

Revista Crítica Penal y Poder
2016, nº 11
Septiembre (pp.1-10)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN PENAL LA CÁRCEL: UNA CONTRADICCIÓN INSTITUCIONAL¹

*JURISDICTION AND PENAL EXECUTION
THE PRISON: AN INSTITUTIONAL CONTRADICTION*

Luigi Ferrajoli²

Universidad de Roma III

RESUMEN

El trabajo examina en primer lugar la naturaleza de la llamada "jurisdicción de vigilancia penitenciaria" para cuestionar el verdadero estatuto de la misma al no pronunciarse sobre actos concretos de las personas privadas de libertad, sino sobre formas de ser de carácter subjetivo. En segundo lugar, el artículo cuestiona la posibilidad de que en el interior de la cárcel se pueda dar un respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Así, el ensayo propone algunas medidas concretas para avanzar hacia una paulatina superación de la opción custodial para reducirla siendo sustituida por otras menos lesivas de la dignidad de las personas.

Palabras clave: cárcel, jurisdicción, ejecución penal, garantismo.

¹ Traducción al castellano de Iñaki Rivera Beiras

² Lección impartida el 4 de julio de 2015 en el curso de postgrado "Ejecución penal y derecho penitenciario" organizado en San José de Costa Rica por Iñaki Rivera Beiras de la Universidad de Barcelona y por Carlos Manavella de la Universidad para la Cooperación Internacional.

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, penal execution, guaranteeism.

1. La ejecución penal de derecho. Acerca de la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la ejecución penal.

Hasta hace pocos años la ejecución penal no tenía ciertamente una naturaleza jurisdiccional. En Italia, al menos hasta la reforma penitenciaria de 1975, la ejecución penal –excepción hecha de los incidentes de ejecución y de algunas limitadas competencias de inspección y de carácter deliberativo de los Jueces de Vigilancia (al menos la visita cada dos meses a los establecimientos penitenciarios y las decisiones en materia de traslados de una cárcel a otra)- estaba enteramente confiada, de hecho, a la Administración penitenciaria. La doctrina penalista y procesal-penalista dominante, la calificaba como “actividad administrativa”³. En un conocido manual de derecho procesal penal, Giovanni Leone escribía: “por cuanto se refiere al vínculo de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra dentro del derecho penal sustancial; por cuanto se refiere a la actividad ejecutiva propia, entra en el derecho administrativo”⁴. Y, en efecto, la ejecución de la pena era entonces enteramente coordinada y gobernada por el poder ejecutivo y administrativo desde las actuaciones de la regulación carcelaria fascista núm. 787 del 18 de junio de 1931.

De un carácter jurisdiccional de la ejecución penal empieza a hablarse, en Italia, sólo después de la reforma del ordenamiento penitenciario con la ley núm. 354 de 26 de julio de 1975 y después con la ley núm. 689 de 24 de noviembre de 1981, ambas informadas por los dos principios establecidos en el art. 27, 3º de la Constitución: la exclusión de

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

⁴ G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli 1961, 3ª ed., p. 462. Una distinción análoga se encuentra también formulada en J.B.J. Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires 1996, p.82.

“tratamientos contrarios al sentido de humanidad” y la finalidad de la “reeducación del condenado”. La reforma introduce las llamadas “medidas alternativas a la detención” – la semilibertad, la libertad controlada, la detención domiciliaria, medida de confianza a prueba⁵ y la vigilancia especial- cuya decisión fue atribuida al Juez de Vigilancia en forma análoga a aquella prevista para los incidentes de ejecución. Además, fueron aumentadas, por el art. 69 de la reforma de 1975, las potestades de los Magistrados de Vigilancia, ahora más investidos, en comparación con las antiguas funciones del viejo Juez de Vigilancia, de poder para vigilar las instituciones penitenciarias y, sobretodo, para poder determinar la modalidad de ejecución de la pena velando por el respeto de los derechos del condenado.

La pregunta que debemos hacer es si semejante reforma había producido, como comúnmente se acepta, una *jurisdiccionalización de la ejecución penal*, al menos por cuanto se refiere a la aplicación de las medidas alternativas a la detención como obra de la Magistratura de Vigilancia. A mí me parece que, de cualquier modo, de jurisdicción no se puede hablar, ni siquiera a propósito de la aplicación de tales medidas. No basta, para verdaderamente hablar de “jurisdicción” de la ejecución, el ejercicio por parte de un juez de los poderes de decisión en materia de libertad personal. De la jurisdicción falta, en realidad, a mi parecer, el trazo constitutivo: el *ius-dicere*, esto es la afirmación, la comprobación y la cualificación jurídica de un hecho –ya sea de un acto ilícito o un acto inválido o no- a través del principio público de contradicción, como necesario arbitrario y anti-liberal que contradice el principio fundante del garantismo penal según el cual no se puede ser punido *por aquello que se es*, sino sólo *por aquello que se ha hecho*, y que fue justamente estigmatizado por Francesco Carrara como un “recóndito o presupuesto de todo pronunciamiento judicial⁶. El poder conferido a los órganos de la ejecución penal es, por el contrario, un poder altamente potestativo, anclado no a la pública comprobación de hechos claramente predeterminados por las leyes y por los requisitos relativos a la taxatividad, materialidad, ofensividad y culpabilidad, sino a las valoraciones de la personalidad del detenido: un poder, entonces, sustancialmente misterioso poder que funciona en la sombra” (“*arcano potere che agisce nell’ombra*”)⁷. La circunstancia seguramente positiva de que este poder sea hoy ejercitado por una

⁵ Nota del Traductor: la medida del llamado *affidamento in prova* supone confiar la tutela del comportamiento de una persona excarcelada a, por ejemplo, los Servicios sociales de una institución que debe vigilar el cumplimiento de la promesa de no delinquir y a veces, además, el cumplimiento de otras medidas.

⁶ Sobre esta cuestión de “jurisdicción”, reenvío a la definición D12.19 que he propuesto en *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, vol.I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, § 12.8, pp.879-885. He argumentado mejor la negación del carácter jurisdiccional de la ejecución penal después de la reforma carcelaria 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 del Corso di Diritto Criminale. Parte generale* (1859), Fratelli Cammelli, Firenze 1907, X ed., vol. I, p.555, nota 1.

Magistratura de Vigilancia, en algunos casos, por Magistrados con altos valores –y no por, como en los tiempos de Carrara, aquellos a quienes llamaba “*sinedrio de esbirros*”⁸- no le cambia la sustancia administrativa.

2. La cárcel: una contradicción institucional.

Aún más, ni siquiera resultó modificada, en sustancia, la ejecución penal en lo que se refiere a las condiciones de vida de los presos. Más allá de las palabras y de las intenciones, debemos reconocer ciertamente que la reforma italiana de 1975 –mas, creo, lo mismo se puede decir de gran parte de las reformas aprobadas en esos años en otros países occidentales- no ha cambiado la triste realidad de las cárceles. En Italia, en particular, esa reforma quedó reducida a un “revestimiento verbal de lo antiguo”. Incluso peor: a causa de la introducción de tratamientos diferenciados sobre la base de criterios a menudo inciertos y genéricos, la reforma provocó “una regresión de la legalidad hacia un universo infinito de una discrecionalidad administrativa incontrolada”⁹.

Debemos entonces ahora solventar una duda de fondo sobre la legitimidad misma de la institución carcelaria. Debemos preguntarnos si las violaciones de los derechos de los presos son a tal punto intrínsecas a la detención carcelaria como para resultar inevitables y si el verdadero problema no es la falta sino la imposibilidad de garantías idóneas. Si, en otras palabras, la cárcel es no tanto un lugar en el cual con mucha frecuencia y facilidad se cometen, violaciones de derechos humanos, abusos que pueden ser sancionados y sobre todo prevenidos con expresas técnicas de garantía; sino que sobre todo es precisamente eso: ontológicamente, por su misma naturaleza de práctica de segregación, una violación de los derechos fundamentales y de la dignidad de las personas y entonces una patología no reformable del Estado de Derecho. En suma, vuelve a proponerse una cuestión teórica de fondo: la de la legitimidad de la cárcel, que reenvía aún más a aquella de mayor calado como es el problema de la justificación de la pena.

Antepongo mi aclaración en el sentido de que siempre he rechazado y contestado como utopía regresiva la propuesta abolicionista de una total superación del derecho penal y de la pena y que siempre he insistido en la necesidad de distinguir la cuestión de la (posible y auspiable) superación de la cárcel o cuando menos de su centralidad en el sistema de sanciones penales, de aquella (no auspiable) superación de la pena. La pena

⁸ Ivi, p. 554: “yo he sentido repugnancia de tener que admitir que un *sinedrio di esbirros*, asalariados de un gobierno, pueda volver inoperantes los decretos de la magistratura”.

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

es una sanción aflictiva, una segunda violencia –institucionalizada y organizada- que se añade a la violencia del delito. Pero es una violencia que se justifica como una garantía esencial: como la alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Es la negación de la venganza y, más en general, de la reacción informal al delito, justificada, según el modelo de derecho penal mínimo por mí propuesto¹⁰, si y sólo si logra excluir las más graves reacciones informales al delito que se producirían en su ausencia; por ello se dirige a minimizar la violencia y la arbitrariedad de la respuesta sancionatoria. En síntesis: en tanto que existan ofensas criminales y reacciones punitivas a tales agresiones y mientras exista también la posibilidad de que alguno use su mano contra el cuerpo de una persona con fines punitivos, esta reacción también punitiva debe ser regulada por el derecho, como garantía de la inmunidad de la persona a fin de evitar excesos arbitrarios.

Otra cosa es la pena carcelaria que, en el sentido común, ha terminado por identificarse con la pena en cuanto tal, inhibiendo así la reflexión teórica sobre otros posibles tipos de penas no necesariamente segregativas y lesivas de la dignidad y de los derechos elementales de la persona. Conviene siempre recordar que la pena carcelaria, como pena principal y central del sistema punitivo, fue concebida hace poco más de dos siglos por el pensamiento iluminista como factor de minimización, racionalización y humanización del derecho penal, como alternativa a las penas corporales, a las penas infamantes y a los suplicios. Según su modelo teórico y normativo, afirmado con el derecho moderno, aquélla debe consistir en una pena igual, completa y taxativamente determinada por la ley: privación, precisamente, de la sola libertad personal, esto es, de un tiempo abstracto pero determinado de aquella libertad, cualitativamente igual pero cuantitativamente diferenciada y graduable, primero por el legislador y después por el juez, en proporción a la gravedad del delito. Todos los demás derechos fundamentales – el derecho a la integridad física, la inmunidad de la tortura o de los malos tratos, las clásicas libertades fundamentales, desde la libertad de manifestaciones del pensamiento a la libertad de reunión y de asociación, hasta el derecho a la salud y a la instrucción-

¹⁰ La expresión “derecho penal mínimo” fue acuñada por mí en la polémica con el abolicionismo, hace exactamente treinta años en el ensayo *Il diritto penale minimo*, en “*Dei delitti e delle pene*”, 1985, 3, pp.493-524, traducción española de Roberto Bergalli con la colaboración de Héctor Silveira y J.L. Domínguez, en *Poder y control*, 1986, n.0, pp. 25-48. Fue el título de mi ponencia en un Congreso de abolicionistas desarrollado en Barcelona del 5 al 8 de junio de 1985 en la que sostenía: a) que la justificación del derecho penal consiste precisamente en la minimización de la violencia en la sociedad, no sólo de la violencia de los delitos, sino también de la violencia de las puniciones, esto es, de las reacciones informales a los delitos que se producirían en su ausencia en forma de venganza privada o de intervenciones informales y arbitrarias de las fuerzas de policía; b) que el derecho penal es por ello la alternativa a la ley del más fuerte y su abolición equivaldría a la abdicación de su rol garantista de minimización de la violencia y la regresión al estado de naturaleza, ya sea que éste fuera entendido en el sentido *hobbesiano* como *bellum omnium* basado en la ley del más fuerte, ya fuera que, en su lugar, se lo entienda en sentido *rousseauiano* como sociedad pacificada o disciplinada. La tesis es reemprendida en *Diritto e Ragione* cit., cap.VI, pp. 314-344.

quedan, como principio general, reconocidos al detenido como derechos universales e inviolables, reconocidos a todos y sin excepción alguna. Es lo que ha establecido la Corte Constitucional italiana con las sentencias núm. 114 de 1976 y núm. 26 de 1999. Si esto es verdad, no solo la pena de reclusión no debe privar ni reducir ni minusvalorar ninguno de estos derechos –comenzando por el *habeas corpus*, esto es como inmunidad del cuerpo del recluso de sufrir violencia o sufrimiento- sino por el contrario, al ser el preso confiado a la ejecución carcelaria, su persona debe ser considerada sagrada y la institución carcelaria debe ser la primera responsable de cualquier violación de sus derechos.

Dicho ello, y tras más de dos siglos de experiencia de la centralidad de la cárcel, debemos en este punto preguntarnos si esta “pureza” de la pena carcelaria –como privación de la sola libertad personal y garantía de todos los otros derechos de la persona- es algo concretamente posible; si la pena carcelaria puede ser o no una pena que satisfaga realmente sus principios teóricos de justificación y, más aún, si está en condiciones de satisfacerlo. Y si, sobre todo, si realmente esta penalidad consiste de verdad en una forma de minimización de las reacciones informales al delito que se producirían en su ausencia y si, efectivamente, y como premisa mayor, pueda ser o no una pena sujeta al derecho, cualitativamente igual y consistente en la sola privación de la libertad personal, como fue diseñada en su modelo teórico y normativo.

Y bien, la experiencia histórica de las cárceles italianas –pero aún más, yo creo que de todas las cárceles del mundo- viene a desmentir dramáticamente este modelo ideal. Semejante experiencia muestra que la reclusión carcelaria está inevitablemente en contraste con todos los principios –de legalidad, de igualdad y de respeto de la dignidad de la persona- sobre los cuales se funda el Estado de derecho. A causa de su carácter de institución total, la cárcel no es –porque no puede serlo- simple limitación de la libertad personal de circulación, como el principio de legalidad y de taxatividad exigirían, sino que es una institución productora de miles de aflicciones diversas, inevitablemente distintas entre una cárcel y otra, entre un preso y otro. Con la reclusión el condenado es arrojado, muy frecuentemente, en un infierno: en una sociedad salvaje, abandonada de hecho en gran parte al juego “libre” de las relaciones de fuerza y de poder entre detenidos y al desarrollo de una criminalidad carcelaria incontrolada que se ejercita sobre los más débiles e indefensos. Dentro de los muros de la cárcel, todo arbitrio, toda violencia, toda violación de derechos, toda lesión de la dignidad humana de las personas es posible. De hecho, en la mayor parte de las cárceles, los presos se encuentran literalmente en condiciones de sujeción -a sus carceleros y al grupo de poder que se forma entre los reclusos- y la entera vida es disciplinada por reglas y prácticas en parte escritas, y en gran parte no escritas, que hacen de cualquier cárcel una cárcel completamente diversa de otra, de toda pena una pena diversa de otra, de cada preso un preso diversamente discriminado o privilegiado respecto de los demás: por la diferencia en materia de espacios comunes, de habitabilidad de las celdas, de duchas, de horarios de patio y aire, de condiciones higiénicas y sanitarias; por las innumerables

prescripciones y sobre todo prohibiciones, muchas de las cuales son completamente distintas entre una cárcel y otra; por las vejaciones pequeñas y grandes a las cuales son sometidos los presos en violación de sus derechos fundamentales. No conozco la situación de las cárceles en Costa Rica. Pero ciertamente, en la mayor parte de las cárceles –en Brasil, en México, pero también en Italia, en Europa y en los Estados Unidos- se organizan bandas, se forman y consolidan mafias, se consuman extorsiones, emboscadas, sevicias y violencias cotidianas de las que sólo casualmente el mundo externo llega a tomar conocimiento. En las cárceles italianas, que no están entre las peores, en los últimos doce años se han producido 692 suicidios.

La cárcel, en suma, bajo múltiples aspectos, equivale a una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley en la cual debe desenvolverse el propio gobierno de las personas. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas sino sobre todo la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios y la fuerza privada de los presos más prepotentes y organizados. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho pero que en su interior, de hecho, reproduce el Estado de naturaleza, sin reglas y sin derecho, donde sobrevive el *homo homini lupus* y donde a la máxima seguridad externa le acompaña la máxima inseguridad interna.

Es un aparato coercitivo, máxima expresión del poder del Estado sobre el ciudadano, pero en cuyo interior mismo el Estado está ausente, y no el Estado de derecho sino simplemente el Estado en su acepción *hobbesiana*, el Estado capaz de asegurar la integridad personal. Es un lugar de expiación en el cual, en línea de principio, debería realizarse la máxima igualdad frente a la ley y que, en su lugar, manifiesta, de hecho, la máxima discriminación clasista siendo poblada casi exclusivamente por sujetos débiles, social, económica y culturalmente marginados: inmigrantes, drogodependientes, desocupados y sub-ocupados. La ejecución de la pena carcelaria debería consistir, como dice el art. 27 de la Constitución italiana, en tratamientos no contrarios al sentido de humanidad y tender a la reeducación del condenado, lo que resulta contradicho ordinariamente, sino por otras razones, por la sobrepoblación carcelaria que da lugar a tratamientos deshumanizados y a ulteriores des-socializaciones del condenado. Debiera, finalmente, consistir en una pena igual y taxativamente determinada por la ley como privación de un tiempo de libertad y es por el contrario un conjunto indeterminado, desigual y extra-legal de privaciones, vejaciones y aflicciones, ya sean de tipo corporal o psicológico

3. Por la superación de la reclusión carcelaria o cuanto menos de su rol de pena principal.

Entonces, la pena de reclusión carcelaria es, por su naturaleza, contraria:

- a) al criterio de justificación de la pena en general como minimización de la violencia punitiva;
- b) al mismo modelo teórico y normativo de la pena privativa de libertad como pena igual y taxativamente determinada por la ley; y
- c) a los principios de respeto de la dignidad de la persona y de la finalidad reeducativa de la pena, positivamente establecida en muchas Constituciones.

Si esto es verdad, una política liberal debería tener el coraje de concluir hoy –tras la distancia de dos siglos y medio de la invención iluminista de la pena detentiva como alternativa a los suplicios, a las penas corporales, a la picota y a los demás horrores del derecho penal premoderno- dando un nuevo y verdadero salto de civilización: asumir como prospectiva a largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándolo sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales sólo justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

En primer lugar, una política de des-carcelación de este tipo quiere decir, ante todo, la abolición de la vergüenza que todavía supone en Italia la pena del “*ergastolo*”: una pena que en Italia es por lo demás claramente inconstitucional porque está en contraste absoluto con los requisitos y principios de la pena –su carácter no contrario al “sentido de humanidad” y su finalidad reeducadora- requeridos por el art. 27 de la Constitución.

En segundo lugar, quiere decir la reducción de la duración de la pena, esto es el acortamiento de sus límites máximos de 15 o de 10 años o cuanto menos a los máximos penales establecidos en los Códigos europeos: veinte años según el Código penal francés (art. 18 y 19), belga (art. 16), suizo (art. 35), austriaco (art. 18), noruego (art. 17), griego (art. 52 y 54) y luxemburgués (art. 16); quince años según el Código alemán (art. 14 y 17) y desde luego, 12 o 10 años según los Códigos de Finlandia (cap. 2) y de Suecia (cap. 26).

En tercer lugar, una política de des-carcelación debe hoy apuntar a la limitación de la pena carcelaria solamente a los delitos más graves y a la previsión, para el resto de delitos, empezando por los de carácter patrimonial, de una amplia gama de penas: limitativas de la libertad o de otros derechos que no consistan en la segregación, es decir, en la privación integral de la libertad personal, que consigna el cuerpo y el alma en una institución total siendo una mezcla de pena corporal y disciplinaria. Se trata, en suma, de llevar al momento de producción del derecho –esto es, prever legalmente la pena y determinarla directamente el juez en el momento de la sentencia- las que en Italia son hoy las llamadas medidas alternativas, determinadas de hecho

discrecionalmente, en el momento de la ejecución penal: como la vigilancia especial, la semi-libertad y la “confianza a prueba” (*affidamento in prova*)¹¹ que privan sólo parcialmente la libertad personal; o los arrestos domiciliarios, o la estancia obligada (*soggiorno obbligato*) o la prohibición de residencia (*divieto di soggiorno*), las cuales privan solamente de la libertad de circulación; o las penas patrimoniales como la confiscación de los medios del delito (*confisca del mezzo del reato*), como por ejemplo el vehículo en los delitos de tráfico y circulación; o finalmente las penas interdictivas (prohibitivas) que deberían transformarse de penas accesorias a penas principales, las cuales privan o restringen determinadas formas de capacidad de la cual el reo ha abusado (como la retirada del carnet de conducir, la revocación de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales), o la interdicción de oficios públicos y similares.

En fin, una política de des-carcelación debe además acontecer como efecto de una seria despenalización que confiera credibilidad al derecho penal, restituyéndolo a su carácter de *extrema ratio*, reservada sólo a las ofensas a derechos y a bienes fundamentales. En esta perspectiva la reforma más importante, sobre la cual tantas veces he insistido, es la refundación de la legalidad penal –descompuesta en Italia por un aluvión legislativo penal- a través de la introducción, si es posible a nivel constitucional, de una “reserva de Código” contra las intervenciones de excepción y de ocasión del legislador ordinario: una *meta-garantía*, por así llamarla, dirigida a poner freno a la inflación penal que ha hecho retroceder el derecho penal a una situación de sustancial des-codificación; esto es, a un derecho penal jurisprudencial¹² no distinto del pre-moderno cuando todo el cúmulo de las fuentes y el predominio de las prácticas habían generado en la cultura iluminista la exigencia del Código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y de puciones para la tutela de la libertad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de los jueces.

¹¹ Sobre el *affidamento in prova*, v. nota a pié 5

¹² Sobre el desarrollo actual de un derecho penal jurisprudencial –generado por la caída del principio de legalidad penal y del principio de sujeción de los juicios a las leyes que es uno de sus corolarios- puede consultarse G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, en “Il Foro italiano”, 1988, cc. 484-494; L. Stortoni (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, en “Dei delitti e delle pene” 1989, pp.9-108; G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, en Id. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova 1997, pp. 5, 6, 11 e 14; Id., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, en “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2001, pp.353-376, reproducida en Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, pp. 33-64; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, en E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 239-264; Id., *Spunti problematici di riflessione sull’attuale ruolo della scienza penalistica*, en G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna 2005, pp. 41-52; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008; M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in “Quaderni fiorentini”, 44, 2015, pp. 131-181.

Esta *reserva de código* debe comportar que todas las normas en materia de delitos, de penas y de procesos deban estar contenidas en el Código penal o en uno de carácter procesal y que ninguna pueda ser introducida sino con su modificación, la cual debe ser aprobada a través de procesos legislativos claros. Por más que una nueva codificación informada por el principio “todo lo penal en los Códigos y nada fuera de los Códigos”, pueda parecer compleja y voluminosa, en realidad ello será incomparablemente menor que el actual cúmulo de leyes especiales, porque la prohibición de una legislación *amarillista* en materia penal y procesal obligará al legislador a constreñirse y a hacerse cargo de la necesidad de preservar la unidad y la coherencia del conjunto. Por lo demás, si es verdad que el derecho penal incide sobre la libertad de los ciudadanos, ello adquiere una relevancia cuasi-constitucional y es intolerable que se le deje cotidianamente expuesto al humor contingente de la mayoría de un gobierno, al populismo demagógico o al devenir siempre constante de nuevas emergencias.

Es inútil añadir que una política de reducción y también de tendencial abolición de la pena privativa de libertad no tiene nada que ver con el abolicionismo penal. Naturalmente la reducción del número de reclusos que la misma debería producir, comportaría una mejora en sus condiciones de vida así como también una reducción en la distancia, hoy abismal, existente entre el modelo teórico y la realidad efectiva de la pena carcelaria. Sin embargo, la política actual en materia penal, lamentablemente, se encamina en una dirección exactamente opuesta a la que he delineado. No hay datos que nos conduzcan a ser optimistas. Pero, al menos, debemos asumir el conocimiento de la irracionalidad, de la inequidad y de la ilegitimidad del actual sistema carcelario.