jurídicos cambia con la necesidad y el consiguiente interés motivador del bien jurídico a proteger⁷. Esos intereses que la vida produce y ganan la protección jurídico-criminal son el fundamento y el límite de la intervención del derecho penal. Como afirma HANS JOACHIM HIRSCH, el «concepto de bien jurídico tiene que agradecer su origen a la aspiración de establecer límites para

títulos 10.º, 13.º y 15.º en concordancia con el punto c) del artículo 2.º de la Ley n.º 51/2007, de 31 de Agosto, que ha aprobado los objetivos, las prioridades y las orientaciones de política criminal para los dos años de 2007-2009, en cumplimiento de la LMPC.

⁴ Cfr. artículos 43.º, 44.º, 45 y 46 del CP.

⁵ Cfr. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, (Trad. del alemán a portugués por José H. D. PEREIRA), Campinas, Russel, Tomo I, p. 139.

⁶ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHEK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, (trad. Miguel OLMEDO CARDENTE), Granada, 2002, p. 8.

⁷ En este sentido, Alfonso SERRANO MAÍLLO afirma que «no solo es preciso que un comportamiento se encuentre castigado por la ley penal, sino además es preciso que sea definido como delito por la sociedad, por la policía, por la Administración de Justicia...». Cfr. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, 4.ª Edición, Dykinson, Madrid, 2006, p. 31.

el derecho penal»⁸, y de esta forma el legislador penal no puede ultrapasarse lo que la comunidad considera más relevante y digno de tutela penal —por ser, en ese momento histórico, lo más necesario que origina la «idea de *utilidad común*, que es la base de la justicia humana»⁹—, pero tampoco no se puede olvidar que el concepto de bien jurídico no es el único principio limitador de la intervención del derecho penal, pues con él concurren la pena (como fundamento y límite de la culpa) y «la extensión de su legitimación estatal»¹⁰.

Hay conciencia de que la opción por la pena de prisión no es el mejor camino, pues los estudios criminológicos han demostrado que la prisión no ha ayudado a alcanzar la prevención especial como se impone en el artículo 40.º del CP. Sin duda que la utilización de la pena como arma de sancionar y, consecuentemente, de curar y educar al infractor para la convivencia en sociedad no es posible sin que se indague científicamente sobre el crimen¹¹: en especial, sin conocimientos de criminología como una de las tres grandes ciencias de la ciencia penal global —política criminal, criminología¹² y derecho

⁸ Cfr. JOACHIM HIRSCH, H., «Acerca del Estado de la discusión sobre el Concepto de Bien Jurídico», in *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, (Coord. José CEREZO MIR y Alfonso SERRANO GÓMEZ), Ed. UNED - Facultad de Derecho, Madrid, 2001, p. 372. La discusión sobre el concepto de bien jurídico no se ha cerrado, pues es actual y son varios los autores que estudian este tema, teniendo (tiendo) siempre en cuenta que el derecho penal tiene una función de equilibrio entre la tutela de bienes jurídicos y la defensa del delincuente frente al *ius puniendi*. CLAUS ROXIN considera que el concepto de bien jurídico debe ser previo a su expresión en el derecho positivo, JAKOBS, MICHAEL KÖHLER y AMELUNG solo atribúyanle «importancia sistemática inmanente en la interpretación del derecho positivo», ya HASSEMER considera que el límite del derecho penal parte «de un concepto de bien prejurídico y personal». Cfr. JOACHIM HIRSCH, H., «Acerca del Estado de la Discusión...», in *Modernas Tendencias en la Ciencia...*, p. 371.

⁹ Cfr. CESARE BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas*, (trad. del latín para portugués José de FARIA COSTA), Fundación Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 76.

¹⁰ Cfr. JOACHIM HIRSCH, H., «Acerca del Estado de la Discusión...», in *Modernas Tendencias en la Ciencia...*, p. 386.

¹¹ Ya en este sentido VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 146.

¹² Se entiende que la Criminología «se ocupa, sin sujetarse al concepto de delito en un sentido jurídico, de la personalidad del infractor del Derecho, de su desarrollo, de su forma de ser física y psíquica y de las posibilidades de influirle terapéuticamente, de las formas de manifestación del delito, sus causas, su significado social y personal, así como de la forma en la que desarrollan su efecto los medios de reacción criminales. Objeto de la Criminología, son, pues, también otras manifestaciones negativamente valoradas en la sociedad como asocialidad, alcoholismo, adicción a las drogas y situaciones de desamparo. De acuerdo con el objeto de la investigación se distingue entre la *Antropología criminal*, que se divide en *Biología criminal* (investigación de la constitución y Psiquiatría criminal) y *Psicología criminal*, y *Sociología criminal*. (...). La Criminología actual se ocupa, además, de los métodos de sanción y tratamiento criminal, así como su influencia sobre la persona condenada (prevención especial)». Cfr. HANS-HEINRICH JESCHKE y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 50. En cuanto a la

penal¹³—. Más aún, el legislador penal tiene que, sin disminuir una en detrimento de otra ciencia, hacer la reforma de acuerdo con el pensamiento de la «ciencia conjunta (total o global) del derecho penal»¹⁴. En un sentido de conexión entre la dogmática jurídico-penal y la Criminología, SERRANO GOMEZ nos habla de la *Criminodogmática*¹⁵, pues una reforma penal sin conocimiento de la realidad criminal del país, es una reforma sin una interpretación y valoración correcta y científica de los fenómenos que deben estar en el dominio jurídico-criminal¹⁶.

Vamos a hacer un breve viaje por la reforma penal portuguesa de 2007 que nos dará una visión clara de cómo fueron importantes las aportaciones de la criminología para el cambio de algunos puntos específicos del código penal¹⁷.

Antropología criminal, SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A., «La Antropología Criminal en la Historia de la Criminología Española», in *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad - Aquilafuente 121, Salamanca, 2007, pp. 741-764.

¹³ Como señala FIGUEIREDO DIAS, «para la comprensión científica de la tarea de la aplicación del derecho penal no basta el conocimiento de las normas jurídico-penales», antes es «el dominio de las contribuciones que la gama de las ciencias criminales puede validamente aportar». Ello «no significa transformar la dogmática jurídico-penal en una *ciencia interdisciplinaria*. Una tal concepción no se adecuaría ni a la teleología, ni a la funcionalidad propias de la dogmática jurídico-penal». Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge De, *Temas Básicos de la Doctrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 5. De otra manera se impone el juzgador, que va aplicar una pena privativa de libertad o no y que tiene que conocer la personalidad del infractor —su vida, su educación familiar y escolar, su situación financiera y su disposición para ser reinsertado en la sociedad—, que tenga «conocimientos criminológicos oportunos que le aporten una información rigurosa de las necesidades resocializadoras del sujeto». Cfr. SANZ MULAS, N., *Alternativas a la Pena privativa de Libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000, p. 288.

¹⁴ Como escribe Alfonso SERRANO GÓMEZ, «la dogmática jurídico-penal necesita la información criminológica. Es preciso como alternativa de futuro la conexión entre dogmática jurídica, política criminal y Criminología». Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., *Historia de la Criminología en España*, (Colaboración de A. SERRANO MAILLO), Dykinson, Madrid, 2007, p. 19. Respecto a este asunto, en Portugal se aconseja el libro de criminología de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de y COSTA ANDRADE, Manuel Da, *Criminología. El Hombre Delincuente y la Sociedad Criminógena*, 2.ª Edición, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 93-117. Los dos autores llaman la atención de que es manifiesto «la permeabilización de la dogmática jurídico-penal con los resultados y las sugerencias de la criminología, sea por la fuerza de una incidencia directa —como cuando el juzgador decide el tipo de reacción criminal a aplicar (prisión efectiva, régimen de prueba, libertad condicional?) con base en juicios de prognosis—, sea indirecta, a través de la mediación de la política criminal» [Cfr. p. 102].

¹⁵ Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., *Historia de la Criminología...*, p. 18.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sin duda que hay influencia de la criminología en las alteraciones del Código vprocesal penal, operada por la Ley n.º 48/2008, de 31 de Agosto, pero no voy, en este artículo, a hacer su análisis.

II. La Reforma del Código Penal

3. La reforma penal de 2007 se inició con la Ley Marco de la Política Criminal (LMPC)¹⁸. La LMPC estipuló que la conducción de la política criminal comprende la definición de objetivos, prioridades y orientaciones en materia de prevención criminal, investigación criminal, acción penal y ejecución de penas y medidas de seguridad y que esa conducción debía respetar los valores de la Constitución y de la ley en cuanto a los bienes jurídicos¹⁹. En esa ley se ha estipulado como objetivos de la política criminal la prevención y represión de la criminalidad, así como la reparación de sus daños individuales y sociales, teniendo en consideración las necesidades concretas de defensa de los bienes jurídicos²⁰.

Teniendo en cuenta tal deseo —prevención y represión de los crímenes de acuerdo con la necesidad concreta de protección de bienes jurídicos—, se ha estipulado que el legislador y interprete penal deben optar siempre por el principio de la oportunidad substantiva —creación de la posibilidad de reparación del daño sin el recurso a la acción penal, o sea, la opción por la justicia penal restaurativa y por la mediación penal de modo tendente a evitar que los pequeños crímenes o crímenes contra el patrimonio sean juzgados criminalmente [*p. e.*, el artículo 206.º del CP permite que el agente del crimen de hurto calificado, si procede a la reparación del valor y a la indemnización de los daños y si el ofendido está de acuerdo, no sea juzgado, porque la responsabilidad penal se extingue]— y por el principio de la oportunidad procesal —aplicación de la suspensión provisional del proceso con sumisión del agente del crimen a reglas de conductas²¹, cierre del proceso por el caso concreto y aplicar la dispensa de pena²², opción del tribunal singular en casos de aplicación concreta de pena máxima de 5 años²³.

¹⁸ Para un análisis crítico de la LMPC, COSTA ANDRADE, M. da, «Ley-Marco de la Política Criminal (Lectura Crítica de la Ley n.º 17/2006, de 23 de Mayo)», in *Revista de Legislação y Jurisprudencia* (RLJ), año 135.º, n.º 3938, Coimbra, 2006, pp. 267 y ss. y GUEDES VALENTE, M. M., «Ley-Marco de la Política Criminal - Breve Reflexión», in *Revista de Derecho Público*, Año 1, n.º 1, Lisboa, 2008.

¹⁹ Cfr. artículos 1.º y 3.º de la LMPC.

²⁰ Cfr. artículo 4.º de la LMPC.

²¹ Con la reforma procesal penal de 2007, se ha permitido que el imputado pueda requerir al Ministerio Fiscal, con la concordancia del juez de instrucción, la suspensión provisoria del proceso, con la condición del imputado de tener que cumplir determinadas reglas de conducta —cfr. art. 281.º del Código de Proceso penal (CPP)—.

²² Cfr. art. 280.º del CPP.

²³ Cfr. n.º 3 del art. 16.º del CPP.

4. Se verifica que el legislador penal debía promover lo más posible una justicia penal no privativa de la libertad, fuertemente ligada a una idea de resocialización del delincuente. En esta línea, la Ley de Política Criminal para los años de 2007/2009 (LPC) desarrolla los objetivos de la LMPC en el sentido de una justicia penal marcada por prioridades de prevención y por prioridades de investigación criminal —los crímenes contra la vida y integridad física [inclusive violencia de género, malos tratos, infracciones de las reglas de seguridad]—, contra la autodeterminación sexual, contra la libertad personal, contra el patrimonio con violación del domicilio o utilización de amenaza con armas de fuego, crímenes contra cualquier discriminación, contra la veracidad y credibilidad de los documentos y del dinero, contra la credibilidad del mercado económico-financiero y la administración de la justicia y la credibilidad de actividad de la administración pública, contra el medio ambiente, contra la paz pública [p. e., terrorismo, tráfico de droga, de armas, inmigración ilegal, crímenes contra la hacienda pública, crímenes informáticos]²⁴.

El legislador penal no ha olvidado que cualquier acción penal y ejecución de penas y medidas de seguridad tenía que enraizarse en la idea central de la intervención penal: *ne peccetur*. El delincuente debía salir de la prisión o del cumplimiento de la pena no privativa de la libertad siempre reeducado y dotado de las enseñanzas básicas capaces de evitar que venga a infringir nuevamente la ley. Así pues, la LPC ha escrito un vector crucial que la reforma no podía olvidar: es objetivo de la política criminal el acompañamiento y asistencia del acusado o condenado por haber cometido uno o más crímenes, en especial si existe el riesgo de continuidad de la actividad criminal²⁵. Hay algunos cambios legislativos en el ámbito de las consecuencias jurídicas del crimen que son el reflejo de este vector impositivo —v. g., el cambio del artículo 52.º del CP—, cuya epígrafe es *reglas de conducta*, ha acrecentado el n.º 1 que viene a permitir que el tribunal pueda aplicar al condenado, por el tiempo de suspensión de la ejecución de pena privativa de la libertad o de otra pena, reglas de conducta con contenido positivo, tales como residir en determinado local, frecuentar ciertos programas o actividades o cumplir determinadas obligaciones. En el mismo sentido, se puede leer el cambio del artículo 54.º del CP, que tiene como epígrafe *plano de reinserción social*, que pasa a tener los objetivos de la resocialización a alcanzar por el condenado, las actividades a desarrollar, así como sus fases y las medidas de apoyo y vigilancia que los servicios de reinserción social deben adoptar.

²⁴ Cfr. artículos 3.º y 4.º de la LPC.

²⁵ Cfr. art. 2.º, al. c) da LPC.

Los planos de reinserción social destinados a promover la reintegración de los sujetos condenados pueden ser ordenados por el juez a requerimiento del Ministerio Fiscal y son elaborados por los servicios de reinserción social²⁶. Todavía, en cuanto los condenados están en los establecimientos penales, sus servicios deben promover el acceso a la educación escolar y profesional, así como al trabajo²⁷. En este sentido, el legislador estipuló que siempre que el juez tenga que aplicar una medida de coacción privativa de libertad —prisión preventiva o permanencia en domicilio— el Ministerio Fiscal debe proponer al juez que aquellas medidas sean asociadas a programas de educación escolar, profesional y al trabajo²⁸.

5. La opción legislativa penal portuguesa tiene en cuenta las ideas desarrolladas por estudios oficiales²⁹ y universitarios³⁰ que nos dicen que se debe optar por aplicar penas privativas de libertad en los casos de criminalidad más grave y la opción de penas no privativas de libertad para la criminalidad de masa. En este sentido, la LPC impone al Ministerio Fiscal la obligación de promover la aplicación de penas no privativas de libertad cuando los sujetos han cometido pequeños delitos³¹ contra las personas —v. g., aborto con consentimiento de la

²⁶ Cfr. n.º 1 del artículo 10.º de la LPC.

²⁷ Cfr. n.º 2 del artículo 10.º de la LPC

²⁸ Cfr. n.º 1 del artículo 15.º de la LPC. Los programas son desarrollados por los servicios de reinserción social si al imputado le fuera aplicada la medida de coacción de permanencia en domicilio y por los servicios presionales si al imputado le fuera aplicada la medida de coacción de prisión preventiva o provisional —cfr. n.º 2 del artículo 15.º de la LPC—.

²⁹ Como ejemplo apuntamos el documento final elaborado por la Comisión de Estudio y Debate de la Reforma del *Sistema Presiónale*, presidida por el Profesor Catedrático Diogo FREITAS DO AMARAL, y entregado al poder político en 12 de Febrero de 2004. También se puede apuntar el documento final de la Comisión para la Reforma del Sistema Penal de Ejecución de Penas y Medidas (Derecho de Menores), presidida por la Profesora Catedrática Anabela MIRANDA RODRIGUES, que se encuentra publicado en MIRANDA RODRIGUES, A. y DUARTE-FONSECA, A. C., *Comentario de la Ley Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 395-528.

³⁰ Se pueden apuntar con alguna credibilidad los estudios desarrollados por el equipo de psicología del Profesor Catedrático Luís GONÇALVES de la Universidad del Minho (Braga), así como algunos estudios desarrollados por el Profesor Carlos POIARES de la Universidad Lusófona de Lisboa, en especial su tesis doctoral sobre la inaplicación de las penas de prisión a los toxico-dependientes —cfr. Carlos Alberto POIARES—, *Análisis Psicocriminal de las Drogas, El Discurso del Legislador*, Almeida&Leitão, Porto, 1998. Así como es de todo interés leer COSTA ANDRADE, M. Da, «El Nuevo Código Penal y la Moderna criminología», in *Jornadas de Derecho Criminal*, Ed. Centro de Estudios Judiciarios, Lisboa, 1996.

³¹ Cfr. artículo 13.º de la LPC.

mujer embarazada³², ofensa a la integridad simples, riña, amenaza, fraude e importunación sexual, difamación e injuria—, contra el patrimonio —v. g., hurto, abuso de confianza, daño, burla simples y para obtención de alimentos, bebidas o servicios—, contra la sociedad —v. g., sustracción de menor, falsificación de documentos punible hasta 3 años de prisión, conducción con alcohol y con droga— y contra bienes jurídicos tutelados en la legislación penal especial —v. g., emisión de cheque sin provisión, tráfico de droga y sustancias psicotrópicas de menor gravedad o cometido por traficante consumidor y la conducción sin licencia legal—.

Para estos crímenes el legislador penal no solo impone que se apliquen penas no privativas de libertad —v. g., la prisión por días libres³³, el régimen de semidetención³⁴, suspensión de la ejecución de la pena de prisión subordinada a reglas de conducta³⁵, trabajo comunitario³⁶ y el régimen de permanencia en domicilio³⁷—, como procedió el cambio del ámbito de aplicación teniendo en cuenta la pena de prisión concreta aplicable —pues, el principio es la aplicación de una pena no privativa de la libertad siempre que la pena de prisión aplicada en medida no es superior a un año. Este principio es derogado si la prevención de comisión de futuros crímenes obliga a imponer necesariamente la aplicación de la pena de prisión³⁸.

Se ha cambiado la medida de la pena de prisión de tres años a cinco años para la aplicación de la suspensión de ejecución de la pena de prisión con la sumisión del agente a reglas de conducta, no obstante el legislador ha determinado el régimen de prueba siempre que la eje-

³² La LPC considera que el crimen de aborto con consentimiento de la mujer embarazada es un delito menor o menos grave. La ley refleja el resultado del referendo sobre el aborto hasta diez (10) semanas: pues, más de 50% de los que han votado (poco más de 50% de los censados) en el referendo sobre la descriminalización del crimen de aborto hasta diez semanas, han considerado que no se puede responsabilizar a una mujer que aborte en el plazo de hasta diez semanas independientemente de la razón. No es nuestra opinión, porque consideramos que hay vida a partir del momento de la fecundación y no a partir de las diez semanas. Solo lo admitimos en los casos de violación, de posibilidad confirmada de riesgo de muerte de la madre y los casos de deformación del niño/a. Se ha abierto la puerta para decidir por referendo la vida de las personas: no nos espanta que hasta algunos años se pregunte si una persona con más de una determinada edad pueda o no vivir para salvar la seguridad social pública. Se ha abierto la caja de Pandora de la discusión sobre quien tiene derecho a vivir.

³³ Cfr. artículo 45.º del CP.

³⁴ Cfr. artículo 46.º del CP.

³⁵ Cfr. artículos 50.º a 57.º del CP.

³⁶ Cfr. artículos 58.º y 59.º del CP.

³⁷ Cfr. artículo 44.º del CP.

³⁸ Cfr. artículo 43.º, n.º 1 del CP.

cución de la pena a suspender sea superior a tres años³⁹. La misma idea de poder alcanzar un mayor público en prisión con la pena sustitutiva de trabajo comunitario, el legislador penal ha cambiado de un (1) año para dos (2) años de prisión la medida concreta de la pena. Estos dos cambios dan al juez la posibilidad de optar por penas sustitutivas capaces de materializar mejor la prevención especial —razón principal de cualquier derecho penal enraizado en una política criminal humanista y ayudado por la criminología a interpretar los fenómenos criminales que más afectan a la sociedad, cuyo deseo es que los delincuentes no vuelven a delinquir— *ne peccentur*.

6. La criminología ha incrementado la consciencia que hay fenómenos sociales nuevos o anteriores más raros⁴⁰, cuyas consecuencias generan efectos y resultados negativos en la sociedad y contra los cuales el derecho penal se presenta como la suficiente protección —v. g., la responsabilidad de las personas jurídicas⁴¹—. Ésta visión se ha desarrollado con los estudios criminológicos. Esos estudios fueron uno de los argumentos utilizados por los que defienden la responsabilidad de las personas jurídicas —la criminología y la política criminal han contribuido mucho para que la dogmática aceptase la responsabilización de las personas jurídicas,— porque para la dogmática penal se presenta complejo entender que una persona ficticia tenga capacidad de decidir y actuar y consecuentemente le sea imputada una acción y la respectiva culpa⁴². Solo fue inicialmente admisible en el ámbito de la criminología y de la política criminal, que ha orientado los instrumentos jurídicos internacionales y europeos que imponen que los Estados Partes o los Estados-miembros responsabilicen a las personas jurídicas por el hecho de lesionar o colocar en peligro de lesión bienes jurídicos individuales y colectivos —en especial salud pública, hacienda pública, medio ambiente, economía, sistema financiero y bancario—.

³⁹ Cfr. *in fine* del n.º 3 del artículo 53.º del CP.

⁴⁰ Hay autores que consideran que las infracciones de las personas jurídicas no son nuevas, pues en el siglo XIX la criminalidad colectiva ya era un fenómeno criminológico notable [Cfr. Roger MERLE y André VITU, *Traité de Droit Criminal. Problèmes Généraux de la Science Criminelle. Droit Pénal Général*, 7.ª Ed., Editions Cujas, Paris, 1997, p. 672]. Pero, ésta concepción se centraba más en la actividad criminal de grupos de delincuentes y no de las verdaderas personas jurídicas del siglo XX, que son utilizadas como la cara de un crimen de difícil investigación criminal.

⁴¹ En este sentido FIGUEIREDO DIAS, Jorge De y COSTA ANDRADE, Manuel Da, *Criminología...*, 2.ª Edición, p. 441.

⁴² Cfr. HANS-HEINRICH JESCHEK y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal...*, pp. 242-244.

Como ha dicho L. ZÚNIGA RODRIGUES, los estudios criminológicos al respecto de la (nueva) criminalidad lesiva de bienes jurídicos colectivos (y también individuales) han demostrado que la ofensa se realiza «no por sujetos individuales —que tradicionalmente eran denominados en los códigos penales por «El que...»—, sino por entes colectivos, en el marco de un grupo de personas, donde existen relaciones complejas de división del trabajo, jerarquía, especialidad, lo cual produce serios problemas en el momento de individualizar responsabilidades cuando se comete un hecho ilícito»⁴³. Los estudios criminológicos han demostrado que esos bienes jurídicos no pueden quedarse sin protección jurídica, en especial jurídico-criminal, como nos denota la concepción criminológica del *White-collar crime*, cuya acción lesiona bienes jurídicos individuales y supraindividuales e impone su responsabilización como necesidad de evitar la impunidad de comportamientos nefastos para la comunidad y promotores de elevada dañosidad social⁴⁴.

El legislador penal portugués ha tenido en cuenta los estudios criminológicos que han defendido la extensión de la responsabilidad de las personas jurídicas a un mayor catálogo de crímenes⁴⁵ y la idea de que las personas jurídicas no pueden quedar impunes —contrariando la Constitución, el cambio del artículo 11.º del CP admitió la responsabilidad penal subsidiaria de la pena de multa en caso que la persona no tenga dinero para pagar el valor de la multa (n.º 9 del art. 11.º del CP) y admitió la responsabilidad penal de la nueva persona jurídica emergente de la fusión o escisión (n.º 8 del art. 11.º del CP)⁴⁶.

6. Otro punto que demuestra que los estudios criminológicos han tenido influencia en el cambio legislativo se desprende de la

⁴³ Respecto a este asunto, ZÚNIGA RODRIGUES, L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Colección Derecho y Procesal Penal (n.º 3), Aranzadi Editorial, Navarra, 2000, p. 19.

⁴⁴ En este sentido COSTA ANDRADE, Manuel Da, «El Nuevo Código Penal e a Moderna Criminologia», in *Jornadas de Derecho Criminal*, Ed. CEJ, Lisboa, p. 218.

⁴⁵ El n.º 1 del artículo 11.º consagra el principio de la responsabilidad penal individualizada y el principio de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuyo n.º 2 presenta un catálogo de crímenes en que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas sin olvidar su responsabilidad en el ámbito del derecho penal secundario, previsto en normas penales extravagantes. Respecto a este asunto GUEDES VALENTE, M. M., «La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Portugués. Breve Reflexión del Marco Legal y de la Evolución Doctrinal», in *El Derecho penal y la Nueva Sociedad*, (Coord. N. SANZ MULAS), Granada, 2007, pp. 1-14 (7-9).

⁴⁶ Respecto a este asunto GUEDES VALENTE, M. M., «La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas...», in *El Derecho Penal y la Nueva Sociedad*, pp. 1-14 (13).

causa de exclusión de la ilicitud del consentimiento, prevista en art. 38.º del CP. Hasta la reforma del año de 2007, una persona con 14 años de edad podía consentir que otra persona actuase sobre ella misma. La doctrina penal y la criminología así como la política criminal han llamado la atención sobre el peligro de esta norma jurídico-penal. Se suponía, hasta hace pocos años, que las personas crecían y se hacían maduras antes que en nuestros días. La vida era otra y las dificultades tenían un efecto educativo de la personalidad humana.

Sin embargo, la doctrina penal —influenciada por la biología criminal, la antropología criminal y, aún, la psicología criminal— se ha desarrollado y no acepta que todo el consentimiento sea justificativo y neutralizador del comportamiento humano negativo prohibido por ley. Hay límites: el más preponderante es la defensa y respeto de la dignidad de la persona humana —principio base de los Estados de derecho y democráticos—, pues no se puede aceptar que el consentimiento puede justificar una conducta lesiva de la dignidad humana; otro más biológico y físico se desprende de la edad de la persona, o sea, el legislador cambió de 14 años a 16 años la edad mínima para dar el consentimiento⁴⁷. En nuestra opinión el legislador debía ir más lejos, *i. e.*, debía estipular la edad de 18 años para dar el consentimiento, pues es con esta edad con la que las personas alcanzan la mayoría civil —la capacidad de ejercicio pleno de sus derechos—. Si la persona no tiene capacidad para administrar sus derechos hasta los 18 años⁴⁸, no entendemos como se puede admitir que pueda disponer libremente de su cuerpo, en especial de su integridad física o de su patrimonio⁴⁹.

7. En la parte especial del código penal, el legislador ha hecho un cambio que es fruto de varios estudios jurídicos, criminológicos y forenses: la separación del crimen de violencia de género de los malos tratos y de infracción de reglas de seguridad. Los tres tipos legales de

⁴⁷ El legislador apunta como motivo del cambio una protección más intensa de los niños y de los adolescentes, porque «no se entiende que una persona con 14 o 15 años de edad deba consentir relevantemente en sufrir ofensas contra bienes jurídicos disponibles, como la integridad física. Y se aproxima el régimen del consentimiento del ofendido de las orientaciones que han venido a ser preconizadas por la Unión Europea, en especial en cuanto a los crímenes contra la libertad y autodeterminación sexual de menores». Cfr. La exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X, que originó la reforma penal con la ley n.º 59/2007, de 4 de Septiembre.

⁴⁸ Cfr. artículos 122.º a 129.º de Código Civil Portugués.

⁴⁹ Respecto a una crítica sobre el sistema biológico de imputabilidad civil, tutelar educativa, penal y la disposición de los bienes y derechos en el derecho portugués, GUEDES VALENTE, M. M. y SANZ MULAS, N., *Derecho de Menores. Estudio Luso-Hispánico sobre Menores Víctimas y Delincuencia Juvenil*, Ancora Editora, Lisboa, 2003, pp. 217-218.

crimen estaban, hasta el 15 de Septiembre de 2007⁵⁰, en un único artículo —152.º del CP—. El legislador, teniendo en cuenta las variaciones del bien jurídico tutelado, optó por apartar los delitos y crear una tipificación propia y autónoma de cada una de las conductas negativas. Pues, como ya he escrito⁵¹, no se entiende como durante tantos años se tipificó el crimen de género —en Portugal más conocido por violencia doméstica— en el mismo precepto legal del crimen de infracción de reglas de seguridad.

El cambio del artículo 152.º del CP no se ha olvidado de estudios criminológicos que llamaban la atención hacia un fenómeno más preocupante que ya conocíamos: la violencia no se agotaba solo en la relación conyugal entre mujer y marido y que no era solo el marido el agresor, pues muchas veces también lo era la mujer; además, la violencia era ejercida por otros familiares (padres sobre hijos e hijos sobre padres o sobre abuelos) y entre personas unidas de facto; el elemento *la continuidad de la actividad criminal* no podía ser la base de la descripción de la conducta típica de la violencia de género y de los malos tratos, y se optó por *la idea de reiteración e intensidad*⁵²; los estudios han demostrado que muchos de los agresores después de la condena se volvían más agresivos y utilizaban armas de fuego contra la víctima, lo que ha conducido el legislador a prever como pena accesoria la prohibición del uso y porte de arma de fuego, así como prohibir el contacto con la víctima y determinar el alejamiento del agresor de la víctima. El legislador penal ha agravado el tipo si la violencia fuere ejercida sobre menores o en la presencia de menores en el domicilio de la víctima.

8. Procede hablar también de los cambios significativos de los crímenes contra la libertad personal y contra la autodeterminación sexual, pues los estudios criminológicos habían alertado sobre fenómenos criminales graves y preocupantes (camuflados de) inmigración ilegal o de turismo o prostitución (juvenil)⁵³. El legislador

⁵⁰ La reforma penal entró en vigor en el día 15 de Septiembre de 2007. pues, fue la alteración legislativa penal con una *vacatio legis* pequeña —solamente 11 días, lo que ha originado muchas críticas—.

⁵¹ Cfr. GUEDES VALENTE, M. M., «La Política Criminal y la Criminología en Nuestros Días. Una Visión desde Portugal», in *Derecho Penal y Criminología como Fundamento de la Política criminal – Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1316.

⁵² Cfr. el artículo ex-152.º del CP y los artículos 152.º y 152.º-A del CP.

⁵³ El proceso llamado *Casa Pia* se transformó en paradigma criminológico de un fenómeno que era mayor que las personas pensaban. Hay personalidades (en el mundo del Derecho y de la comunicación social) que tienen asociada la reforma penal de 2007 para beneficiar algunos procesos complejos que están en los tribunales

procedió a una alteración con la creación de un tipo legal de crimen de *trafico de personas* —art. 160.º del CP— dirigido a actividades de explotación sexual, explotación del trabajo o de extracción de órganos humanos. Este tipo legal de crimen comprende no solo la oferta, la entrega, la seducción, sino también la aceptación, el transporte, el alojamiento o acogimiento de personas a través de determinados medios, excepto si la persona fuere menor cuyos medios no son ciertos o determinados, pues puede ser cualquier medio adecuado al ejercicio de la actividad⁵⁴.

En la misma línea de orientación, el legislador penal, siguiendo estudios científicos forenses y criminológicos, así como la resolución de una laguna legislativa según la jurisprudencia y la doctrina, ha procedido a una extensión del concepto de violación, que pasó a comprender, también, «la introducción vaginal o anal de partes del cuerpo o de objetos»⁵⁵. Del mismo modo, en los crímenes de coacción sexual y violación, se operó a una equiparación de la relación familiar, de tutela o de curatela, así como el temor producido por el autor del crimen a la relación de dependencia jerárquica o de trabajo⁵⁶. En los crímenes contra la libertad sexual, el legislador ha creado un nuevo crimen —*importunación sexual*— que comprende el exhibicionismo o el «constreñimiento a contactos de naturaleza sexual que no sean actos sexuales de relevo»⁵⁷.

Contra la autodeterminación sexual, el legislador penal con intención de prevenir la prostitución juvenil ha creado un nuevo delito —*recurso a la prostitución de menores*—, pudiendo la víctima ser un menor de 18 años de edad⁵⁸. En esta línea de raciocinio, el legislador ha considerado como víctimas de los crímenes de lenocinio y de pornografía cualquier menor de edad (desde nacimiento hasta 18 años de edad)⁵⁹.

portugueses y los imputados son personalidades de elevado nivel social (del mundo de la cultura, de la comunicación social, de la política, de la economía, del derecho). Pues, la preocupación y la crítica de Alfonso SERRANO GÓMEZ y Alfonso SERRANO MAILLO escrita en el Prologo de la 11.ª Edición del libro *Derecho Penal - Parte Especial*, (pp. XX-XIII-XLIII) sobre la impunidad de los fuertes, la desorientación y manipulación de los hechos criminales y fenómenos criminales de la comunicación social, así como el peligro del poder político de interferir en el poder judicial, es una realidad en Portugal.

⁵⁴ Cfr. el punto 8. de la exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X.

⁵⁵ Cfr. al. b) del n.º 1 del artículo 164.º del CP y el punto 8. de la exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X.

⁵⁶ Cfr. el n.º 2 del artículo 163.º y el n.º 2 del artículo 164.º del CP.

⁵⁷ Cfr. el punto 8. de la exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X y el artículo 170.º del CP.

⁵⁸ Cfr. artículo 174.º del CP.

⁵⁹ Cfr. los artículos 175.º y 176.º del CP y el punto 8. de la exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X.

9. Podemos apuntar otra alteración significativa de la reforma, sobre la que la doctrina hace algunos años que llamaba la atención; se trata de los crímenes contra el patrimonio. La fuerte vinculación del patrimonio con la libertad individual, u otros bienes jurídicos fundamentales personales —como la integridad física, la libertad de acción o de decisión— era objeto de crítica de algún sector de la *dogmática penal* —que defendía un ajuste del bien jurídico protegido la propiedad, para la *disponibilidad de la fruición de la propiedad*⁶⁰—, de la *política criminal*⁶¹ —que defendía una disminución de las penas aplicables a las conductas lesivas de estos bienes jurídicos y un camino alternativo, como la mediación penal o la opción legislativa de aplicación de la pena de trabajo comunitario⁶² para los delincuentes que cometían crímenes contra el patrimonio, teniendo en cuenta los principios de la humanidad y de la resocialización del delincuente— y de la *criminología* —que hace muchos años decía que la pena de prisión no era la consecuencia jurídico-penal más adecuada a la tutela de bienes jurídicos patrimoniales ni a la prevención especial, porque cuando salían de la prisión regresaban más profesionales del oficio y completamente desintegrados de la sociedad; a esto se añade que la mayoría de los presos por delitos patrimoniales eran tóxico dependientes que necesitaban de tratamiento y no de cárcel.

La reforma penal de 2007 ha procedido a una alteración al artículo 206.º del CP. Hasta ese momento, el derecho penal positivo admitía la disminución de la pena si el agente del crimen restituía la cosa ilegítimamente apropiada o la reparación total del perjuicio

⁶⁰ Cfr. FARIA COSTA, José de, *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* - Tomo II, (Direcção de J. de FIGUEIREDO DIAS), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 29-30.

⁶¹ En cuanto al papel importante de la política criminal en el Derecho penal portugués, GUEDES VALENTE, M. M., «La Política Criminal y la Criminología...», in *Derecho Penal y Criminología...*, p. 1309-1318 y FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Temas Básicos de la Doctrina Penal*, pp. 8-31. En cuanto a una crítica profunda de la política criminal en España, en cuyo camino el nuevo gobierno «sigue las directrices del gobierno anterior», que ante «el fracaso de la prevención y lucha contra el delito, se agravan las penas en algunos casos, mientras que se incorporan al Código penal conductas que sólo deben ser objeto de sanción administrativa. Como ocurrió en otras ocasiones, desde el poder se crea un ambiente de temor en la población, para que acepten reformas penales que de otro modo resultarían impopulares. Se anuncia la agravación de las penas para las asociaciones criminales, como consecuencia del fracaso en el control de la inmigración de la entrada en nuestro país de bandas de delincuentes, organizaciones juveniles compuestas especialmente por extranjeros», SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A., *Derecho Penal - Parte Especial*, 11.ª Edición, Dykinson, 2006, p. XLI. Podemos decir que lo mismo pasa en Portugal.

⁶² Cuanto a este asunto GUEDES VALENTE, M. M., «La Política Criminal y la Criminología...», in *Derecho Penal y Criminología...*, p. 1316-1317.

causado, sin daño para un tercero. Todavía, el legislador penal portugués con la reforma penal de 2007 optó por la prosecución de las teorías de la mediación, o sea, colocó en las manos del ofendido el poder de haber o no procedimiento criminal. Si el agente del crimen de hurto calificado, cuyo bien jurídico sea, única y totalmente, patrimonial⁶³ e individual⁶⁴, procedía a la restitución integral de la cosa hurtada, o la reparación del daño o pago de la indemnización, y el ofendido estaba de acuerdo, el procedimiento criminal se extinguía.

Hay, así, una aproximación al régimen del crimen semipúblico cuyo procedimiento criminal necesita que el ofendido ejerza el derecho de denuncia del crimen y desee procedimiento contra el agente de la ofensa de su bien jurídico. Los estudios criminológicos, que defendían una disminución de la valoración que el legislador penal daba a los crímenes contra el patrimonio, fueron, en nuestra opinión y en concordancia con las teorías alternativas y con la defensa de la mediación penal, las fuentes motivadoras de esta alteración al artículo 206.º del CP. Para el agente del crimen de hurto calificado, cuyo bien jurídico no sea exclusivamente de naturaleza patrimonial, pero tenga naturaleza personal —*p. e.*, libertad de acción o libertad de decisión y de acción— el legislador optó por permitir una disminución o disminución especial de la pena desde que el agente proceda a la restitución o reparación de los daños o el pago de la indemnización. Esta solución legislativa fuertemente dirigida a la prevención especial —mejor, como con acierto afirma ESER⁶⁵, a la *prevención de la reincidencia*— puede permitir el juez aplicar una pena suspensión una vez que la pena concreta no pase los 5 años de prisión⁶⁶.

⁶³ Cfr. n.º 1 del artículo 206.º, al. *a)*, *b)* y *e)* del n.º 1 y al. *a)* del n.º 2 del artículo 204.º (hurto calificado) y el n.º 4 del artículo 205.º (abuso de confianza) del CP. Así como n.º 4 del artículo 213.º (daño calificado), n.º 3 del artículo 216.º (cambio de marcos), n.º 4 de los artículos 217.º (estafa) y 218.º (estafa calificada), n.º 5 del artículo 219.º (estafa relativa a seguros), n.º 6 del artículo 221 (estafa informática y en las comunicaciones), n.º 6 del artículo 225.º (Abuso del carné de garantía y de crédito) y al. *a)* del n.º 3 del artículo 231.º (receptación) del CP. Todos estos tipos de crimen admiten la extinción del procedimiento criminal si el agente procede de acuerdo con lo estipulado en el n.º 1 del artículo 206.º del CP y la víctima accede.

⁶⁴ Cfr. el punto 9. de la exposición de motivos de la propuesta de Ley n.º 98/X.

⁶⁵ ESER, «Resozialisierung in der Krise», in *Festschrift für Peters*, 1974, p. 511. En este sentido y defendiendo esta tesis, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Temas Básicos de la Doctrina Penal*, p. 78-83 (78).

⁶⁶ Cfr. artículos 50.º a 57.º del CP. El cambio de medida de 3 años por 5 años de prisión operada con la reforma de 2007 es, también, una señal clara de refuerzo de la prevención especial con base en la idea de que la prisión es lo peor local —lo menos adecuado y cierto— para que una persona condenada por delitos graves, cuya personalidad, formación escolar y profesional, situación familiar y económica estable y que sienta responsable por sus hechos y arrepentida de los mismos, sea reintegrada en la sociedad.

III. Conclusión

10. La criminología y el Derecho penal (mejor la dogmática penal) no se confunden y no se aniquilan ni se colocan una sobre la otra ciencia. Pero, el Derecho penal tiene que apoyarse en las enseñanzas de la Criminología para que no tengamos un Derecho penal «desconectado con la realidad, no aspirando a explicar ni a convencer»⁶⁷, o sea, no podemos tener un Derecho penal «convertido en un Derecho esotérico»⁶⁸ sin cualquier utilidad para jueces, fiscales, abogados, policías, estudiantes y todo el pueblo.

Así el legislador penal portugués, en los cambios legislativos de los artículos del Código penal y procesal penal, no se ha olvidado de algunos puntos de vista de los que la criminología ya había hablado y llamado la atención teniendo en cuenta la función que nosotros entendemos como principal del Derecho penal: la función de equilibrio entre la tutela efectiva y eficiente de los bienes jurídicos y, simultáneamente, la defensa del delincuente frente al *ius puniendi*. No se ha hecho la reforma total, todavía es sólo una reforma parcial.

Pues, entendemos que el legislador, frente a los riesgos y las conductas peligrosas que no tienen solución penal —y para lo cual no debe ser llamado, porque no debe ser instrumento de gobierno⁶⁹—, debía haber avanzado más: debía retirar las conductas delictivas cometidas por personas que no tienen cura porque se encuentran en permanente estado de peligrosidad del derecho penal o no restringir la aplicación de las medidas de seguridad al ámbito del derecho penal, pero extender su aplicación a todos los estados de peligrosidad que afectan la armoniosa convivencia de los ciudadanos. Do mismo modo, consideramos que en el ámbito de la pena, el legislador debía cambiar

⁶⁷ Cfr. SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia. Acerca de su Construcción*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 91, *apud* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Historia de la Criminología...*, p. 22, n. 16.

⁶⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, y SERRANO MAÍLLO, A., *Historia de la Criminología...*, p. 22.

⁶⁹ En este sentido, FIGUEIREDO DIAS ha acrecentado y escrito, en 1996, que «el derecho penal no es un derecho penal de prevención de riesgos especiales (...) y de promoción de finalidades de la política estatal. El derecho penal es (...) un derecho de tutela subsidiaria de bienes jurídicos, esto es, de *preservación de las condiciones indispensables de la mas libre realización posible de la personalidad de cada hombre en la comunidad*». Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, «Oportunidad y Sentido de la Revisión», *in Jornadas de Derecho Criminal*, Ed. CEJ, Lisboa, 1996, Vol. I, p. 33. Pues, se puede mantener que tiene que haber otras ramas del derecho —*p. e.*, el derecho administrativo penal— que tengan fuerza suficiente para proteger a la sociedad de las conductas de personas peligrosas (que no tienen cura) y que no es el campo en que el Derecho penal deba intervenir.

algunas penas sustitutivas en penas principales, tales como el trabajo comunitario y la permanencia en habitación o domicilio, dándoles mayor valor como consecuencia jurídica del crimen, o sea, promoviéndoles mayor efectividad como pena. No olvidando las alteraciones necesarias en términos constitucionales, defendemos que el legislador penal debía crear nuevas penas, tal como la frecuencia escolar obligatoria, así como apartar la aplicación de la pena de trabajo a favor de la comunidad de la voluntad del delincuente.

Buena o mala, la reforma tuvo en cuenta los estudios mas significativos de la criminología que en Portugal se van desarrollando y de la construcción doctrinal de la política criminal y, por eso, se ha evitado un vuelco hacia las teorías de máxima seguridad que envuelven la discusión del Derecho penal en relación con las nuevas amenazas.