

# XURISDICIÓN E EXECUCIÓN PENAL. O CÁRCERE: UNHA CONTRADICIÓN INSTITUCIONAL<sup>1</sup> \*

JURISDICTION AND PENAL EXECUTION. THE PRISON: AN INSTITUTIONAL CONTRADICTION

**Luigi Ferrajoli<sup>2</sup>**  
*Universidade de Roma III*

## RESUMO

O traballo examina en primeiro lugar a natureza da chamada "xurisdición de vixilancia penitenciaria" para cuestionar o verdadeiro estatuto da mesma ao non se pronunciar sobre actos concretos das persoas privadas de liberdade, senón sobre formas de ser de carácter subxectivo. En segundo lugar, o artigo cuestiona a posibilidade de no interior do cárcere poder darse un respecto efectivo dos dereitos fundamentais das persoas privadas de liberdade. Así, o ensaio propón algunhas medidas concretas para avanzar cara unha paulatina superación da opción custodial coa fin de a reducir e ser substituída por outras menos lesivas da dignidade das persoas.

**Palabras chave: cárcere, xurisdición, execución penal, garantismo.**

## ABSTRACT

The work first examines the nature of the so called "jurisdiction of the penal execution" to question the true status of it to rule on specific acts of persons deprived of their liberty, but about ways of being subjective. Second, the article questions the possibility that inside prison can give an effective respect for fundamental rights of persons deprived of their liberty. Thus, the paper proposes some concrete measures towards a gradual overcoming of the custodial option to reduce being replaced by less harmful to the dignity of persons.

**Key words: prison, jurisdiction, penitenciaría execution, guaranteeism.**

---

\* **Fonte:** *Revista Crítica Penal y Poder*, 2016 (pp.1-10). Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Universitat de Barcelona.

---

1 Versión en galego de EsCULcA a partir da tradución para español de Iñaki Rivera Beiras.

2 Lección impartida o 4 de xullo de 2015 no curso de posgrao "Execución penal e dereito penitenciario" organizado en San José de Costa Rica por Iñaki Rivera Beiras da Universitat de Barcelona e por Carlos Manavella da Universidad para la Cooperación Internacional.

## 1. A execución penitenciaria de dereito. Acerca da natureza administrativa ou xurisdiccional da execución penal

Até hai poucos anos a execución penal non tiña certamente natureza xurisdiccional. En Italia, polo menos até a reforma penitenciaria de 1975, a execución penal -excepción feita dos incidentes de execución e dalgunhas limitadas competencias de inspección e de carácter deliberativo dos Xuíces de Vixilancia (polo menos a visita cada dous meses aos establecementos penitenciarios e as decisións en materia de traslados dun cárcere a outro)- estaba enteiramente confiada, de feito, á Administración penitenciaria. A doutrina penalista e procesual-penalista dominante, cualificábaa como "actividade administrativa"<sup>3</sup>

- Nun coñecido manual de dereito procesual penal, Giovanni Leone escribía: "por canto se refire ao vínculo da sanción co dereito subxectivo estatal de castigar, a execución entra dentro do dereito penal substancial; por canto se refire á actividade executiva propia, entra no dereito administrativo"<sup>4</sup>
- E, con efecto, a execución da pena era na altura enteiramente coordinada e gobernada polo poder executivo e administrativo desde as actuacións da regulación carceraria fascista núm. 787 do 18 de xuño de 1931.

Dun carácter xurisdiccional da execución penal comeza a falarse, en Italia, só despois da reforma do ordenamento penitenciario coa lei núm. 354 de 26 de xullo de 1975 e despois coa lei núm. 689 de 24 de novembro de 1981, ambas informadas polos dous principios establecidos no art. 27, 3º da Constitución: a exclusión de "tratamentos contrarios ao sentido de humanidade" e a finalidade da "reeducación do condenado". A reforma introduce as chamadas "medidas alternativas á detención" - a semiliberdade, a liberdade controlada, a detención domiciliaria, medida de confianza a proba<sup>5</sup> e a vixilancia especial- cuxa decisión foi atribuída ao Xuíz de Vixilancia en forma análoga a aquela prevista para os incidentes de execución. Ademais, foron aumentadas, polo art. 69 da reforma de 1975, as potestades dos Maxistrados de Vixilancia, agora máis investidos, en comparación coas antigas funcións do vello Xuíz de Vixilancia, de poder para vixiaren as institucións penitenciarias e, sobre todo, para poderen determinar a modalidade de execución da pena velando polo respecto dos dereitos do condenado.

A pregunta que debemos facer é se semellante reforma producira, como comunmente se acepta, unha xurisdiccionalización da execución penal, polo menos no que se refire á aplicación das medidas alternativas á detención como obra da Maxistratura de Vixilancia. A min paréceme que, de calquera xeito, de xurisdición non se pode falar, nin sequera á propósito da aplicación de tales

---

3Cfr. A. Santoro, *L'esecuzione penale*, 2ª ed., Utet, Torino 1953; O. Vannini, *Manuale dei diritto processuale italiano*, Giuffrè, Milano 1953, p. 367; A. Venditti, *Esecuzione penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol.VIN, Utet, Torino 1960, pp.773 ss; G. Bellavista, *Lezioni dei diritto processuale penale*, 3ª ed., Milano 1965; S. Ranieri, *Manuale dei diritto processuale penale*, 5ª ed., Padova 1965. Isolata a tesi do carattere giurisdizionale dell'esecuzione penale, sostenuta dá G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Utet, Torino 1942, pp. 206 ss.

4G. Leone, *Trattato dei diritto processuale penale*, Jovene, Napoli 1961, 3ª ed., p. 462. Unha distinción análoga está tamén formulada en J.B.J. Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, Fundamentos, Editores do Porto, 2ª ed., Buenos Aires 1996, p.82.

5Nota do tradutor (I. Rivera Beiras): a medida do chamado *affidamento in prova* supón confiar a tutela do comportamento dunha persoa excarcerada a, por exemplo, os Servizos sociais dunha institución que debe vixiar o cumprimento da promesa de non delinquir e ás veces, ademais, o cumprimento doutras medidas.

medidas. Non chega, para verdadeiramente falarmos de "xurisdición" da execución, o exercicio por parte dun xuíz dos poderes de decisión en materia de liberdade persoal. Da xurisdición falta, en realidade, no meu parecer, o trazo constitutivo: o *ius-dicere*, isto é a afirmación, a comprobación e a cualificación xurídica dun feito -xa sexa dun acto ilícito ou un acto inválido ou non- a través do principio público de contradición, como necesario arbitrario e anti-liberal que contradi o principio fundante do garantismo penal segundo o cal non se pode ser punido por aquilo que se é, senón só por aquilo que se fixo, e que foi xustamente estigmatizado por Francesco Carrara como un "recóndito ou presuposto de todo pronunciamento xudicial"<sup>6</sup>. O poder conferido aos órganos da execución penal é, pola contra, un poder altamente potestativo, ancorado non na pública comprobación de feitos claramente predeterminados polas leis e polos requisitos relativos á taxatividade, materialidade, ofensividade e culpabilidade, senón nas valoracións da personalidade do detido: un poder, entón, substancialmente misterioso poder que funciona na sombra" ("*arcano potere che agisce nell'ombra*")<sup>7</sup>. A circunstancia seguramente positiva de ese poder ser hoxe exercitado por unha Maxistratura de Vixilancia, nalgúns casos por Maxistrados con altos valores -e non por, como nos tempos de Carrara, aqueles a quen chamaba "sinedrio de esbirros"<sup>8</sup> - non muda a sustancia administrativa.

## 2. O cárcere: unha contradición institucional

Aínda máis, nin sequera resultou modificada, en sustancia, a execución penitenciaria no que se refire ás condicións de vida dos presos. Alén das palabras e das intencións, debemos recoñecer certamente que a reforma italiana de 1975 -mais, creo, o mesmo pode ser dito de grande parte das reformas aprobadas neses anos noutros países occidentais- non mudou a triste realidade dos cárceres. Na Italia, en particular, esa reforma ficou reducida a un "revestimento verbal do antigo". Mesmo peor: por causa da introdución de tratamentos diferenciados sobre a base de criterios a miúdo incertos e xenéricos, a reforma provocou "unha regresión da legalidade cara a un universo infinito dunha discrecionalidade administrativa incontrolada".<sup>9</sup>

Debemos entón agora liquidar unha dúbida de fondo sobre a lexitimidade mesma da institución carceraria. Debemos preguntarnos se as violacións dos dereitos dos presos son a tal punto intrínsecas á detención carceraria como para resultaren inevitables e se o verdadeiro problema non é a falta senón a imposibilidade de garantías idóneas. Se, noutras palabras, o cárcere é non tanto un lugar en que con moita frecuencia e facilidade son cometidas violacións de dereitos humanos, abusos que poden ser sancionados e sobre todo previstos con expresas técnicas de garantía; senón que sobre todo é precisamente iso: ontoloxicamente, polo súa mesma natureza de práctica de segregación, unha violación dos dereitos fundamentais e da dignidade das persoas e entón unha patoloxía non reformábel do Estado de Dereito. En suma, volve ser colocada unha cuestión teórica de fondo: a da lexitimidade do cárcere, que reenvía aínda máis a aquela de maior calado como é o problema da xustificación da pena.

---

6 Sobre esta cuestión de "xurisdición", reenvío á definición D12.19 que propuxen en *Principia iuris, Teoria do diritto e della democrazia*, vol.I, Teoria do diritto, Laterza, Roma-Bari 2007, § 12.8, pp.879-885. Argumentei mellor a negación do carácter xurisdicional da execución penitenciaria despois da reforma carceraria en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Bari, 1989, X ed. 2011, cap. VII, § 30, 4, pp. 406-407.

7 F.Carrara, *Programma do Corso dei Diritto Criminale. Parte generale* (1859), Fratelli Cammelli, Firenze 1907, X ed., vol. I, p.555, nota 1

8 Ivi, p. 554: "Sentín repugnancia de ter de admitir que un sinedrio de esbirros, asalariados dun goberno, poida tornar inoperantes os decretos da max istratura".

9T. Padovani, *Istituti penitenziari*, in *Novissimo Digesto Italiano*. Appendice, vol. IV, Utet, Torino 1983, § 8, p. 469.

Avanzo o meu esclarecemento no sentido de que sempre rexeitei e contestei como utopía regresiva a proposta abolicionista dunha total superación do dereito penal e da pena e que sempre insistín na necesidade de distinguir a cuestión da (posíbel e auspiciábel) superación do cárcere ou cando menos da súa centralidade no sistema de sancións penais, daquela (non auspiciábel) superación da pena. A pena é unha sanción aflitiva, unha segunda violencia -institucionalizada e organizada- que se engade á violencia do delito. Mais é unha violencia que se xustifica como unha garantía esencial: como a alternativa á lei do máis forte que rexería na súa ausencia. É a negación da vinganza e, máis en xeral, da reacción informal ao delito, xustificada, segundo o modelo de dereito penitenciario mínimo por min proposto<sup>10</sup>, se e só se logra excluír as máis graves reaccións informais ao delito que se producirían na súa ausencia; por iso diríxese a minimizar a violencia e a arbitrariedade da resposta sancionatoria.

En síntese: en tanto existiren ofensas criminais e reaccións punitivas a tales agresións e en canto existir tamén a posibilidade de alguén usar a súa man contra o corpo dunha persoa con fins punitivos, esta reacción tamén punitiva debe ser regulada polo dereito, como garantía da inmunity da persoa a fin de evitar excesos arbitrarios.

Outra cousa é a pena carceraria que, no sentido común, terminou por identificarse coa pena en tanto tal, inhibindo así a reflexión teórica sobre outros posibles tipos de penas non necesariamente segregativas e lesivas da dignidade e dos dereitos elementares da persoa. Convén sempre lembrar que a pena carceraria, como pena principal e central do sistema punitivo, foi concebida hai pouco máis de dous séculos polo pensamento ilustrado como factor de minimización, racionalización e humanización do dereito penal, como alternativa ás penas corporais, ás penas infamantes e aos suplicios. Segundo o seu modelo teórico e normativo, afirmado co dereito moderno, aquela debe consistir nunha pena igual, completa e taxativamente determinada pola lei: privación, precisamente, da soa liberdade persoal, isto é, dun tempo abstracto mais determinado daquela liberdade, cualitativamente igual mais cuantitativamente diferenciada e graduábel, primeiro polo lexislador e despois polo xuíz, en proporción á gravidade do delito. Todos os demais dereitos fundamentais -o dereito á integridade física, a inmunity da tortura ou dos malos tratos, as clásicas liberdades fundamentais, desde a liberdade de manifestacións do pensamento á liberdade de reunión e de asociación, até o dereito á saúde e á instrución- fican, como principio xeral, recoñecidos ao detido como dereitos universais e inviolabeis, recoñecidos a todos e sen excepción algunha. É o que estableceu a Corte Constitucional italiana coas sentenzas núm. 114 de 1976 e núm. 26 de 1999.

Se isto é verdade, non só a pena de reclusión non debe privar nin reducir nin minusvalorar ningún destes dereitos -comezando polo *habeas corpus*, isto é como inmunity do corpo do recluso de sufrir violencia ou sufrimento- senón pola contra, ao ser o preso confiado á execución carceraria, a súa persoa debe ser considerada sacra e a institución carceraria debe ser a primeira

---

10 A expresión "dereito penal mínimo" foi cuñada por min na polémica co abolicionismo, hai exactamente trinta anos no ensaio *Il diritto penale minimo*, en "Dei delitti e delle pene", 1985, 3, pp.493-524, tradución española de Roberto Bergalli coa colaboración de Héctor Silveira e J.L. Domínguez, en *Poder e control*, 1986, n.0, pp. 25-48. Foi o título do meu relatorio nun Congreso de abolicionistas desenvolvido en Barcelona do 5 ao 8 de xuño de 1985 en que sostíña: a) que a xustificación do dereito penal consiste precisamente na minimización da violencia na sociedade, non só da violencia dos delitos, senón tamén da violencia das punicións, isto é, das reaccións informais aos delitos que se producirían na súa ausencia en forma de vinganza privada ou de intervencións informais e arbitrarias das forzas de policía; b) que o dereito penal é por iso a alternativa á lei do máis forte e a súa abolição equivalería á abdicación do seu rol garantista de minimización da violencia e a regresión ao estado de natureza, xa for este entendido no sentido hobbesiano como *bellum omnium* baseado na lei do máis forte, xa for que, no seu lugar, se entender en sentido rousseaniano como sociedade pacificada ou disciplinada. A tese é reemprendida en *Diritto e Ragione* cit., cap.VIN, pp. 314-344.

responsábel de calquera violación dos seus dereitos.

Dito iso, e após máis de dous séculos de experiencia da centralidade do cárcere, debemos neste punto preguntarnos se esta "pureza" da pena carceraria -como privación da soa liberdade persoal e garantía de todos os outros dereitos da persoa- é algo concretamente posíbel; se a pena carceraria pode ser ou non unha pena que satisfaga realmente os seus principios teóricos de xustificación e, máis aínda, se está en condicións de os satisfacer. E se, sobre todo, se realmente esta penalidade consiste de verdade nunha forma de minimización das reaccións informais ao delito que se producirían na súa ausencia e se, efectivamente, e como premisa maior, poida ser ou non unha pena suxeita ao dereito, cualitativamente igual e consistente na soa privación da liberdade persoal, como foi deseñada no seu modelo teórico e normativo.

E ben, a experiencia histórica dos cárceres italianos -mais aínda máis, eu creo que de todos os cárceres do mundo- vén desmentir dramaticamente este modelo ideal.

Semellante experiencia mostra que a reclusión carceraria está inevitabelmente en contraste con todos os principios -de legalidade, de igualdade e de respecto da dignidade da persoa- sobre os que se funda o Estado de dereito. Por mor do seu carácter de institución total, o cárcere non é -porque non pode selo- simples limitación da liberdade persoal de circulación, como o principio de legalidade e de taxatividade esixirían, senón que é unha institución produtora de millares de aflicións diversas, inevitabelmente diferentes entre un cárcere e outro, entre un preso e outro. Coa reclusión o condenado é atirado, moi frecuentemente, nun inferno: nunha sociedade selvaxe, abandonada de feito en grande parte ao xogo "libre" das relacións de forza e de poder entre detidos e ao desenvolvemento dunha criminalidade carceraria incontrolada que se exercita sobre os máis débiles e indefensos. Dentro dos muros do cárcere, todo arbitrio, toda violencia, toda violación de dereitos, toda lesión da dignidade humana das persoas é posíbel. De feito, na maior parte dos cárceres, os presos están literalmente en condicións de suxeición -aos seus carcereiro e ao grupo de poder que se forma entre os reclusos- e a enteira vida é disciplinada por regras e prácticas en parte escritas, e en grande parte non escritas, que fan de calquera cárcere un cárcere completamente diverso doutro, de toda pena unha pena diversa doutra, de cada preso un preso diversamente discriminado ou privilexiado respecto dos demais: pola diferenza en materia de espazos comúns, de habitabilidade das celas, de duchas, de horarios de patio e aire, de condicións hixiénicas e sanitarias; polas innumerabeis prescricións e sobre todo prohibicións, moitas das cales son completamente distintas entre un cárcere e outro; polas vexacións pequenas e grandes a que son sometidos os presos en violación dos seus dereitos fundamentais. Non coñezo a situación dos cárceres en Costa Rica. Mais certamente, na maior parte dos cárceres -no Brasil, en México, mais tamén en Italia, en Europa e nos Estados Unidos- organízanse bandas, fórmanse e consolídanse mafias, consúmanse extorsións, emboscadas, sevicias e violencias cotiás das que só casualmente o mundo externo chega a tomar coñecemento. Nos cárceres italianos, que non están entre os peores, nos últimos doce anos producíronse 692 suicidios.

O cárcere, en suma, sob múltiples aspectos, equivale a unha contradición institucional.

É unha institución creada pola lei en que debe desenvolverse o propio goberno das persoas. É un lugar confiado ao control total do Estado, mais en cuxo interior non rexen controis nin regras senón sobre todo a lei do máis forte: a lei da forza pública dos axentes penitenciarios e a forza privada dos presos máis prepotentes e organizados. É unha institución pública dirixida á custodia dos cidadáns mais que non logra garantir os dereitos fundamentais máis elementares, comezando polo dereito á vida. Xera unha vida completamente artificial, producida polo dereito mais que no seu interior, de feito, reproduce o Estado de natureza, sen regras e sen dereito, onde sobrevive o *homo homini lupus* e onde á máxima seguridade externa acompaña a máxima inseguridade interna.

É un aparello coercitivo, máxima expresión do poder do Estado sobre o cidadán, mais en cuxo interior mesmo o Estado está ausente, e non o Estado de dereito senón simplemente o Estado na súa acepción hobbesiana, o Estado capaz de asegurar a integridade persoal. É un lugar de expiación no cal, en liña de principio, debería realizarse a máxima igualdade fronte á lei e que, no seu lugar, manifesta, de feito, a máxima discriminación clasista sendo poboada case exclusivamente por suxeitos débiles, social, económica e culturalmente marxinalizados: inmigrantes, drogodependentes, desocupados e sub-ocupados. A execución da pena carceraria debería consistir, como di o art. 27 da Constitución italiana, en tratamentos non contrarios ao sentido de humanidade e tender á reeducación do condenado, o que resulta contradito ordinariamente, senón por outras razóns, polo sobrelotamento carcerario que dá lugar a tratamentos deshumanizados e a posteriores des-socializacións do condenado. Debería, finalmente, consistir nunha pena igual e taxativamente determinada pola lei como privación dun tempo de liberdade e é pola contra un conxunto indeterminado, desigual e extra-legal de privacións, vexacións e aflicións, xa sexan de tipo corporal ou psicolóxico.

### **3. Pola superación da reclusión carceraria ou canto menos do seu rol de pena principal**

Entón, a pena de reclusión carceraria é, pola súa natureza, contraria:

- a) ao criterio de xustificación da pena en xeral como minimización da violencia punitiva;
- b) ao mesmo modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente determinada pola lei; e
- c) aos principios de respecto da dignidade da persoa e da finalidade reeducativa da pena, positivamente establecida en moitas Constitucións.

Se isto é verdade, unha política liberal debería ter a coraxe de concluír hoxe -após a distancia de dous séculos e medio da invención ilustrada da pena detentiva como alternativa aos suplicios, ás penas corporais, á picota e aos demais horrores do dereito penitenciaria premoderno- dando un novo e verdadeiro salto de civilización: asumir como prospectiva a longo termo a progresiva superación do cárcere e, entretanto, desposuír a reclusión do seu actual rol de pena principal e paradigmática, limitando drasticamente a duración e reservándoo só ás ofensas máis graves aos dereitos fundamentais (como a vida e a integridade persoal), os cales só xustifican a privación de liberdade persoal a cal é, tamén, un dereito fundamental constitucionalmente garantido.

En primeiro lugar, unha política de des-carceración deste tipo quere dicir, ante todo, a abolición da vergoña que aínda supón en Italia a pena do "*ergastolo*": unha pena que en Italia é polo demais claramente inconstitucional porque está en contraste absoluto cos requisitos e principios da pena -o seu carácter contrario ao "sentido de humanidade" e á súa finalidade reeducadora- requiridos polo art. 27 da Constitución.

En segundo lugar, quere dicir a redución da duración da pena, isto é o redución dos seus límites máximos de 15 ou de 10 anos ou canto menos aos máximos penais establecidos nos Códigos europeos: vinte anos segundo o Código penal francés (art. 18 e 19), belga (art. 16), suízo (art. 35), austriaco (art. 18), noruegués (art. 17), grego (art. 52 e 54) e luxemburgués (art. 16); quince anos segundo o Código alemán (art. 14 e 17) e desde logo, 12 ou 10 anos segundo os Códigos de Finlandia (cap. 2) e de Suecia (cap. 26).

En terceiro lugar, unha política de des-carceración debe hoxe apuntar á limitación da pena carceraria soamente aos delitos máis graves e á previsión, para o resto de delitos, comezando polos de carácter patrimonial, dunha ampla gama de penas: limitativas da liberdade ou doutros dereitos que non consistan na segregación, é dicir, na privación integral da liberdade persoal, que consigna o corpo e a alma nunha institución total sendo unha mestura de pena corporal e disciplinar. Trátase, en suma, de levar ao momento de produción do dereito -isto é, prever legalmente a pena e determinala directamente o xuíz no momento da sentenza- as que en Italia son hoxe as chamadas medidas alternativas, determinadas de feito discrecionalmente, no momento da execución penal: como a vixilancia especial, a semi-liberdade e a "confianza a proba" (*affidamento in prova*)<sup>11</sup> que privan só parcialmente a liberdade persoal; ou os arrestos domiciliarios, ou a estadía obrigada (*soggiorno obbligato*) ou a prohibición de residencia (*divieto dei soggiorno*), que privan soamente da liberdade de circulación; ou as penas patrimoniais como a confiscación dos medios do delito (*confisca do mezzo do reato*), por exemplo o vehículo nos delitos de tráfico e circulación; ou finalmente as penas interditivas (prohibitivas) que deberían transformarse de penas accesorias a penas principais, que privan ou restrinxen determinadas formas de capacidade da cal o reo abusou (como a retirada do carné de conducir, a revogación de licenzas comerciais ou de habilitacións profesionais), ou a interdicción de oficios públicos e similares.

En fin, unha política de des-carceración debe ademais acontecer como efecto dunha seria despenalización que confira credibilidade ao dereito penal, restituíndoo ao seu carácter de *extrema ratio*, reservada só ás ofensas a dereitos e a bens fundamentais. Nesta perspectiva a reforma máis importante, sobre a cal tantas veces insistín, é a refundación da legalidade penitenciaria -descompuesta en Italia por un aluvión legislativo penal- a través da introdución, se posíbel a nivel constitucional, dunha "reserva de Código" contra as intervencións de excepción e de ocasión do lexislador ordinario: unha *meta-garantía*, por chamala así, dirixida a pór freo á inflación penitenciaria que fixo retroceder o dereito penal a unha situación de substancial des-codificación; isto é, a un dereito penal xurisprudencial<sup>12</sup> non distinto do pre-moderno cando todo o cúmulo das fontes e o predominio das prácticas xeraran na cultura ilustrada a esixencia do Código como sistema claro, unitario e coherente de prohibicións e de punicións para a tutela da liberdade dos cidadáns contra a arbitrariedade dos xuíces.

Esta *reserva de código* debe comportar que todas as normas en materia de delitos, de penas e de procesos deban estar contidas no Código penal ou nun de carácter procesual e que ningunha

---

11 Sobre o *affidamento in prova*, v. nota de rodapé 5

12 Sobre o desenvolvemento actual dun dereito penal xurisprudencial -xerado pola queda do principio de legalidade penal e do principio de suxeición dos xuízos ás leis que é un dos seus corolarios- pode consultarse G. Contento, *Principio dei legalità e diritto penale giurisprudenziale*, en "Il Foro italiano", 1988, cc. 484-494; L. Stortoni (a cura dei), *Il diritto penale giurisprudenziale*, en "Dei delitti e delle pene" 1989, pp.9-108; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti dei diritto comparato*, en Ide. (a cura dei), *Sistema penale in transizione e ruolo do diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova 1997, pp. 5, 6, 11 e 14; Ide., *Ermeneutica e applicazione giudiziale do diritto penale*, en "Rivista italiana dei diritto e procedura penale", 2001, pp.353-376, reproducida en Ide., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, pp. 33-64; Ide., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, en E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura dei), *Studi in onore dei Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 239-264; Ide., *Spunti problematici dei riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, en G. Insolera (a cura dei), *Riserva dei legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna 2005, pp. 41-52; Ide., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. A democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per a penalistica moderna*, in "Quaderni fiorentini", 44, 2015, pp. 131-181.

poida ser introducida senón coa súa modificación, que debe ser aprobada a través de procesos legislativos claros. Por máis que unha nova codificación informada polo principio "todo o penal nos Códigos e nada fóra dos Códigos", poida parecer complexa e volumosa, en realidade iso será incomparabelmente menor que o actual cúmulo de leis especiais, porque a prohibición dunha lexislación *sensacionalista* en materia penal e procesual obrigará o lexislador a constranxerse e a facerse cargo da necesidade de preservar a unidade e a coherencia do conxunto. Aliás, se é verdade que o dereito penal incide sobre a liberdade dos cidadáns, iso adquire unha relevancia case-constitucional e é intolerábel que sexa deixado cotidianamente exposto ao humor continxente da maioría dun goberno, ao populismo demagóxico ou ao devir sempre constante de novas emerxencias.

É inútil acrescentar que unha política de redución e tamén de tendencial abolición da pena privativa de liberdade non ten nada que ver co abolicionismo penal. Naturalmente a redución do número de reclusos que a mesma debería producir, comportaría unha mellora nas súas condicións de vida así como tamén unha redución na distancia, hoxe abisal, existente entre o modelo teórico e a realidade efectiva da pena carceraria. Con todo, a política actual en materia penal, lamentabelmente, encamínase nunha dirección exactamente oposta á que deseñei. Non hai datos que nos conduzan a ser optimistas. Mais, polo menos, debemos asumir o coñecemento da irracionalidade, da inequidade e da ilexitimidade do actual sistema carcerario.