

EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y RESOCIALIZACIÓN EN PORTUGAL: LÍNEAS DE UN ESBOZO¹

ANDRÉ LAMAS LEITE

*Profesor Asistente de Derecho Penal
Universidad de Porto (Portugal)*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: Tras encuadrar la ejecución de la pena de prisión en Portugal dentro de las principales características de la política criminal, se analiza el rol central que la resocialización sigue teniendo en ese ordenamiento jurídico, al menos a nivel legislativo. Se presentan, además, algunos datos estadísticos que caracterizan al sistema penitenciario portugués, concluyéndose el estudio con una sistematización de un "dispositivo" orientado hacia la contención de la población carcelaria dentro de límites considerados razonables.

PALABRAS CLAVE: Prisión. Resocialización. Rehabilitación. Sistema penitenciario. Portugal

ABSTRACT: After describing the imprisonment penalty's execution in Portugal and its insertion within the main criminal policy guidelines, the resocialization's central role, at least in terms of legislation, is highlighted. Some statistical data which characterize the Portuguese prison

1 El trabajo que ahora se publica está basado en la intervención que hicimos en la conferencia «És possible buidar les presons a Catalunya? Algunes experiències europees» («¿Es posible vaciar las prisiones en Cataluña? Algunas experiencias europeas»), organizada y realizada en el Il.lustre Col.legi d'Advocats de Barcelona (Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia de l'ICAB), el 25 de marzo de 2011. Agradecemos a la organización y al Prof. Doctor D. JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA (Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña) su amable invitación. A la Prof. Doctora Dña. EVA MARÍA SOUTO GARCÍA, un especial agradecimiento por revisar la traducción en castellano y, sobre todo, por su amistad. El presente artículo corresponde, además, a una parte de nuestra participación en el proyecto de investigación «Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías» (DER2010-18040), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, bajo la coordinación del Prof. Doctor D. RICARDO MATA Y MARTÍN (Universidad de Valladolid), a quien también tenemos mucho que agradecer. En virtud de la naturaleza de este artículo, se comprende que el texto esté casi despojado de referencias doctrinales o jurisprudenciales y que adopte un estilo más descriptivo. Pretendemos, de esa manera, contribuir, muy modestamente, a la divulgación científica, tareas que también pertenecen a un académico. La versión en portugués, no totalmente coincidente con la presente, ha sido publicada en Brasil, en la *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo (año I, nº 1).

system are also presented. The study is concluded by systematizing the instruments aimed at containing the inmate population within reasonable limits.

KEYWORDS: Prison. Resocialitation. Rehabilitation. Prison system. Portugal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVÍSIMO ENCUADRE POLÍTICO-CRIMINAL. III. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA LEY Y LAS ESTADÍSTICAS. 1. Datos legislativos. 2. Algunos datos estadísticos. IV. MEDIDAS LEGISLATIVAS CON EFECTOS DE DISMINUCIÓN DE LA POBLACIÓN CARCELARIA. 1. Antes de la ejecución. 2. En fase ejecutiva. V. EN CONCLUSIÓN: HACIA UN DISPOSITIVO GLOBAL DIRIGIDO A LA DISMINUCIÓN DE LA POBLACIÓN CARCELARIA.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene objetivos muy sencillos: en este sentido pretendemos, de una manera necesariamente sucinta, mostrar los trazos basilares del sistema penitenciario portugués, aunque, eso sí, solamente en su vertiente legislativa y en todo lo que se refiere, de forma directa, a la consagración de las intenciones resocializadoras. Por ello, no vamos a detenernos en el análisis de las condiciones materiales de los establecimientos carcelarios, sobre su organización y estructura², sino en el estudio de los principios rectores que el legislador nacional decidió atorgar a la ejecución de la pena privativa de libertad.

Para la consecución de este fin, además del esencial encuadre de la temática en algunas de las principales reflexiones que la doctrina jurídico-penal y criminológica internacional ha realizado, vamos a utilizar, a título de ilustración, algunos datos estadísticos que nos permitan construir una imagen más aproximada de la realidad. Seguidamente, indicaremos las principales medidas legislativas destinadas a contener la población penitenciaria dentro de estándares semejantes a los observados en otros Estados. Y, para terminar, expondremos los fundamentos de un dispositivo aplicado en Portugal, cuyo objetivo primordial es la utilización de la prisión como *ultima ratio*, aportando, en este momento, ciertas contribuciones personales.

II. BREVÍSIMO ENCUADRE POLÍTICO-CRIMINAL

Es un hecho constatable ya desde hace algunas décadas, y al menos así será mientras la imaginación humana no sea capaz de encontrar otra solución, que la prisión se revela como una realidad inevitable. Así lo atestiguan los estudios de MICHEL FOUCAULT sobre la materia, los cuales, tras un profundo análisis histórico de la realidad de la prisión, muestran como, a partir de la valorización de la libertad humana defendida por el Iluminismo, y el abandono de las sanciones corporales y, en cierta medida, de aquellas que inciden sobre la vida, la libertad se transformó en el bien jurídico limitable por excelencia en el Estado de Derecho. Asimismo, los distintos movimientos abolicionistas, con sus diversas motivaciones, y pese a su importante función de crítica al Derecho Penal, acabaran demostrando sobradamente, *inter alia* de CHRISTIE a HULSMAN, que es imposible abandonar un sistema criminal en el cual el

2 Para algunos de esos aspectos, incluso con una evolución histórica del movimiento carcelario en Portugal, véase el *Relatório Final da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional*, 2004, disponible en <http://www.dgpi.mj.pt>.

Estado deje de ostentar, de una forma absoluta, la titularidad del *ius puniendi*. Ello no impide, sin embargo, que en ciertos ámbitos –y, en varios de ellos, a nuestro juicio, de modo excesivo–, nuestra rama de Derecho, bastión de la *res publica*, no conozca hoy nuevas y muchas veces preocupantes formas de privatización de la administración de la justicia criminal³.

De ahí, invirtiendo la conocida afirmación de RADBRUCH, más que procurar algo mejor que el Derecho Penal, la preocupación de la dogmática criminal y de la criminología debe ser el *mejorar* esa rama de Derecho. Tras la II Guerra Mundial, el ideal resocializador conoció su apogeo en Estados como los del Norte de Europa, por lo que puede hablarse ya del «mito» resocializador. Este fue el periodo en el cual lo criminoso se presumía resocializable y en el cual las consideraciones especial-preventivas desempeñaban el principal papel en la determinación de la medida concreta de la pena y en su respectiva ejecución. A partir de la década de los setenta del pasado siglo, se percibe un acentuado incremento de las tasas de criminalidad que, unido a otros factores, hizo que ese «mito» empezase a disiparse. Es natural, pues, que ese haya sido también el período de las más duras críticas al Derecho Penal⁴. La crisis del ideal resocializador abrió las puertas, en varios países, desde los EEUU a algunos países europeos, de entre ellos el Reino Unido y España⁵, al llamado «punitive turn», un movimiento explicable por una multiplicidad de factores económicos, sociales, políticos y jurídicos, y que se caracteriza por una defensa de la elevación de los marcos penales abstractos, por la neocriminalización y, en cierta medida, por la disminución de las garantías procesales del imputado. Desde el prisma de las teorías explicativas de los fines de las penas, se defiende una orientación retributiva⁶.

- 3 Sobre el problema, entre otros, cf. los nuestros *A Mediação Penal de Adultos. Um Novo «Paradigma» de Justiça Penal? Análise Crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra, 2008, *passim*, «Mediação Penal e Finalidades do Sancionamento – Esboço de uma Relatio», en: *Ciências Penais*, 11 (2009), pág. 49-96, y «Notas de Enquadramento da Mediação Criminal de Adultos em Portugal», en: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, 53 (2009), pág. 203-217. Configurando, de modo semejante, la mediación penal como «complemento» y no como «alternativa» al sistema criminal «tradicional», cf. GALAIN PALERMO, P., *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito*, Valencia, 2010, *passim*, y MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010, pág. 49-167.
- 4 Críticas esas que, como resulta evidente, están inseridas en el problema más vasto de la «crisis, *rectius*, las crisis de la Justicia» y, en lo que aquí más directamente importa, de la prisión como forma de sancionar. Sobre ello, CAVADINO, M. / DIGNAN, J., *The Penal System. An Introduction*, 3rd ed., London, Thousand Oaks / New Delhi, s/f, 2002, pág. 176-226.
- 5 En este país ha asistido a un movimiento constante de mayor punitividad en cada una de las reformas penales, como la doctrina ya ha subrayado. Entre otros, cf. AA. VV., *El Populismo Punitivo*, Barcelona, 2005. Demostrando la importancia de las políticas de «tolerancia cero» como estrategias de control social, *vide* BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Itinerarios de Evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las Sociedades Contemporáneas», en: FARALDO CABANA, P., et al. (coord.), *Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización*, Valencia, 2004, pág. 15-63.
- 6 De entre una multiplicidad de causas, se pueden apuntar, además de las explanadas en texto, una perspectiva política más conservadora; la unión del Estado frente a un «enemigo común»: la Guerra Fría; la «homogeneidad del cuerpo social» contra el crimen, el incremento de la criminalidad asociada a los estupefacientes – *war on drugs*; el hecho de la propia sociedad reclamar más intervención del Estado y, en especial, del Derecho Penal, en mucho debido al aumento de la calidad y del nivel de vida del siglo pasado, siendo de destacar, sin embargo, que las personas son cada vez menos receptivas al riesgo y, paradójicamente, la sociedad moderna es, cada vez más, una «sociedad de riesgos» (SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2^o ed., Madrid, 2001, pág. 36-37). A propósito, este último autor (pág. 32) habla de la sociedad de «inseguridad sentida», exactamente en la medida en que más que el sentimiento de inseguridad objetiva, lo que predomina es el de la inseguridad subjetiva. Se trata de un fenómeno que hoy no se compatibiliza con la vieja

Pero no se trata de una orientación confundible con el *Feindstrafrecht* de JAKOBS⁷, a pesar de compartir con éste algunos trazos.

Por lo que respecta a Portugal no puede hablarse de un verdadero «punitive turn».

Y es que, exceptuando la elevación de ciertas penas, e incluso la construcción de nuevos tipos penales relativos al terrorismo y alguna de la llamada «criminalidad violenta y altamente organizada», tipificados en gran medida por la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado portugués, en especial con la Unión Europea, o ciertos cambios punitivos en delitos que han provocado una gran alarma social, como sucedió con los crímenes contra la libertad y autodeterminación sexual de menores, Portugal no se caracteriza técnicamente por haber experimentado un cambio punitivo.

De igual manera no se detecta en la jurisprudencia o en la doctrina una orientación mayoritaria hacia los presupuestos ético-retributivos, y es que ambas siguen orientándose a finalidades preventivas, generales y especiales. Y ello no constituye sólo una afirmación sino que se percibe en el proceso de determinación de la medida concreta de la pena, que hoy se caracteriza mayoritariamente en Portugal por la teoría de inspiración alemana del «marco

dicotomía derechas/seguridad, izquierdas/libertad. Será suficiente atender en el *slogan* «tough on crime, tough on the causes of crime» (Labour Party, Reino Unido).

Según ZIMRING, F. E., «Política Criminal y Legislación Penal en la Experiencia Estadounidense Reciente», en: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., et al. (eds.), *La Política Legislativa Penal en Occidente. Una Perspectiva Comparada*, Valencia, 2005, pág. 47-61, en los EEUU, la primera fase del «punitive turn» se sitúa entre 1973/75 y 1985, caracterizándose por no tener, al menos *ab initio*, una motivación legislativa evidente, basándose mucho en la importancia de los media y de la opinión pública frente al fenómeno criminal y su visibilidad. En una segunda fase (1985-1993) se observa un miedo generalizado al tráfico y consumo de drogas y criminalidad asociada y la *war on drugs* tiene su impacto en las políticas y leyes federales, siempre en el sentido de la elevación de los marcos penales. De 1993 hasta la actualidad, se verifica un incremento de la población carcelaria, a pesar de la tasa de criminalidad en los EEUU decrece. En 1994, el Congreso federal aprueba una ley que incrementa la ayuda financiera a los Estados para que estos construyan más prisiones y mantengan el sistema carcelario y la duración de las condenas. Se asiste, también, a la privatización de varias prisiones y a la verificación de que esta mayor punitividad refuerza los mecanismos de *net widening*. Las leyes de *three strikes and you're out* presentan un particular enfoque en California, siendo adoptadas en casi 30 Estados de los EEUU. Acaban por redundar, muchas veces, en *indeterminate life imprisonment terms*. A pesar de su marcada severidad, según la *Supreme Court of the US*, a través de dos decisiones de 5/3/2003 (5 jueces, en contra 4), se afirmó su conformidad con la Constitución (*maxime*, la 8ª Enmienda). Ha de destacarse, finalmente, que este tipo de legislación nada más es que una forma de ejercicio de violencia motivada por consideraciones instrumentales, siguiendo la tipología propuesta por D'ANJOU et al., «Demanding More Severe Punishment – Outline of a Theory», en: *British Journal of Criminology*, 18, 4 (1978), pág. 326-347.

- 7 El pensamiento del autor puede ser dividido en tres fases. En 1985 surge el concepto sólo concebible en un Derecho Penal de necesidad (de emergencia), lo que tuvo, en la época, poco eco en la doctrina. En 1999 el discurso de Jakobs se radicaliza y, a su vez, se define más claramente lo que se pretende abarcar con el Derecho Penal del enemigo. El enemigo es descrito como todo aquel sujeto que no garantiza la «seguridad cognitiva mínima» (*kognitive Mindestsicherheit*), pudiendo el enemigo distanciarse del Derecho a través de su actitud (v. g., delincuentes sexuales), de su «vida adquisitiva» (v. g., criminalidad económico-financiera, organizada, ligada a las drogas), o de la pertenencia a una organización (v. g., terrorismo y la más grave criminalidad organizada). Finalmente, de 2002 hasta la actualidad, se asiste a una fase de depresión del concepto. Jakobs pasa a ver al «ciudadano» y al «enemigo» como tipos ideales: el ciudadano como individuo competente para participar en la vida social, afirmando además que el enemigo no es parte de la función de estabilización de la norma (SALIGER, F., *Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, en: *Juristenzeitung*, 15-16 (2006), pág. 756-762; sobre el concepto de «categoría cognitiva», cf., también JAKOBS, G., «La Pena Estatal: Significado y Finalidad», en: JAKOBS, G., et al., *Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista*, México, DF, 2006, pág. 52-58).

de la prevención»⁸. Además, como tendremos oportunidad de desarrollar más adelante en este trabajo, el ordenamiento jurídico-penal portugués sigue defendiendo, al menos desde la literalidad de la ley y del diseño formal de los institutos jurídicos, el principio de resocialización del condenado, no sólo como uno de los objetivos de la intervención punitiva del Estado, sino también como uno de los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad. Todo lo dicho parece indicar que, al menos a nivel legislativo, Portugal se encuentra, hasta el momento, al margen de ese movimiento de incremento de la punitividad. Cosa distinta es que desde un nivel no legislativo se constate que la duración media de las penas de prisión en Portugal es superior a la de la media europea⁹. Asimismo, para comprobar si lo dicho anteriormente es cierto o no, resultaría de gran utilidad la realización de un estudio sobre las representaciones de la justicia y de la mayor o menor punitividad que exigen las víctimas cuando se la compara con la punitividad de los operadores judiciares. Desafortunadamente, no existen todavía estudios sobre esta cuestión.

Otro factor que influye en el Derecho Penal es la creciente importancia del pragmatismo, del actuarialismo y del «managerialismo»¹⁰. *Per summa capita*, cualquiera de los tres ejes tiende hacia una administrativización de la justicia penal basada en la reducción de costes, la racionalidad económica en el abordaje del fenómeno criminal, y el eventual comprometimiento de principios axiológicos en todo lo que sea necesario de cara a un tratamiento jurídico-penal más conforme a una lógica utilitaria. Incluso reconociendo la actualidad de varios de sus principios no andaremos lejos de la verdad si decimos que estas orientaciones se basan en los presupuestos nacidos en BENTHAM. Los métodos actuarialistas, que se fundan en la estadística, la matemática, y otras ciencias que trabajan con probabilidades, han sido utilizados en materias como la *parole* estadounidense y, más en general, en institutos cuya aplicación depende de un pronóstico favorable del imputado o condenado. Aunque algunos de sus presupuestos puedan ser auxiliares – nunca elementos determinantes *per se* – en la construcción del juicio del juez, jamás se podrá, bajo pena de violar frontalmente las exigencias de la justicia material, transformarlos en criterios únicos, tal y como pretenden los más ortodoxos del «análisis económico del Derecho». De la misma manera, el «managerialismo» y el pragmatismo, este último un simple constituyente del primero, no nos parecen unas verdaderas formas nuevas de encarar el *ius puniendi*. Es cierto que el *managerialism*, nacido en el *Common Law*, propone que el delito sea considerado como una especie de «negocio» que la empresa ha de gestionar, lo que implica que los resultados, los *outputs*, sean el indicador por excelencia de la eficacia

8 Sobre ella, citando solamente doctrina portuguesa, aunque el origen de la teoría en texto es germánica, FIGUEIREDO DIAS, J., *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, reimp., Coimbra, 2005, pág. 227-231, y MIRANDA RODRIGUES, A., *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, 1995, pág. 545-576. Recientemente, cf. MARTINS, A. L., *Medida da Pena. Finalidades, Escolha*, Coimbra, 2011.

9 De acuerdo con datos de la Dirección-General de los Servicios de Prisiones – DGSP – (2009 y 2010, disponibles en <http://www.dgsp.mj.pt>), en cerca de 30% de las penas de prisión cumplidas en Portugal están situadas en el intervalo entre 3 y 6 años de pena efectiva, seguidos de cerca de 20% de penas entre 6 y 9 años de prisión. Las medidas de seguridad representan apenas un 2,5% del total de reclusos.

10 Un primer abordaje de estos conceptos puede verse en HUDSON, B. A., *Understanding Justice. An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, 2nd ed., reimp., Berkshire, 2008, pág. 157-164.

y eficiencia. Si dichos resultados son o no conformes a los mandamientos constitucionales es un asunto que no tiene prioridad de tratamiento, aunque el «managerialismo», en un Estado de Derecho, tenga que sujetarse a los cánones constitucionales.

Lo que no significa, evidentemente, que no exista un amplio espacio de indeterminación que escape al marco de un Derecho Penal moderno nacido bajo el signo liberal. Lo que cada vez resulta más indiscutible es la urgencia en la aceptación de que el Derecho Criminal, bajo pena de alejarse de la realidad actuante que se propone reglar, tiene que conocer distintas formas de actuar en función de la gravedad objetiva de los delitos. La pequeña y media criminalidad deben contemplar – siempre de modo que se mantenga el carácter público de la punición – manifestaciones progresivas de oportunidad y consenso y, también dentro de requisitos establecidos de manera clara, un ahondamiento de las penas sustitutivas, las cuales no deben, además, perder su efectividad. En la criminalidad más grave, sin llegar a patrocinar un Derecho Penal del enemigo jakobsiano, se tendrá que admitir la flexibilización de algunas garantías procesales, de manera semejante a lo que ya hoy ocurre en relación a los medios de prueba y a su obtención.

III. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA LEY Y EN LAS ESTADÍSTICAS

1. Datos legislativos

Situados ya en el moderno movimiento de política criminal, debemos averiguar el modo en que la legislación portuguesa encara el cumplimiento de la pena privativa de libertad. En consonancia con la tradición nacional de humanización de la sanción penal, lo que no impidió, sin embargo, la comisión de verdaderas atrocidades en periodos históricos tan distintos como la Inquisición o, más cerca de nuestros días, el régimen dictatorial y antidemocrático anterior a la Revolución de 1974, es indiscutible que el ordenamiento luso sigue comprometido con la resocialización.

La pena es considerada, en un Estado democrático y *social* como un *derecho del recluso*¹¹, toda vez que ella debe contener un potencial reintegrador del condenado en la sociedad. Se exige que se den las condiciones necesarias para que el condenado, si así lo desea, pueda acceder a una inserción comunitaria más conforme a las exigencias del Derecho, una resocialización siempre *propuesta* y nunca *impuesta* («prevención de la reincidencia», en la consagrada fórmula de ESER), no sólo por razones de defensa de la dignidad de la persona humana, sino también por motivos pragmáticos de imposibilidad de cambiar las personalidades. Es decir, el Derecho Penal no desea actuar sobre personalidades *qua tale*, sino solamente sobre las respectivas manifestaciones en la realidad social, concretadas en específicos tipos legales delictivos. Sólo así puede armonizarse la prevención especial (positiva) con un Derecho Penal del hecho y, en verdad, con una tesis del ilícito personal que, enfocada en el desvalor de acción, no olvida, sin embargo, la importancia, aunque en segunda línea, del desvalor de

11 Sobre la materia, MIRANDA RODRIGUES, A., *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra, 2002, *passim*.

resultado. Con todo, no procede ahora detenernos en esta magna cuestión¹². Lo que pretendemos –eso sí– es apartarnos de una concepción del ilícito personal totalmente desligada del resultado en cuanto acaecimiento externo-objetivo y que, no sólo en el mundo de las representaciones sociales, sino también desde las valoraciones jurídico-penales, debe tener un papel nada despreciable. Si no fuese así, una visión exasperada e imperialista del desvalor de la conducta o de la acción –como, p. ej., la de la primera fase de los escritos de WELZEL– se arriesga a hacer del Derecho Penal una rama divorciada de la realidad social, trabajando en la «estratosfera» del pensamiento y de las elucubraciones teóricas, como ya hoy sucede con algunas orientaciones propuestas desde la «prevención general positiva o de integración»¹³.

Vista la sanción privativa de libertad como un derecho del recluso, éste dispone de una pretensión tutelada como un derecho fundamental hacia el Estado, no sólo desde una perspectiva negativa (abstencionista), sino también de una forma prestacionista (positiva). El condenado puede y debe reclamar del Estado la creación de condiciones favorables para que la pena privativa de libertad ofrezca los mecanismos adecuados de cara a la consecución de la resocialización, de tal manera que, no estando previstos legislativamente, se verifique una verdadera inconstitucionalidad por omisión. La Ley Fundamental portuguesa, al erigir un Estado de Derecho democrático y *social* (artículos 1º y 2º), que valora la dignidad de la persona humana, prevé la resocialización como uno de los objetivos de política criminal¹⁴, tanto desde una vertiente *preventiva*, como *represiva*¹⁵, y también desde la perspectiva de la ejecución penal. De hecho, la Constitución portuguesa de 1976 se dotó de un completo programa político-criminal, que no se limitaba a meras proclamaciones, sino que suponía la adscripción del legislador ordinario a límites relativamente precisos en materia de respeto por el principio de legalidad (artículo 29º), de previsión de amplias garantías de defensa e, incluso, de forma expresa se adoptó tanto un modelo procesal penal (de estructura acusatoria) – artículo 32º – como se establecieron medidas cautelares de privación de libertad como instrumentos de *ultima ratio*, en obediencia al principio de proporcionalidad (artículo 18º, nº 2), con una reglamentación bastante detallada para lo que es habitual en una *norma normarum* (vide artículo 28º). De la misma manera, y por la incidencia sobre el tema que estamos a tratar, se establecen límites de duración de las penas y medidas de seguridad,

12 Véase la obra de STRATENWERTH, G., *Disvalor de la Acción y Disvalor de Resultado en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 2006, *passim*.

13 Nos manifestamos subscriptores de varias de las críticas que se tienen dirigido hacia el pensamiento de Jakobs sobre la materia en texto expuesta. Sin embargo, debe subrayarse que el autor se muestra favorable a la necesidad de que la prevención general también no deje de acautelar el distanciamiento de los demás individuos de la práctica criminosa, de modo más próximo de la prevención general negativa (entre tantos textos de JAKOBS, G., cf. «La Pena Estatal...», cit., pág. 44).

14 Lo mismo sucede en España (artículo 25.2, de la Constitución de 1978). De entre una bibliografía copiosa y hoy inabarcable, véase, entre otros, cf. BUENO ARUS, F., «A Propósito de la Reinserción Social del Delincuente», en: *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pág. 59-70, destacando que el mismo epíteto de «mito» no tiene un significado inexorablemente negativo y que la resocialización del delincuente nada más constituye el correlativo de un programa de socialización para todos los ciudadanos.

15 Sobre estos dos aspectos básicos de la noción de política criminal, cf., *inter alia*, ZIPF, H., *Política Criminal*, Milano, 1989, pág. 5-14.

afirmandose además (artículo 30º, nº 5, de la Constitución) que el condenado mantiene la titularidad de todos los derechos fundamentales que no deban ser limitados por el sentido y las exigencias de la ejecución. Estamos, por cierto, lejos de las «relaciones especiales de poder» que, desarrolladas por el administrativista OTTO BACHOF, tuvieron influencia hasta mediados del pasado siglo. Los condenados a cumplir sanciones penales son considerados, pues, ciudadanos que mantienen sus derechos fundamentales, exceptuándose solamente aquellos que deban ceder en virtud de la ejecución.

Lo mismo puede decirse del Código Penal (CP), que no se limitó – y ello al revés del que sucede en ordenamientos jurídicos que son próximos al portugués – a prever las sanciones criminales sin una indicación legislativa de su sentido. En el artículo 40º, nº 1 (Reforma del CP de 1995) se han introducido unas normas de acuerdo con las cuales las penas y medidas de seguridad están dirigidas a «la protección de bienes jurídicos y la *reintegración del condenado en la sociedad*»¹⁶. Independientemente de la discusión sobre si las codificaciones penales deben o no sacar partido en una de las mayores *vexatae quaestiones* de nuestra rama de Derecho, lo cierto es que el legislador nacional describió la prevención especial positiva como uno de los fundamentos de la intervención criminal, lo que comporta innegables y hondas consecuencias en la ordenación posterior. Por ejemplo, el artículo 42º del CP prevé *expressis verbis* el sentido de la ejecución de la pena privativa de libertad, haciendo hincapié de nuevo en la «reintegración social del recluso», desde una perspectiva diríamos minimalista, es decir, la de crear las condiciones necesarias para evitar la reincidencia y no, como ya señalamos, con el objetivo de modificar internamente cualquier estructura de personalidad¹⁷.

La Ley de Política Criminal para los años 2009/2011 (Ley nº 38/2009, de 20 de julio), que concreta a la Ley-Cuadro de la Política Criminal (Ley nº 17/2006, de 23 de mayo)¹⁸, establece que la «reintegración de los agentes del delito en la sociedad» es uno de los objetivos generales para el trienio (artículo 1º), previéndose además que la ejecución de la pena privativa de libertad debe «evitar la estigmatización del condenado, promoviendo su reintegración responsable en la sociedad» (artículo 19º, nº 3). En la misma línea se sitúa el reciente Código de Ejecución de Penas y Medidas Privativas de Libertad (CEP, Ley n.º 115/2009, de 12 de octubre), al consagrar, como uno de los principios orientadores de la ejecución, la respectiva aproximación hacia las «condiciones beneficiosas de la vida en comunidad» (artículo 3º, nº 5), con una clara admisión de los efectos criminógenos de la privación de libertad, a lo que ha de sumarse el principio de individualización del tratamiento penitenciario, orientando al condenado hacia una progresiva aproximación a la libertad (artículo 5º).

16 Cursiva añadida.

17 Artículo 42º, nº 1, del CP (Ejecución de la pena de prisión) 1 – La ejecución de la pena de prisión, sirviendo la defensa de la sociedad y previniendo la práctica de crímenes, debe orientarse en el sentido de la reintegración social del recluso, preparándolo para conducir su vida de modo socialmente responsable, sin cometer delitos.

18 Para un análisis crítico de la ley, por todos, COSTA ANDRADE, M., «Lei-Quadro da Política Criminal», en: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 135, nº 3938 (2006), pág. 262-276.

2. Algunos datos estadísticos

Partiendo de los datos del año 2008, el sistema penitenciario portugués se encuentra por lo que a número de reclusos se refiere (número de reclusos 101,5 por 100.000 habitantes) muy próximo a la media de los países del Sur y de la Europa occidental (95 por 100.000), y muy lejos de Estados como los EEUU (756 reclusos por 100.000 habitantes), país que presenta la mayor tasa de población carcelaria¹⁹ (cf. gráfico nº 1).

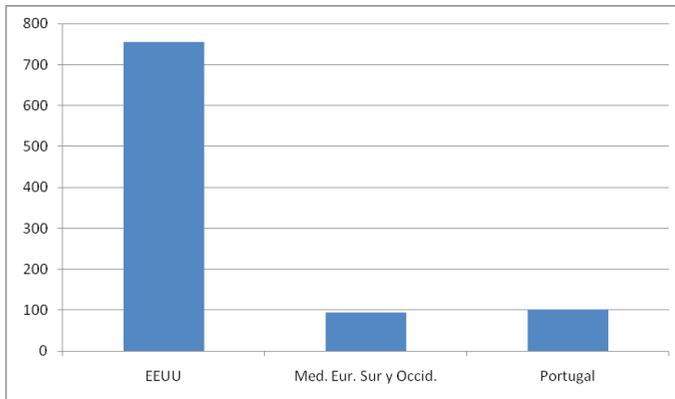


Gráfico nº 1: Tasa de población carcelaria en 2008, por cada 100.000 habitantes (Fuentes: *World Prison Population List*, 8th ed., King's College, Londres, disponible en http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wpl-8th_41.pdf y DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

En el segmento temporal de 1999-2010, la tendencia viene siendo la de disminución progresiva del número de reclusos, con una ligera inflexión en los últimos tres años. Se registra un incremento en el número de reclusos extranjeros, sin embargo limitado y fácilmente explicable por los flujos migratorios que Portugal viene conociendo en los últimos años, en especial de algunos países africanos y de ciertos Estados del Este europeo. Representan cerca del 20% del total de reclusos (*vide* gráfico nº 2).

¹⁹ Estamos obviamente refiriéndonos a los países que tornan disponibles estos elementos, una vez que existen algunos, de entre los cuales pontifica China, que no los fornecen o, cuando lo hacen, hay motivos serios para no validarse científicamente esos datos, siendo previsible, teniendo en cuenta la dimensión poblacional y el régimen político vigente, que en esos Estados los números sean aún superiores a los de EEUU. Sobre el fenómeno de la *mass incarceration* en los EEUU y sobre la paradoja existente entre una economía que se reclama de libre mercado e empeñada en construir una especie de nuevo *laissez faire, laissez passer* fisiócrata, y la manutención de elevadísimas tasas de encarcelamiento, *vide*, por todos, la obra de HARCOURT, B. E., *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard, 2011. Del mismo autor, *vide* las lecciones que se pueden retirar del cambio de la política de desencarcelamiento de los enfermos mentales en los EEUU para la política criminal, en «Reducing Mass Incarceration: Lessons from the Deinstitutionalization of Mental Hospitals in the 1960s», en: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, nº 542, enero de 2011.

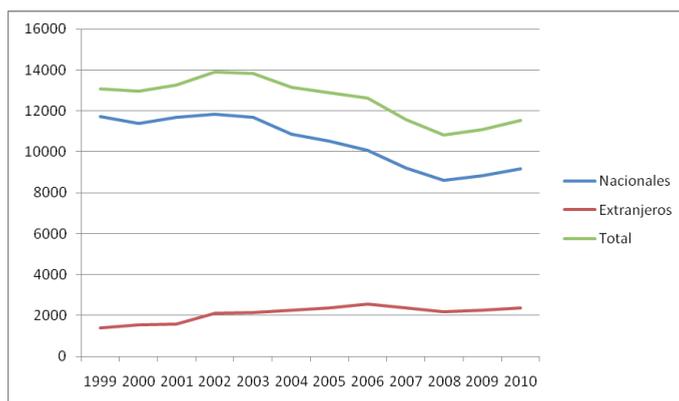


Gráfico nº 2: Reclusos (nacionales y extranjeros) en cumplimiento de pena o medidas procesales cautelares privativas de libertad en prisiones portuguesas, entre 1999 y 2010 (Fuente: DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

Los delitos que representan el mayor número de condenas son²⁰, actualmente, los crímenes contra el patrimonio (la llamada «criminalidad adquisitiva»), seguidos por los delitos contra las personas (en crecimiento) y por los delitos relacionados con las sustancias estupefacientes. Estos últimos delitos, en el segmento temporal de 2000-2010, vienen registrando una fuerte disminución, en gran parte debido a la descriminalización (especial), en 2000, del consumo de drogas ilícitas, lo que pasó a ser considerado como ilícito penal administrativo (en el derecho portugués, una *contra-ordenação*) – cerca de 4000 condenas en 2000 y la mitad en 2010-.

Intentando, ahora, caracterizar la población carcelaria, como es normal, la gran mayoría está representada por los individuos que cumplen pena o medida de seguridad privativa de libertad, los cuales presentan una tendencia ascendente en el periodo de 1994 hasta 2010, al revés de lo que sucede con los sujetos en prisión provisional. Siempre se podrá decir, así, que, además de otros factores, la disminución en la aplicación de la medida coactiva procesal más gravosa ha contribuido al decrecimiento de la población carcelaria. Se verifica, también, que los máximos de esa disminución corresponden, por regla, a cambios legislativos en el sentido de tornar su determinación cada vez más como *ultima ratio* o, al menos, a mutaciones en la comprensión social y judicial del fenómeno, a menudo provocadas por procesos judiciales de amplia proyección mediática (cf. gráfico nº 3).

20 Fuente: Estadísticas de Justicia (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>).

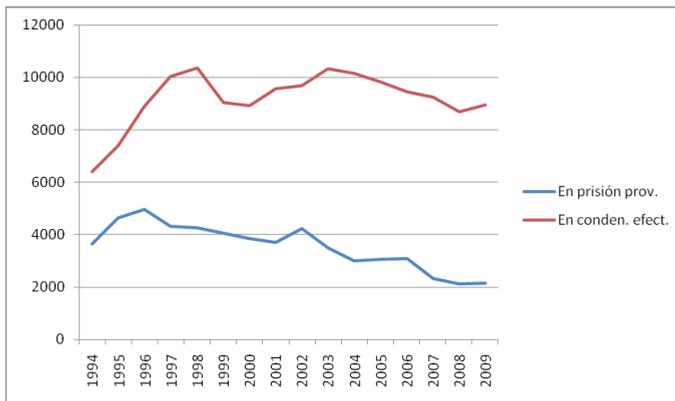


Gráfico n.º 3: Caracterización de los reclusos en Portugal (1994-2010), por situación procesal (Fuente: DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

Un mecanismo de control particularmente desarrollado en Portugal, desde 2002, es la vigilancia electrónica aplicada a las medidas cautelares y al cumplimiento efectivo de penas. Aunque con algunas oscilaciones, el número de penas y medidas de monitorización electrónica ha aumentado (gráfico n.º 4), siendo claramente la obligación de permanecer en el domicilio (medida cautelar procesal prevista en el artículo 200º del Código de Proceso Penal – CPP) la que registra mayor número de decisiones judiciales favorables (gráfico n.º 5). El artículo 44º del CP autoriza el cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo general, de hasta un año y, excepcionalmente, de hasta dos, en el domicilio, mediante el control a distancia²¹. Estamos ya en fase post-sentencial y los respectivos valores son aún bajos, a lo que contribuye, entre otros motivos, la circunstancia de estarse ante una

21 Artículo 44º del CP (Régimen de permanencia en domicilio) 1 – Si el condenado consintiere, pueden ser ejecutados en régimen de permanencia en domicilio, con fiscalización por medios técnicos de control a distancia, siempre que el tribunal concluyere que esta forma de cumplimiento se realiza de modo adecuado y suficiente en relación a las finalidades de la punición:

a) La pena de prisión aplicada en medida no superior a un año;

b) El remanente no superior a un año de pena de prisión efectiva que excediere del tiempo de privación de libertad a que el imputado estuviere sujeto en régimen de detención, prisión provisional o obligación de permanencia en el domicilio.

2 – El límite máximo previsto en el número anterior puede ser elevado a dos años cuando se verifiquen, en la fecha de la condena, circunstancias de naturaleza personal o familiar del condenado que no aconsejen la privación de libertad en establecimiento carcelario, principalmente:

a) Embarazo;

b) Edad inferior a 21 años o superior a 65 años;

c) Enfermedad o deficiencia graves;

d) Existencia de menor a cargo;

e) Existencia de familiar exclusivamente a su atención.

3 – El tribunal revocará el régimen de permanencia en el domicilio si el condenado:

a) Infringiere grosera o repetidamente los deberes decurrentes de la pena; o

b) Cometiere delito por el cual venga a ser condenado y revelare que las finalidades del régimen de permanencia en domicilio no pudieran ser alcanzadas por este medio.

4 – La revocación determina el cumplimiento de la pena de prisión establecida en la sentencia, descontándose enteramente la pena ya cumplida en régimen de permanencia en domicilio.

medida introducida en 2007. La adaptación a la libertad condicional, también resultante de la misma reforma del CP y a la cual nos referiremos más adelante, tiene una aplicación muy residual.

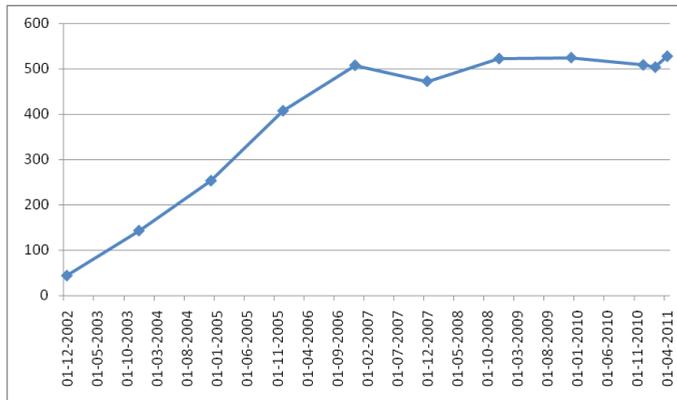


Gráfico nº 4: Número de medidas cautelares procesales y penas cuyo régimen de cumplimiento está sujeto a vigilancia electrónica (Fuente: Dirección de los Servicios de Vigilancia Electrónica – DSVE, datos cedidos, muy gentilmente, por esta Dirección).

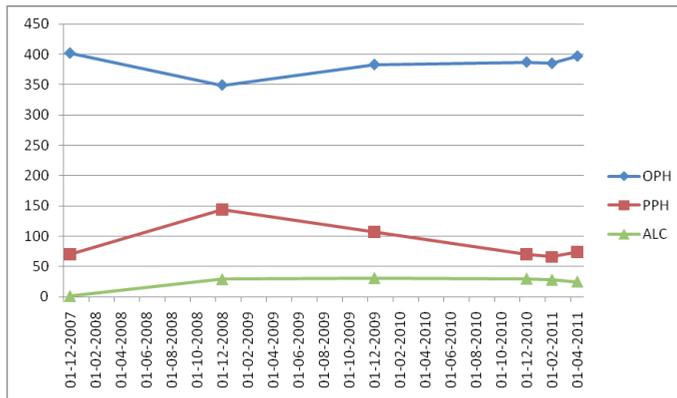


Gráfico nº 5: Caracterización de las principales medidas y penas sujetas a monitorización electrónica, 2007-2011 (OPH: obligación de permanencia en la habitación; PPH: pena de permanencia en la habitación; ALC: anticipación de la libertad condicional). Fuente: DSVE (datos cedidos, muy gentilmente, por este organismo público).

Uno de los principales argumentos a favor de la vigilancia electrónica, además de evitar la desocialización y el contacto con el medio carcelario, ha sido su evolución en términos de tasa de revocación, la cual viene decreciendo, situándose en cerca de 4% del total de las medidas y penas de acompañamiento²².

22 De acuerdo con datos de la DSVE, ya citados.

IV. MEDIDAS LEGISLATIVAS CON EFECTOS DE DISMINUCIÓN DE LA POBLACIÓN CARCELARIA

Analizaremos la materia objeto de este epígrafe en los dos momentos más significativos en los que puede operar: al nivel de la previsión normativa, antes de la práctica delictiva y, después de ésta, antes de la determinación de la sanción penal y, por otra parte, ya en fase ejecutiva.

1. Antes de la ejecución

Hay una serie de instrumentos legislativos que, empeñados en seguir con la privación de libertad como la sanción de último recurso, consiguen, por consecuencia, mantener la población carcelaria dentro de márgenes aceptables en el contexto de las demás naciones europeas.

En relación a las medidas cautelares procesales, la prisión provisional ha sido uno de los institutos jurídicos más controvertidos y más veces alterado legislativamente. El actual CPP, en vigor desde 1988, siempre la consagró como aplicable únicamente cuando las demás medidas cautelares no fuesen adecuadas o suficientes, además de imponerle un límite formal en términos de pena abstracta. Con la desaparición de los llamados «delitos no caucionables» (aquellos en los que la prisión provisional siempre tenía que aplicarse, lo que ha sido considerado inconstitucional después de la nueva ordenación salida de la Revolución de 1974), la regla pasó a ser la de que la prisión provisional se aplicaría a delitos dolosos punibles con prisión superior a tres años, siempre que existiesen fuertes indicios de su comisión y de que el imputado había sido su autor. Fue creciendo la convicción, en la década de noventa del pasado siglo y en los primeros años de este inicio de milenio, de que la magistratura portuguesa recurría demasiado a la prisión antes de que se probase la culpabilidad, lo que era visto como un cumplimiento menos exigente de la presunción de inocencia (artículo 32º, nº 2, de la Constitución). Se decía que se encarcelaba primero y que se investigaba después; que los jueces eran conniventes con un estado de cosas que autorizaba ingresar en un establecimiento carcelario en hipótesis en las cuales tal hecho no estaba justificado. Y ello se debía más a una cultura judicial instalada y no tanto a una ley permisiva que, en verdad, nunca existió en el Portugal democrático. Estas críticas sólo en parte eran acertadas, pues la media nacional de decisiones que aplicaban la prisión provisional, aunque se situaba por encima de la media europea, no era tan dispar.

Resultado de este criticismo, aliado a la mediatización de procesos como el conocido como «Casa Pía», verdadero *case study* de la historia judicial lusa, la reforma del CPP de 2007 limitó aún más la posibilidad de aplicar prisión provisional hasta un punto en que las finalidades cautelares conocieran una indeseable disminución. Debido a las críticas, vertidas después de la entrada en vigor de esa revisión en 15/9/2007, y como consecuencia de las recomendaciones del Observatorio Permanente de Justicia (organismo encargado de monitorizar las alteraciones legislativas entonces introducidas), en 2010, de nuevo, el legislador modificó el régimen de la prisión provisional en relación a los delitos en los que se admite. *Apertis verbis*, con base en el artículo 202º del CPP, se puede dividir en tres grupos

las hipótesis fácticas en que la más gravosa de las medidas coactivas es judicialmente pensable: *a)* existencia de claros indicios de la comisión de delito doloso correspondiente a criminalidad violenta (definida como aquella que comprenda acciones – o omisiones – dolosas contra la vida, integridad física, libertad personal, libertad y autodeterminación sexuales o autoridad pública, desde que punibles con prisión de máximo igual o superior a 5 años – artículo 1º, nº 1, par. *j*), del CPP); *b)* existencia de indicios claros de práctica de delitos de terrorismo o de criminalidad altamente organizada (definida en el artículo 1º, nº 1, par. *m*), del CPP como delitos de asociación criminosa, tráfico de personas, tráfico de armas o de estupefacientes, corrupción, tráfico de influencia, participación económica en negocio o blanqueo de capitales), desde que esa categoría de crímenes sea punible con prisión de un máximo superior a 3 años; *c)* existencia de indicios claros de comisión de otros delitos dolosos punibles con privación de libertad con pena superior a 3 años.

Otra de las fuertes líneas orientadoras en el sentido de la disminución del contacto con los establecimientos carcelarios es la vigilancia electrónica, sea a nivel de las medidas cautelares, sea a nivel del cumplimiento efectivo de las penas, sumándose el instituto jurídico de anticipación de la libertad condicional, hoy previsto en el artículo 62º del CP. La vigilancia electrónica está reglada en la Ley nº 33/2010, de 2 de setiembre, debiendo destacarse la obligatoriedad de consentimiento del imputado o condenado y de aquellos que con ellos cohabitan (artículo 4º).

El legislador portugués ha apostado, en aparente «contra ciclo» con el ya señalado «punitive turn», por un sucesivo aumento en el ámbito formal aplicativo de las llamadas «penas sustitutivas» (o «penas alternativas»), o sea, aquellas que el juez puede aplicar en vez de una pena principal (de prisión o multa²³), por entender que las finalidades punitivas se alcanzan de idéntico modo al de otras (verdaderas) penas consideradas más favorables en materia de prevención especial sin que ello suponga un peligro, no obstante, para las exigencias general-preventivas (y, eventualmente, de culpabilidad). De hecho, la historia de las penas alternativas en Portugal se caracteriza por un continuo crecimiento, no sólo en el índice formal que admite su aplicación, sino también, incluso, en la construcción de nuevas sanciones. La reforma de 2007 del CP fue, en relación a este propósito, un ejemplo elocuente, admitiéndose la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad, la de más largo espectro aplicativo, hasta cinco años de medida concreta de prisión²⁴, lo que, en un contexto de un sistema criminal en el cual el «máximo de los máximos» (EDUARDO CORREIA) es de 25 años, representa 1/5 de ese máximo y abarca no sólo medidas de pequeña gravedad, sino también de ofensividad media. Se mantuvo, además, la categoría de las llamadas «penas

23 Siendo cierto que solamente se configura la pena de amonestación (artículo 60º del CP), también ella habiendo sido reforzada en su ámbito aplicativo, no obstante ser muy dudosa la ventaja político-criminal de su consagración, más parece estarse ante una forma «encapotada» de descriminalización o, en otra perspectiva, ante una manifestación del «Derecho Penal simbólico».

24 Para un análisis de las principales alteraciones en la materia con la revisión de 2007 del CP, cf. nuestro «A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal», en: COSTA ANDRADE, M., et al. (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra, 2009, pág. 583-629.

alternativas privativas de libertad» (prisión por días libres y régimen de semidetención – artículos 45º y 46º del CP²⁵), a pesar de que esa opción pudiera ser político-criminalmente dudosa y cuando, además, se reforzó los límites formales de su aplicación. Para quien la entienda como tal (lo que es muy discutible o, al menos, dudoso en una de sus modalidades²⁶), el régimen de permanencia en domicilio para cumplir pena privativa de libertad del artículo 44º del CP fue una nueva pena de sustitución introducida en 2007, a la cual ha de sumarse la prohibición de ejercicio de profesión, función o actividad para medidas hasta 3 años (artículo 43º, nº 3, del CP²⁷) que, no discutiéndose ahora la bondad de su previsión, tiene una inserción sistemática altamente criticable.

Habría que indagar sobre la motivación o motivaciones que estuvieron en la base de esta tendencia dirigida al crecimiento de las penas sustitutivas: continuación de una tradición jurídica lusa de relativa humanización de la justicia penal, verdadera creencia en el cumplimiento de las penas fuera de las prisiones, apostando en mecanismos resocializadores o, simplemente, entendimiento de que las sanciones sustitutivas representan un mejor «punto óptimo» en los gastos con el sistema criminal. No corresponde ahora entrar a valorar esta cuestión, simplemente se pretende sensibilizar a los lectores sobre el carácter intrincado de la cuestión. Así como, *hic et nunc*, llamar la atención sobre el movimiento a que se asiste en el ámbito de las penas alternativas y que consiste en crear «vasos comunicantes» entre ellas, siempre con el objetivo de reforzar sus potencialidades y de reafirmar la eficacia y la efectividad de las sanciones sustitutivas, garantías de su existencia y afirmación político-criminal y dogmática. Asimismo, es cada vez más clara la concepción segundo la cual algunas

25 Artículo 45º del CP (Prisión por días libres) 1 – La pena de prisión aplicada en medida no superior a un año, que no deba ser substituida por pena de otra especie, será cumplida en días libres siempre que el tribunal concluyere que, en el caso, esta forma de cumplimiento se realiza de manera adecuada y suficiente de cara a las finalidades de la punición.

2 – La prisión por días libres consiste en una privación de libertad por periodos correspondientes a fines-de-semana, no pudiendo exceder de 72 periodos.

3 – Cada periodo tiene la duración mínima de treinta y seis horas y la máxima de cuarenta y ocho, equivaliendo a 5 días de prisión continua.

4 – Los días festivos que antecedan o se sigan inmediatamente a un fin de semana pueden ser utilizados para ejecución de la prisión por días libres, sin embargo de la duración máxima establecida para cada periodo.

Artículo 46º del CP (Régimen de semidetención) 1 – La pena de prisión aplicada en medida no superior a un año, que no deba ser substituida por pena de otra especie, ni cumplida en días libres, puede ser ejecutada en régimen de semidetención, si el condenado consintiere.

2 – El régimen de semidetención consiste en una privación de libertad que permita al condenado proseguir su actividad profesional normal, su formación profesional o sus estudios, a través de salidas estrictamente limitadas al cumplimiento de sus obligaciones.

26 En sentido próximo al de ANTUNES, M. J., *Consequências Jurídicas do Crime. Lições para os Alunos da Disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2007/2008, pág. 9, 46-47, distinguiendo las hipótesis del par. a), del nº 1, de las del par. b) y del nº 2, todos del artículo 44º del CP.

27 Artículo 43º del CP (Sustitución de la pena de prisión) (...) 3 – La pena de prisión aplicada en medida no superior a tres años será substituida por pena de prohibición, por un período de dos hasta cinco años, del ejercicio de profesión, función o actividad, públicas o privadas, cuando el delito fuese cometido por el imputado en el respectivo ejercicio, siempre que el tribunal concluya que por este medio se realizan de forma adecuada y suficiente las finalidades de la punición.

de las penas accesorias deben añadirse al estatuto de verdaderas penas principales, como sucede, p. ej., con la prohibición de conducir vehículos con motor²⁸.

2. En la fase ejecutiva

De entre los variados instrumentos legislativos que han contribuido al mantenimiento de la privación de libertad como mecanismo de sanción de último recurso destacan aquellos que intervienen ya después de la comisión del hecho delictivo y después de que la condena sea cosa juzgada. Aquí, se trata, de hecho, no de evitar el ingreso del delincuente en un establecimiento carcelario, sino de conseguir que ese período se adecue lo más posible a las finalidades resocializadoras de la pena. Por otro lado, se pretende que la transición entre la reclusión y la libertad sea lo más armoniosa.

En este último ámbito, el régimen de libertad condicional portugués se adecúa bastante bien al objetivo histórico de este instituto jurídico, esto es, permitir un reingreso gradual y mejor de cara a la libertad plena, en especial después de un período de reclusión mayor. Es así que, al revés de lo que sucedía antes de la revisión de 2007 del CP, en relación al primer momento en el cual ha de decidirse sobre la concesión de este incidente ejecutivo, la regla es que se ha de tener en cuenta la mitad de la sanción concreta a cumplir (y, en mínimo, 6 meses), independientemente de la naturaleza del delito. Como es habitual, siendo ese el lapso temporal menos largo, es también aquel en que las exigencias son más grandes. Se requiere que la libertad condicional no se oponga a las exigencias generales y especiales-preventivas (artículo 61^{o29}, n° 2, del CP). En un segundo momento, no constatándose esos requisitos, la liberación condicional podrá concederse si se cumplen dos tercios de la medida concreta de la pena (y, una vez más, al menos 6 meses), pero ahora exigiéndose solamente el respeto a las exigencias especial-preventivas, una vez que se presume que las de índole general estarán cubiertas por el hecho de que nos acercamos al cumplimiento pleno de la sanción (artículo 61°, n° 3, del CP). Finalmente, sólo en las penas superiores a seis años de prisión, cumplidos cinco sextos, el juez tendrá que liberar condicionalmente al condenado, aún que a ello se opongan las

28 E incluso la conversión de algunas penas alternativas, como el trabajo en beneficio de la comunidad (artículos 58°, 4 y ss., del CP), en sanciones principales – cf. *Relatório...*, cit., pág. 89-90.

29 Artículo 61° del CP (Requisitos y duración [de la libertad condicional]) 1 – La aplicación de la libertad condicional depende siempre del consentimiento del condenado.

2 – El tribunal dispondrá la prisión en libertad condicional cuando se encontrare cumplida mitad de la pena y en mínimo 6 meses si:

a) Fuere fundadamente de esperar que el condenado, atendiendo a las circunstancias del caso, la vida anterior del condenado, a su personalidad y a la evolución de esta durante la ejecución de la pena de prisión, que el condenado, una vez en libertad, conducirá su vida de modo socialmente responsable, sin cometer delitos; y

b) La liberación se revelare compatible con la defensa de la orden y de la paz social.

3 – El tribunal dispondrá la prisión en libertad condicional cuando se encuentren cumplidos dos tercios de la pena y en el mínimo 6 meses, desde que esté rellenado el requisito constante del par. a) del número anterior.

4 – Sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, el condenado a pena de prisión superior a 6 años accederá a la libertad condicional después de haber cumplido cinco sextos de la pena.

5 – Cualquiera de las modalidades de libertad condicional tiene una duración igual al tiempo de prisión que falte cumplir, hasta el máximo de cinco años, considerándose entonces extinto el excedente de la pena.

6 – (*Derogado*.)

exigencias resocializadoras (o de simple aislamiento de la sociedad) y las general-preventivas, *i. e.*, incluso aunque esa liberación provoque grave alarma y/o perturbación sociales. Por eso, el rol del magistrado judicial es lo de un simple *accertamento* cuanto al tiempo de cumplimiento de la pena y de una verificación de que hay consentimiento del condenado³⁰. Esta última exigencia es, además, un afloramiento de la idea ya aquí expandida de que la pena es un derecho del recluso, lo cual puede implicar (lo que, como resulta evidente, es casi despreciable estadísticamente) que su proceso resocializador se desarrolla mejor en libertad, aunque con deberes, reglas de conducta y/o régimen de prueba (artículo 64º, nº 1, del CP).

Optar por una liberación condicional llamada «obligatoria» (la expresión se utiliza de modo plástico, técnicamente no exacta, una vez que se exige siempre el consentimiento del condenado), en la cual el juez no controla las dimensiones que, como regla, deberían dirigir este incidente ejecutivo, no es la opción mayoritaria adoptada en los países culturalmente más próximos a Portugal. Una vez más se verifica aquí una amplia apuesta por la resocialización del condenado, a lo que se añade, también, el hecho de que el período de libertad condicional jamás poder exceder cinco años y, en caso de que el remanente sea superior, tal se considera extinguido (artículo 61º, nº 5, del CP). A nuestro juicio, la dispensa de verificación de cualquier de los requisitos especial y general-preventivos una vez cumplidos cinco sextos de la pena, incluso que en penas largas, no presenta la necesaria concordancia práctica entre los valores en presencia: la esencialidad de recubrimiento del condenado que se prepara para la libertad y la defensa de la sociedad, lo que es particularmente visible en delitos muy graves y con enorme repercusión social. No puede decirse, por el contrario, que las obligaciones constantes de la libertad condicional son suficientes para impedir esos recelos, en la medida en que en esas hipótesis más graves sólo un cumplimiento total de la pena detentiva sería adecuado a defender los valores inscriptos en el artículo 40º, nº 1, del CP. Ello no significa, sin embargo, que patrocinemos una visión retributiva de la pena, sino que simplemente tenemos la noción de que una sanción no eficaz no es una verdadera respuesta social. En casos más graves, la estabilización de la norma, la prevención negativa³¹ e incluso la resocialización no se compadecen con un cumplimiento que no sea el total. No puede esgrimirse el argumento pragmático y utilitario de que el condenado podrá salir en cualquier momento y que, por eso, es preferible que experimente siempre una adaptación a la libertad. Se olvida, en relación a los delitos más atentatorios de los valores sociales, que la efectividad completa de la pena sólo se cumple con un respecto absoluto por la medida de la sanción de la sentencia y, por otro lado, se niega el rol esencial de un programa de acompañamiento post-sentencial. Sería en ese momento, después de cumplida la totalidad de la pena, en esos delitos de mayor potencial ofensivo, que se jugaría una más perfecta reinserción del condenado.

30 Cf. la sentencia de uniformización de jurisprudencia nº 3/2006 (Proceso nº 330/05, 5ª Sección), *Diário da República*, 1ª serie, de 9 de enero de 2006.

31 De hecho, cada vez se la contempla más como una de las posibles salidas para la actual crisis del Derecho Penal y de una cierta circularidad de la argumentación preventiva de integración – cf. SCHÜNEMANN, B., «Aporías de la Teoría de la Pena en la Filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant», en: *InDret*, 2/2008, pág. 12.

Nos manifestamos de igual modo críticos en relación a una medida introducida en 2007 en el CP: la anticipación de la libertad condicional (artículo 62^{o32}). De conformidad con este nuevo régimen, en el máximo de un año antes de cada uno de esos tres momentos³³ en que se puede conceder el incidente en estudio, el juez del Tribunal de Vigilancia Penitenciaria (en Portugal, *Tribunal de Execução das Penas*) puede autorizar que el condenado cumpla ese lapso temporal hasta el momento decisorio de la libertad condicional en régimen de permanencia en el domicilio recurriendo a la vigilancia electrónica. Siendo la libertad condicional una anticipación de la libertad plena, un instituto jurídico destinado a fomentar esa transición de modo menos difícil para el condenado y, de modo reflejo, para la propia comunidad, no se comprende, en pura lógica político-criminal, esa «*anticipación de la anticipación*», constituyendo ella una especie de antesala de la libertad condicional. Queda autorizada la interpretación, *al menos como hipótesis de trabajo*, que las verdaderas razones que motivaran la adopción de esta medida se justifican, eso sí, por fundamentos económicos, retirando, más temprano, del sistema carcelario, condenados en relación a los cuales hay motivos para creer en un juicio de excarcelación favorable.

Por su parte, el CEP, en el artículo 12^o, prevé dos formas de ejecución de la pena privativa de libertad que están claramente apostadas en mejorar el proceso de resocialización del condenado: el régimen abierto en el interior y en el exterior³⁴, a través de los cuales, en prisión o fuera de ella, el recluso puede acceder a realizar funciones de tipo laboral por las cuales es remunerado y que lo ayudan a mantener alguna actividad profesional, con las bien conocidas ventajas que de ello se derivan. Un elemento central en la apuesta resocializadora es la elaboración del *plan individual de readaptación* (artículo 21^o del CEP)³⁵, con la indicación lo más clara posible de los objetivos del cumplimiento de la pena y sus estrategias. De los artículos 39^o a 41^o del CEP resulta que la formación profesional, la realización de estudios y trabajo voluntario son medios aptos a permitir una mayor flexibilización del cumplimiento de la pena³⁶, *maxime* al nivel de la concesión de permisos de salida de tipo jurisdiccional o

32 Artículo 62^o del CP (Adaptación a la libertad condicional). A efectos de adaptación a la libertad condicional, verificados los requisitos previstos en el artículo anterior, la libertad condicional puede ser anticipada por el tribunal, por un período máximo de un año, quedando el condenado obligado durante el período de la anticipación, más del cumplimiento de las demás condiciones impuestas, al régimen de permanencia en el domicilio, con fiscalización por medios técnicos de control a distancia.

Al revés del propugnado en el texto, pero defendiendo que esa anticipación sólo debería limitarse a determinados delitos o medidas de pena, lo que no fue hecho, cf. *Relatório...*, cit., pág. 96.

33 A pesar de la redacción del precepto no ser la más clara, parece haber sido esa la *intentio* legislativa. En este sentido, la sentencia de uniformización de jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia n^o 14/2009 (Proceso n^o 1746/7.8TXEVR-UJ), *Diário da República*, 1^a serie, de 20 de noviembre de 2009.

34 Véase, también, los artículos 179^o, y ss., del Decreto-Ley n^o 51/2011, de 11 de abril, que aprueba el Reglamento General de los Establecimientos Carcelarios (*Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais*), concretando varias disposiciones legales del CEP.

35 Véase, también, sobre la materia, en especial en lo que contiene con la evaluación inicial del recluso, después de ingresar en el establecimiento carcelario, el artículo 15^o del Reglamento General de los Establecimientos Carcelarios (y, más específicamente, los artículos 67^o, y ss.).

36 Idénticos instrumentos están previstos en varios ordenamientos jurídicos como p. ej., el italiano. Sobre el tema, CANEPA, M., et al., *Lezioni di Diritto Penitenziario*, Milano, 2002, pág. 97-104.

administrativo (artículos 76º, y ss., del CEP³⁷). Funcionan, así, como importantes incentivos a que el tiempo de reclusión sea tiempo de valorización personal, profesional y académica del condenado.

Por otro lado, la única apertura del ordenamiento jurídico portugués a la *mediación post-sentencial* está basada en el artículo 47º del CEP, no obstante configurada como programa experimental y que carece de reglamentación concreta. En la normativa solamente se prevé que el encuentro entre el condenado y la víctima (o sus representantes o familiares, dependiendo de las concretas consecuencias del delito) debe tener efectos sobre la flexibilización de la ejecución penal. Eso parece apuntar a que la participación, siempre voluntaria, en uno de esos proyectos de mediación puede tener como resultado una mayor facilidad en cuanto a la concesión de permisos de salida, p. ej., una vez que contribuye favorablemente para un juicio de prognosis de salvaguarda, *in casu*, de las finalidades especial-preventivas. Sin embargo, no existe una reglamentación de estas específicas consecuencias del encuentro restaurativo, ni del modo en como ello debe operar. Se podría pensar en una aplicación, debidamente adaptada, del régimen general de la mediación penal de adultos en Portugal, establecido en la Ley nº 21/2007, de 12 de junio. No obstante, el hecho de que esta normativa pueda aplicarse solamente a la primera fase del proceso penal luso (el *inquérito*, fase de investigación) y su ligación al instituto jurídico del desistimiento de queja, conlleva, en el momento post-sentencial, dificultades aplicativas apreciables, aunque de modo subsidiario. En la práctica, por lo que sabemos, después de que la DGSP hubiera iniciado un proyecto de mediación post-sentencial, éste ha sido interrumpido. Convendría conocer los resultados obtenidos y su repercusión en la concreta forma ejecutiva de la sanción penal.

V. EN CONCLUSIÓN: HACIA UN DISPOSITIVO GLOBAL DIRIGIDO A LA DISMINUCIÓN DE LA POBLACIÓN CARCELARIA

De lo expuesto se puede concluir que el ordenamiento jurídico portugués está basado en un modelo político-criminal³⁸ que, erigiendo la pena privativa de libertad como *ultima ratio* de entre el arsenal punitivo del Estado, emprende una serie de medidas legislativas destinadas a mantener, en consecuencia, la población carcelaria dentro de límites aceptables en un Estado de Derecho democrático y social. Se ha superado, hace mucho, la «creencia» en la erradicación total del delito en las sociedades. Éstas defienden el mantenimiento del delito dentro de tasas comunitariamente soportables, o sea, en un número tal que las funciones sociales puedan seguir desarrollándose.

37 Desarrolladas en los artículos 138º, y ss., del Reglamento General de los Establecimientos Carcelarios.

38 Fundamentalmente de recorte liberal, de entre los modelos estatales, en la tipología propuesta por DELMAS-MARTY, M., *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, Rio de Janeiro, 1992, pág. 31-34, y 62, ss., siendo cierto que, actualmente, las sociedades occidentales no pueden caracterizarse, en términos de modelo adoptado, por la pertenencia a sólo uno de ellos. Por eso se advierte para la «desorden de los modelos de política criminal». A pesar de ser una evidencia, existen más trazos típicos de un modelo de tipo liberal, empeñado en la defensa del principio de la legalidad y en la protección de los derechos de los imputados y demás sujetos procesales.

Para ese objetivo, el Derecho es solamente una de las secciones normativas que pueden y deben colaborar, en su cualidad de *deber-ser que es, i. e.*, como interpuesto valorativo entre la axiología comunitaria deseable y la realidad social que se sitúa al nivel de algo próximo de un *Dasein* heideggeriano. Es en esta mediación entre la perspectiva valorativa y la visión de la «razón práctica» a manera kantiana que el Derecho se mueve. Y lo hace de una forma minimalista, asegurando tan sólo aquellos bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia comunitaria y el libre desarrollo de la persona. Así, la *neo-hipertrofia penal* que viene caracterizando nuestros días³⁹ nada más constituye una admisión del fracaso comunitario en el desarrollo de los demás instrumentos sociales, económicos, políticos y culturales que, más que el Derecho, tienen una decisiva palabra en la contención de los delitos a niveles aceptables.

Así, cualquier dispositivo que busque el equilibrio entre la *racionalidad* y la *eficiencia*, por una parte, y la *garantía de los derechos de los delincuentes y demás sujetos procesales*, por otra, tendrá que dividirse en aquellos factores que intervienen antes de la práctica delictiva, siendo, en esta medida, preexistentes al delito, y aquellos cuyo ámbito de actuación será después de la comisión delictiva.

Por lo que a los primeros se refiere, siempre habrá que atender a los factores de índole no jurídica que, a través del incremento de la calidad de vida (entendida de manera holística), desempeñan un rol insustituible en la disminución de los crímenes. A estos factores ha de añadirse la adecuación de la intervención de los medios de control social formal (v. g., policía de proximidad) y informal, así como una juiciosa aplicación del principio de *ultima ratio* de la tutela penal. Por otro lado, toda vez que no existe, en nuestra opinión, a pesar de todas las críticas, otra alternativa completa y creíble, proponemos la resocialización del condenado como uno de los objetivos de la ejecución de la pena privativa de libertad. Resocialización aquí entendida en los exactos límites que fueran indicados: creación de las condiciones esenciales que, siendo esa la voluntad del recluso, él pueda emprender. En caso de que eso no suceda, la prisión no podrá dejar de ser poco más que una forma de contención de un individuo, pues cometió un delito (prevención especial negativa). Es además esencial, en este contexto, que el ordenamiento jurídico disponga de normas claras en relación a los fines de las penas y de la ejecución de la privación de libertad. Portugal es uno de los pocos Estados que positivó en ley esas dos finalidades, lo que no impide que los países que no lo hagan expresamente no dispongan, también, de un dispositivo respetador de los derechos fundamentales y de la eficacia que se les exige, desde que exista una hermenéutica doctrinal y jurisprudencial más o menos constante en ese sentido y que, aunque por otra vía, provea un dispositivo interpretativo apto al respecto por los valores de la seguridad y certeza en la aplicación del Derecho. A pesar de que la época en que vivimos no sea favorable a ello, al menos al nivel del discurso político, es esencial que los Estados no dejen de ejercer una *constante depuración* de aquellas conductas para las cuales, en verdad, se justifique la censura penal

39 Y que, además de las razones avanzadas en texto, también tiene como causa una visión cada vez más «promocional» del Estado, como bien observa MUSCO, E., *L'Illusione Penalistica*, Milano, 2004, *passim*, en esp., pág. 55-62.

de aquellas en que ello no sucede. En conclusión, ha de procurarse un programa racional de descriminalización juiciosa.

En cuanto a las medidas destinadas a, después de la comisión delictiva, disminuir al máximo los efectos criminógenos de la pena de prisión y preparar el condenado para la libertad, se debe hacer hincapié en la previsión y efectiva aplicación de la prisión provisional como *ultima ratio* de entre las medidas procesales cautelares, la apuesta por los medios de control a distancia, en lo que es la tecnología al servicio de la reinserción social y el mantenimiento (aunque con alteraciones de régimen) de la libertad condicional y la existencia de requisitos claros sobre el sentido de la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, el trabajo, la educación, la formación profesional, la práctica deportiva, el acompañamiento por técnicos, los programas de vinculación comunitaria⁴⁰, la apertura a la mediación post-sentencial y la flexibilización ejecutiva en el interior y exterior de la prisión, son algunos aspectos por donde tiene pasado – y, creemos, seguirá pasando – la construcción, reinventada todos los días, de un sistema jurídico-penal comprometido con el inestable equilibrio entre punir, proteger, resocializar y integrar personas y valores.

40 Cf. los artículos 71º-101º del Reglamento General de los Establecimientos Carcelarios.