

Ricardo M. Mata y Martín (dir.)

# La necesaria reforma penitenciaria

EDITORIAL COMARES

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA

dirigidos por

**Carlos María Romeo Casabona**

---

# LA NECESARIA REFORMA PENITENCIARIA



---

RICARDO M. MATA Y MARTÍN  
(DIR.)

ANTONIO ANDRÉS LASO  
(COORD.)

LA NECESARIA  
REFORMA PENITENCIARIA

GRANADA, 2021

---

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

---

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL  
Y CRIMINOLOGÍA

dirigidos por

**Carlos María Romeo Casabona**

**137**

© Los autores

© Editorial Comares, 2021

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

<http://www.editorialcomares.com> • E-mail: [libreriacomares@comares.com](mailto:libreriacomares@comares.com)

<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor> • [instagram.com/editorialcomares](https://www.instagram.com/editorialcomares)

ISBN: 978-84-1369-256-0 • Depósito legal: Gr. 1468/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

---

---

## SUMARIO

PRESENTACIÓN .....	XIII
--------------------	------

### CAPÍTULO I

#### LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA (UNA MISIÓN IMPOSIBLE)

*José Miguel Zugaldía Espinar*

I. INTRODUCCIÓN .....	1
II. LAS TEORÍAS DE LA PENA COMO PRIUS LÓGICO A SU INDIVIDUALIZACION JUDICIAL .....	1
III. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. ....	5
IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA. ....	7

### CAPÍTULO II

#### LA TRANSFERENCIA DE LA MATERIA PENITENCIARIA A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

*José Manuel Palma Herrera*

I. LA POSIBILIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ASUMIR COMPETENCIAS EN MATERIA PENITENCIARIA. ....	11
II. LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN DE LAS CCAA EN MATERIA PENITENCIARIA .....	15
III. LA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS POR LAS CCAA COMO CUESTIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO/POLÍTICO-NACIONAL/PENITENCIARIO .....	19
IV. CONCLUSIONES .....	30

### CAPÍTULO III

#### LAS CARENCIAS DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL EN EL MARCO DEL DERECHO PENITENCIARIO EUROPEO

*Faustino Gudín Rodríguez-Magariños*

I. INTRODUCCIÓN .....	31
II. LA PRISIÓN COMO ÚLTIMA RATIO DEL SISTEMA. ....	32
III. ESPACIO PENITENCIARIO MUNDIAL .....	34

4.1. Ámbito Consejo de Europa.....	36
4.2. Ámbito de la UE.....	37
V. LA TECNOLOGÍA COMO ALTERNATIVA DE LOS MUROS DE PRISIÓN .....	39
VI. LA LACRA DE LA INFLACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	41
VII. EL AGUJERO DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO .....	41
VIII. EL MODELO EUROPEO: LA AGENCIA DE LA PROBATION.....	43
IX. CONCLUSIONES.....	46

## CAPÍTULO IV

## LA APLICACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE MENORES EN ESPAÑA

*Tomás Montero Hernanz*

I. INTRODUCCIÓN.....	49
II. LA MINORÍA DE EDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL .....	50
III. LA CREACIÓN DE UNA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA PARA LOS MENORES DE EDAD .....	51
IV. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO ÚLTIMA RATIO EN LA LORPM.....	52
V. LA APLICACIÓN POR LOS JUECES DE MENORES .....	60

## CAPÍTULO V

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL A LA LUZ DEL RECIENTE  
ANTEPROYECTO DE LECRIM (2020): CONSIDERACIONES  
ACERCA DEL DERECHO DE DEFENSA*Pilar Martín Ríos*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	63
II. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020.....	65
2.1. La necesaria asistencia letrada durante el cumplimiento de la condena .....	65
2.2. Actos de comunicación judicial que han de realizarse de forma personal.....	72
III. CONCLUSIONES.....	74

## CAPÍTULO VI

## PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD Y CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

*Antonio Andrés Laso*

I. INTRODUCCIÓN.....	77
II. CORRELACIÓN TRATAMIENTO Y RÉGIMEN .....	78
III. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD .....	79
IV. SU APLICACIÓN A LOS PENADOS EN LA CAUSA ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO 3/20907/2017.....	84
V. CONCLUSIONES .....	91

## CAPÍTULO VII

REQUISA EN LAS CÁRCELES Y LA DIGNIDAD HUMANA:  
UN APORTE DE LA EXPERIENCIA BRASILEÑA*Marcus Alan de Melo Gomes*

I. INTRODUCCIÓN.....	95
II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REVISIÓN VEJATORIA.....	97
2.1. Principio de la dignidad humana.....	98

2.2. Integridad corporal, moral e intimidad . . . . .	100
2.3. Principio de la personalidad de la pena . . . . .	101
III. EL SIGNIFICADO DE LA SEGURIDAD EN LAS CÁRCELES BRASILEÑAS . . . . .	102
IV. CRITERIOS PARA LAS INSPECCIONES DE SEGURIDAD EN LAS PRISIONES . . . . .	104
V. UNA BREVE MIRADA CRIMINOLÓGICA SOBRE LA REVISIÓN ÍNTIMA Y VEJATORIA . . . . .	105
VI. ILEGALIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA A TRAVÉS DE LA REVISIÓN VEJATORIA . . . . .	106

## CAPÍTULO VIII

## LEGALIDAD Y CONTROL JUDICIAL DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD DURANTE LA «COVID-19»

*Javier Nistal Burón*

I. INTRODUCCIÓN . . . . .	109
II. COBERTURA LEGAL Y CONTROL JUDICIAL DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS DE LOS INTERNOS POR LA COVID-19 . . . . .	111
2.1. El status jurídico del recluso . . . . .	111
2.2. Cobertura legal en los distintos momentos de la pandemia . . . . .	113
III. CONCLUSIONES . . . . .	120

## CAPÍTULO IX

## EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

*Rosario de Vicente Martínez*

I. INTRODUCCIÓN . . . . .	121
II. LA NORMATIVA PENITENCIARIA INTERNACIONAL Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN . . . . .	123
III. LA LIBERTAD DE PRENSA EN LAS PRISIONES: EL CASO SCHWEIZERISCHE RADIO-UND FERNSEHGESELLSCHAFT SRG C. SUIZA, DE 21 DE JUNIO DE 2012 . . . . .	125
IV. LA NORMATIVA PENITENCIARIA ESPAÑOLA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN . . . . .	130
4.1. El marco legal regulador de las comunicaciones de internos con profesionales . . . . .	130
4.2. La seguridad y el buen orden del Centro Penitenciario como límite de los derechos de los internos . . . . .	133
V. LA LIBERTAD DE PRENSA EN LAS PRISIONES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/2020, DE 27 DE ENERO Y LA RESPUESTA DE LA SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS . . . . .	134
VI. EL RETO PENDIENTE . . . . .	138

## CAPÍTULO X

## LAS CONTRADICCIONES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO FORMA DE SUSPENSIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015

*Vicenta Cervelló Donderis*

I. EL CONTEXTO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 . . . . .	139
II. CONTRADICCIONES SISTEMÁTICAS DERIVADAS DEL CAMBIO DE NATURALEZA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL . . . . .	141
2.1. Los nuevos plazos de la libertad condicional . . . . .	141
2.2. Consecuencias del incumplimiento . . . . .	148
III. CONTRADICCIONES NORMATIVAS . . . . .	151
IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA . . . . .	154

## CAPÍTULO XI

## LA REFORMA PENITENCIARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

*Cecilia Pollos Calvo*

I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	157
II.	REVISIÓN DE ARTÍCULOS DISCRIMINATORIOS DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA . . . . .	157
	2.1. La modalidad de tercer grado para internas del art 82.2 del Reglamento Penitenciario . . . . .	157
	2.2. Las Unidades de Madres . . . . .	159
	2.3. Los Departamentos Mixtos y la custodia compartida . . . . .	161
III.	LA CRECIENTE PRESENCIA DE MUJERES EN LOS CUERPOS PENITENCIARIOS Y SU REPERCUSIÓN EN LA INTERVENCIÓN PENITENCIARIA . . . . .	162
	3.1. Modificación en los cuerpos penitenciarios . . . . .	162
	3.2. Lenguaje sexista . . . . .	163
	3.3. Implicaciones en el derecho a la dignidad e intimidad de las personas internadas . . . . .	163

## CAPÍTULO XII

LA FUNCIÓN PÚBLICA PENITENCIARIA:  
ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS DE FUTURO*Eugenio Arribas López*

I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	165
II.	CUESTIONES PRELIMINARES . . . . .	166
III.	ACTUALIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PENITENCIARIA . . . . .	168
	3.1. Personal funcionario y personal laboral . . . . .	168
	3.2. La esencialidad del servicio público penitenciario . . . . .	168
	3.3. Estructura corporativa, áreas funcionales y puestos de trabajo . . . . .	169
	3.4. El «sistema penal alternativo» . . . . .	173
	3.5. El control del SARS-CoV-2 . . . . .	173
IV.	PERSPECTIVAS DE FUTURO . . . . .	174
	4.1. La problemática del personal sanitario penitenciario . . . . .	174
	4.2. Necesidad de una nueva norma reguladora de la función pública penitenciaria . . . . .	175

## CAPÍTULO XIII

## LAS POSIBILIDADES DEL RÉGIMEN ABIERTO. PROPUESTAS DE FUTURO

*Puerto Solar Calvo**Pedro Lacal Cuenca*

I.	CONTEXTO Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN ABIERTO . . . . .	177
II.	MODOS DE ESTAR EL TERCER GRADO . . . . .	180
III.	INSUFICIENCIA DE USO. HECHOS Y FUNDAMENTOS PARA EL CAMBIO . . . . .	188
IV.	LA INSTRUCCIÓN 6/2020 Y EL PROTOCOLO DEL CGAE PARA EL INGRESO DIRECTO EN MEDIO ABIERTO. ESPERANZAS PARA EL CAMBIO . . . . .	190

## CAPÍTULO XIV

LOS RETOS DE UNA POLÍTICA PENITENCIARIA,  
VISTOS DESDE LA ÓPTICA EUROPEA.  
LA EXPERIENCIA DEL COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS  
DEL CONSEJO DE EUROPA

*Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado*

I.	SITUANDO LA EXPERIENCIA. . . . .	193
II.	CONFRONTANDO LA REALIDAD . . . . .	196
III.	OBSERVACIONES DESDE LA EXPERIENCIA. . . . .	197
	3.1. Situación física de los centros . . . . .	197
	3.2. El tratamiento. . . . .	198
	3.3. Aislamiento y terrorismo. . . . .	199
IV.	REFLEXIONES FINALES . . . . .	200

## CAPÍTULO XV

¿QUÉ PODEMOS DECIR DE LA REFORMA PENITENCIARIA?

*Ricardo M. Mata y Martín*

I.	SENTIDO DE LA EXPOSICIÓN . . . . .	203
II.	¿QUÉ ES LA REFORMA PENITENCIARIA? . . . . .	204
III.	¿QUÉ INTERÉS TIENE?, ¿QUÉ VALOR POSEE? . . . . .	210
IV.	¿QUÉ MOTIVOS HAY PARA UNA REFORMA PENITENCIARIA? . . . . .	213
V.	¿QUÉ EXIGE UNA REFORMA PENITENCIARIA? O, ¿QUÉ SIGNIFICA EN CUANTO A LO QUE VAMOS A NECESITAR PONER EN MARCHA? . . . . .	215



---

## PRESENTACIÓN

### LA NO REFORMA DE LA LEY PENITENCIARIA

La reforma penitenciaria se ha convertido hoy en una quimera, una necesidad indudable pero sobre la que no existe pista alguna. Ni está ni se la espera. Ya digo que desde múltiples puntos de vista la obligada actualización o renovación de la Ley Penitenciaria no ofrece grandes márgenes al debate. Y no es el simple paso del tiempo, sino el distinto contexto socioeconómico, las novedades en las normas inferiores, prácticas penitenciarias con otra factura, el alcance de los diseños arquitectónicos penitenciarios, el perfil delincucional actual, la asunción de nuevas competencias por la Administración Penitenciaria, el traspaso de competencias a alguna Comunidad Autónoma en materia de ejecución penal, o el uso desmedido de instrumentos no normativos por las Administraciones Penitenciarias para implantar novedades relevantes son algunos de los aspectos en los que se manifiesta lo perentorio de esta tarea. Desde esos variados puntos de vista parece resultar evidente la situación de auténtico estado de necesidad de una reforma amplia para la vigente LOGP. De hecho han existido distintas tentativas de reforma de la Ley de 1979, con mayor o menor alcance, ante lo que se nos presenta como una necesidad insoslayable tanto desde el ángulo formal como del material.

Sin embargo, pese a lo que acabamos de mencionar, nos encontramos en un momento en el que se omite toda referencia a los posibles cambios o aprobación de una ley penitenciaria. Pero por otra parte se constata en ciertas iniciativas reglamentarias, simples Instrucciones internas o decisiones de política penitenciaria, la Ley penitenciaria poco tienen que ver con ella. En realidad la propia Ley asiste al tráfico abultado de decisiones penitenciarias actuales como una convidada de piedra. Es cierto que con la porosidad de esta norma y su distancia de la situación penitenciaria del presente se facilita ese orillamiento de la misma Ley. Aun contando con esa falta de correspondencia con los momentos actuales, no deja de ser notorio que algunas decisiones se apartan del sistema de «individualización científica» que rige la ejecución penal en nuestro país. En este estado de cosas la

decisión tácita de no abordar la reforma legislativa en materia penitenciaria permite un campo amplio de decisiones, en algunos casos sin anclaje efectivo en la ley por más que se esfuercen en demostrar su vinculación con la misma.

Como se ha indicado desde muy dispares puntos de vista se percibe la oportunidad, ya no aplazable, de renovar la normativa penitenciaria en España que establece el cómo de la vida en prisión. Necesidad bien relevante puesto que afecta a la privación de libertad, uno de esos aspectos de la vida de las personas y Derecho Fundamental que marcan decisivamente el buen hacer del poder público y la sociedad a la que sirve. Pese a la pluralidad y diversidad de perspectivas que integran esta tarea reformadora, sin embargo, todas ellas convergen en cuanto a los fines que deben perseguirse con esta reelaboración normativa, la de servir en mayor y mejor medida a la reinserción social de los condenados, al más efectivo cumplimiento de las penas de privación de libertad, así como a la convivencia y seguridad en los Centros Penitenciarios. De forma que la coherencia de la misma viene establecida por el reforzamiento, de acuerdo a la situación actual, del Estado Social y Democrático de Derecho que preside nuestra forma de convivencia.

Como el conjunto del sistema penal, la fase de ejecución de las penas privativas de libertad se asienta en su fundamentación en la ley y en su respeto al contenido predeterminado también por ella. Esto hace que los espacios dedicados al cumplimiento de las penas de prisión estén vinculados a las normas y que una vez juridificado este ámbito se establezca una relación con derechos y deberes entre las partes: los internos de los centros penitenciarios y la Administración penitenciaria. La vigencia del principio de legalidad en la ejecución de estas penas hace necesario que la ley establezca las líneas fundamentales de esta materia y sus contenidos. La Ley debe articular el sistema por el cual se va a llevar a cabo el cumplimiento de una pena privativa de libertad. En esta ejecución penal podemos destacar los derechos y deberes que afectan a todo interno, los aspectos básicos relativos al tratamiento o intervención penitenciaria o régimen de vida que se aplican durante la ejecución. En relación a todo ello parece necesario que la Ley penitenciaria contenga un catálogo más completo que el actual de derechos y deberes.

Todas las situaciones penitenciarias posibles responden a un esquema general en el que existen distintas fases o momentos articulados entre sí que dan lugar a un posible recorrido en la ejecución de la pena que suponga un avance en las condiciones de reclusión sucesivamente más próximas a las propias de la vida en libertad. Y ello con independencia de que la regulación concreta —en nuestro caso, el sistema de individualización científica— no haga necesario recorrer todas las fases ni exista un tiempo predeterminado de estas distintas etapas que pretendan marcar esa evolución favorable hacia la vuelta a la vida en libertad. Estas fases se denominan grados de clasificación penitenciaria que proporciona unas determinadas condiciones de vida. Por esa relevancia máxima los criterios de clasificación y los

contenidos mínimos de los distintos regímenes de vida que origina la clasificación penitenciaria deben incorporarse sin dilación a la Ley. Además la fuerte expansión del principio de flexibilidad penitenciaria en los últimos años sin criterio aparente —posibilidad además no prevista en la Ley, sino únicamente en el Reglamento Penitenciario— potencia facilitar soluciones a casos especiales, pero también puede originar situaciones no justificadas, desajustando los elementos del modelo de ejecución. Del mismo modo este principio debe contar con respaldo legal y acompañarse de las suficientes garantías en su aplicación. Los aspectos procesales y una mejor definición de las competencias del Juez de vigilancia Penitenciaria llevan esperando su regulación desde la aprobación de la Ley vigente en el año 1979. No debería dejarse pasar una nueva oportunidad para su articulación.

Como pone de relieve la historia en el contexto penitenciario, el mismo siempre ha sido propicio en la aparición de nuevas formas de actuación, a incorporaciones para la mejora en la ejecución de las penas privativas de libertad. También en la actualidad se producen intervenciones que aportan de manera singular alguna iniciativa en la función principal de preparación para la vida en libertad sin delito. Algunas de estas experiencias que representan pasos significativos en las mejoras de las condiciones de vida o en las intervenciones dirigidas a la reinserción social de los condenados parece conveniente que, en sus referencias más elementales, pasen al articulado de la Ley penitenciaria. Así sucede con la incidencia creciente de los Módulos de Respeto que permiten un afianzamiento de los internos con mayor motivación y disposición. También la participación de numerosos tipos de asociaciones o entidades de la sociedad en las actividades de los centros penitenciarios y en el exterior, que suponen un punto de apoyo de extraordinario valor en el recorrido hacia la libertad de los penados. Lo mismo resulta aplicable para los también cada vez más extendidos programas de resolución pacífica de situaciones conflictivas entre los propios internos del sistema penitenciario.

La atención específica a la salud mental debe ser una línea de actuación estable y creciente, dada la sobrerrepresentación de la misma en la población penitenciaria y su incidencia real en las dificultades para el logro de la reinserción, objetivo que puede verse favorecido con la asunción por la Ley penitenciaria de esta atención específica. Por otra parte se ha destacado la necesidad de atender las necesidades específicas de las mujeres encarceladas y de evitar que su menor número tenga como consecuencia unas peores condiciones de vida o de oportunidades reales, mediante una intervención penitenciaria adaptada a las carencias en este sector, que a través del oportuno respaldo legal y reglamentario pueda verse reforzada.

Hemos venido señalando el desinterés por formular una auténtica reforma penitenciaria en el contexto presente. Podemos tener la tentación de pensar que esta ausencia práctica de la ley en las actuaciones penitenciarias permite abordar problemas y solucionar fácticamente sin tener que atender a los enredosos y

fastidiosos requisitos o garantías de la ley. Y en algún caso singular puede parecer afortunado. Pero, sin embargo, desde este punto de vista tampoco se alcanza a entender la razón por la que no se aborda la reforma precisamente para atender de manera más efectiva los problemas actuales del sistema penitenciario. Y ello con objetividad, igualdad y respeto a las garantías del ciudadano condenado. De otra manera podemos estar facilitando un despotismo ilustrado penitenciario que en algún momento puntual parece permitir alcanzar éxitos y en otros —no sabemos cuántos— permite tomar decisiones importantes sin apoyo legal.

Si, por ejemplo, se quiere abordar una reforma integral o amplia del régimen de semilibertad —para impulsarlo— (tarea que merece un aplauso), pero no se piensa en la necesidad de un adecuado soporte legal para ello, y quién sabe si ni siquiera reglamentario, se produce un déficit fundamental no sólo de carácter formal. Puede resultar desolador constatar esta falta de vinculación con la Ley a la vez que reveladora de semejante forma de actuar por quienes ostentan la responsabilidad de respetar los derechos y obligaciones de los internos, de la función social penitenciaria y de los Derechos Fundamentales de los afectados. Desde los pensadores de la Ilustración se manifestó la Ley como expresión de la voluntad general de la sociedad, como también en las modernas sociedades democráticas manifiesta el acuerdo o la representación social de las decisiones que, de distintas maneras, afectan a todos. La Ley debería permitir el más amplio debate y las aportaciones de muchos para lograr el sistema más eficaz, garantista y con el mayor respaldo social. Pese a las evidentes dificultades de acuerdo en la situación política actual no es posible dar por sentado la imposibilidad del mismo y se precisa dar una oportunidad al diálogo y a la contribución plural al diseño de las mejores soluciones posibles.

Quiero agradecer a todos los autores de los capítulos que integran esta obra colectiva por su interés en participar en el mismo y por la calidad de sus aportaciones que sin duda resultan relevantes para cada uno de los campos temáticos abordados. Temas que, como se puede apreciar desde los primeros hasta los últimos, son de los más variados y de una alta calidad científica. La tarea que se abre para lograr una acertada reforma penitenciaria en el siglo XXI requiere la aportación de muchos y de manera sobresaliente de quienes con vocación y esmero, desde muy plurales ángulos, se dedican a su mejora. Por ello en el marco del desarrollo del Proyecto de Investigación «La reforma penitenciaria: necesidades del sistema y modelo de ejecución penal» (PGC2018-096093-B-I00), hemos estimado interesante, contribuyendo a esa misión común, dar a conocer este conjunto de temas penitenciarios abordados con rigor por un buen plantel de especialistas.

RICARDO M. MATA Y MARTÍN  
Catedrático de Derecho Penal  
*Universidad de Valladolid*



COMARES  
editorial

ISBN 978-84-1369-256-2



9 788413 692562