

Derecho fundamental al matrimonio y la protección de la familia en el ámbito penitenciario español

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO
Universidad Internacional de La Rioja

Resumen:

El derecho al matrimonio se regula en el artículo 32.1 de la CE que dice: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, diferenciando, la Constitución, entre matrimonio y protección de la familia, regulado, este último, en el artículo 39, bajo la rúbrica de Principios Rectores de la Política Social y Económica, protección que se da a la familia independientemente de que la misma se haya generado mediante matrimonio o no. Es de vital importancia el derecho en cuestión ya que, con el mismo, se puede obtener una mayor posibilidad de reinserción social de los reclusos o, al menos, un mayor acercamiento a la misma, el no alejamiento de las relaciones familiares es fundamental en el proceso de no desestructuración y, por tanto, en la nueva reinserción social.

Palabras clave:

Derecho fundamental, presos, centro penitenciario, matrimonio, familia.

Abstract:

The right to marriage is regulated in article 32.1 of the EC which says: “the man and the woman have the right to contract marriage with full legal equality,” differentiating, the Constitution, between marriage and protection of the family, regulated, the latter, in article 39, under the rubric of guiding principles of Social and economic policy protection that is given to the family regardless of that the same has been generated through marriage or not. It is vital the right in question since, with it, you can get a greater chance of social reintegration of prisoners or, at least, a better approach to it, the estrangement of family relationships is essential in the process of not dismantling and, therefore, in the new social reintegration.

Keywords:

Fundamental right, prisoners, prison, marriage and family.

Nº 1, 2015, pp. 158-176

www.revistadeprisiones.com

Recibido: 28-6-2015

Aceptado: 31-7-2015

 REVISTA DE  HISTORIA DE LAS  PRISIONES

ISSN: 2451-6473

1. MATRIMONIO ENTRE REJAS

1.1 EL MATRIMONIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y, EN CONCRETO, EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Comenzando por un repaso al Derecho internacional, partimos de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU, el 10 de diciembre de 1948, proclama en su artículo 16.1 que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por razón de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. En el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto. De este modo, el artículo 17 estipula que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales. Vemos que en los textos internacionales el derecho aparece regulado sin limitación en cuanto a personas que se encuentran privadas de libertad.

De los textos internacionales se deduce que el matrimonio es una facultad y derecho del hombre, mientras que la familia es un grupo en el que el hombre se integra. No obstante, aunque se encuentra regulado en el artículo 39 de la CE, carece de definición, señalándose también en el artículo 16 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 6 de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 al indicar que toda persona tiene derecho a constituir una familia, y a recibir protección para ella. El artículo 16 de La Carta Social Europea de 1961, define a la familia como célula fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo.

Sin entrar en las discrepancias doctrinales, tanto políticas, filosóficas o religiosas sobre la concepción de matrimonio, unión, enlace, etc., ni en el contenido del mismo, sí se debe decir que se trata de un derecho considerado como fundamental¹ en nuestro ordenamiento jurídico del cual surgen derechos y obligaciones, así como se debe destacar su función socializadora, igual que la familia, y sus funciones sexuales y de reproducción.

En nuestro Estado social y democrático de Derecho se reconoce el derecho al matrimonio y a la protección de la familia. El Tribunal Constitucional considera que sólo son derechos fundamentales los de la Sección Primera del Capítulo II del Título I bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, es decir, desde los artículos 15 al 29, incluyendo la igualdad y la no discriminación, y que no son derechos fundamentales otros entre los que incluye el derecho al matrimonio, siendo esta teoría bastante criticada por la doctrina que considera que son derechos fundamentales todos los derechos incluidos en el Capítulo II, doctrina de la que soy partidaria, por lo que

1. NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.

es mi deber hablar de ambos en sentido general, no entrando en las cuestiones políticas y religiosas sobre los tipos o clases de matrimonio, los modelos familiares o sus manifestaciones en el Derecho constitucional, la protección social o económica de la familia, como ya he indicado con anterioridad, limitándome a fundamentar que se trata de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente para todos los hombres y mujeres.

Es la Constitución española de 1931 la que regula por vez primera el problema del matrimonio y la familia, reconociéndolos y protegiéndolos. En sentido crítico, Valero García manifiesta que “vivimos en el siglo XXI, la sociedad, el conocimiento, las ciencias de la conducta, la tecnología [...], han avanzado suficientemente para que, en un gran número de casos, la pena de privación de libertad pueda ir evolucionando hacia formas de limitación de libertad, más adecuadas a la finalidad correctiva y educativa de la pena y menos perniciosas y traumáticas para los penados y sus familias”².

El derecho al matrimonio se encuentra regulado en el artículo 32 de la CE, con la garantía del artículo 53.1 del mismo texto, lo que supone que los poderes públicos deben y quedan obligados a garantizar el derecho reconocido, bajo el término de igualdad. Lo que implica este derecho en relación con los reclusos es que, al tratarse de un derecho que se refiere a la igualdad y a la libertad de cada individuo, los poderes públicos, y en este caso la Administración penitenciaria, Centros penitenciarios y Jueces de Vigilancia Penitenciaria, no impidan el libre ejercicio del mismo, dando la posibilidad de su aplicación y atendiendo a la situación de desventaja en la que se encuentra un preso por la privación de libertad, debiendo justificar el diferente trato. En sentido amplio, Torres del Moral mantiene que el matrimonio supone una condición social o personal del sujeto que, según el artículo 14 de la CE, no puede dar lugar a discriminación³.

Parte de la doctrina -Entrena Klett- considera al matrimonio como una relación natural de la que básicamente nace la familia⁴, entendiendo que la familia es la célula base de la sociedad. En esta misma línea se encuentra la doctrina de la Iglesia, frente a ésta, están aquellas posiciones que entienden al matrimonio como una relación personal enclavada en el ámbito privado de las partes, con un claro sentido contractual, pudiéndose definir como un acto contractual regulador de la vida en común de los cónyuges⁵. Si tenemos en cuenta esta opinión, cabe la existencia de matrimonios sin la existencia de un contrato como es el caso de las familias de hecho, o las que provengan de divorcios, etc.

2. VALERO GARCÍA, V., “El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 27.

3. TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derechos constitucional español: sistemas de fuentes. Sistema de los derechos*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 206.

4. ENTRENA KLETT, C.M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 38.

5. *Ibidem*, p. 39.

A la luz de lo examinado hasta ahora, es dable estudiar la repercusión del matrimonio, *ius connubii*, no en Centros penitenciarios, sino para los que se encuentran privados de libertad, ésta cuestión hace que indiquemos que el derecho fundamental a contraer matrimonio no se encuentra regulado, expresamente, en la Ley o Reglamento penitenciarios, lo que significa que no existe límite en cuanto a la actuación y procedimiento de tal derecho fundamental.

Por lo que, atendiendo al derecho de igualdad, los reclusos tienen derecho a contraer matrimonio en las mismas condiciones que una persona que no esté privada de libertad. Tal derecho puede incluirse en el artículo 4 del RP al indicar que “los presos tienen derecho al ejercicio de los derechos civiles [...] salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”, manifestando, por otra parte, que no se trata de un derecho incompatible si tenemos en cuenta el artículo 155 del RP en cuanto a los permisos de salida extraordinarios al decir en su primer párrafo que “[...] en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan”. De manera que se puede incluir, el derecho a contraer matrimonio, cuando afirma que se concede permiso de salida “por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza”, amparándonos, asimismo, en la Circular de 4 de octubre de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) sobre permisos de salida. Como no aparece regulado en la normativa penitenciaria, cabe plantearse si dentro del Centro penitenciario se pueden celebrar matrimonios y quién sería el que está facultado para celebrarlos, al igual que si se pueden celebrar matrimonios religiosos o civiles, o qué ocurre para el caso de que ambos contrayentes se encuentran privados de libertad⁶.

La ausencia de una regulación posibilita una interpretación amplia en el campo del derecho al matrimonio cuando, al menos, uno de ellos esté privado de libertad. Pese a ello, lo lógico sería llegar a la conclusión de que se practica cuando el recluso tiene un permiso de salida pero, como ya he indicado, qué ocurre cuando ambos se conocen dentro de la cárcel y manifiestan su deseo de casarse y no se les conceda los permisos de salida. En este supuesto, cabe pensar que se les da la posibilidad de casarse dentro de la prisión, caracterizado por ser un matrimonio civil, o bien un casamiento por poderes. Estamos hablando de un derecho que puede suponer restricciones para los que están en primer y segundo grado, puesto que los que cumplen condena en tercer grado tienen la facilidad de cumplir su derecho al matrimonio durante el día que no se encuentran cumpliendo condena en la prisión.

Partiendo de la idea de que el matrimonio es el único vínculo personal capaz de hacer nacer determinados efectos y relaciones entre los integrantes de los grupos familiares de los que provienen

6. Atendiendo al RP de 1981, las celebraciones matrimoniales eran una de las funciones de los capellanes, era el art. 293 el que lo regulaba. No obstante, el cuerpo de capellanes tiende a desaparecer ya que desde hace varios años tras el fallecimiento de un capellán no es cubierta su plaza.

los contrayentes⁷ y teniendo en cuenta la opinión de Marshall⁸, quien afirma que “de hecho, lo que permite diferenciar el matrimonio de las demás uniones análogas es que vincula a dos grupos además de a dos individuos. Sólo el matrimonio crea -o mantiene- relaciones de afinidad entre los parientes de los individuos que desempeñan los roles de marido y mujer”, se llega a la conclusión de que esta característica reafirma que el matrimonio tiene una naturaleza de creación social bajo la organización de los grupos humanos.

De manera que un recluso accede a su derecho de casarse cuando se le concede un permiso de salida, en caso contrario, se casará en la cárcel, en dependencias habilitadas siendo el caso de las dependencias destinadas a las comunicaciones con familiares, con dos testigos que perfectamente pueden ser dos reclusos del mismo Centro y oficiadas por el Juez, que es quien fija, habitualmente, la fecha de las ceremonias. Lógicamente se pasaran los controles habituales de seguridad.

Sin embargo, la privación supone que los vínculos con la pareja se vayan destruyendo, que ya no exista convivencia familiar, que en caso de la existencia de hijos la “unidad” familiar se va desestructurando. La duración del encarcelamiento también da lugar a dicha desestructuración, la distancia de la cárcel del domicilio familiar supone un mayor inconveniente para la protección familiar, para las visitas familiares e íntimas, las condiciones de la cárcel hacen al recluso un mayor descuido hacia su persona así como las condiciones no son las más adecuadas ni el lugar de encuentro para los familiares-presos, son agradables, por último hay un rechazo social no solo para el preso sino también para los familiares que tienen algún familiar preso. La configuración de nuestro Estado como Estado social de Derecho, de acuerdo con el artículo 9.2 de la CE, se obliga a los poderes públicos el remover los obstáculos y a poner los medios necesarios para que la igualdad y la libertad sea real y efectiva.

1.2 PRESO-FAMILIA: RELACIONES FAMILIARES

Los presos, al cumplir la pena privativa de libertad, están distanciados de la familia y de las funciones que con ella puede tratar, de manera que se produce una “crisis” en las relaciones familiares cuando existe un familiar recluso. Ante todos los estudios realizados se desprende que la familia ha sufrido una evolución, y la figura del matrimonio también, pudiéndose concluir que el matrimonio consiste en una creación social y no en una realidad biológica⁹. Así, no se comparte la opinión de König¹⁰ consistente en que la familia y el matrimonio no han sido instituidos jamás sino que han existido desde siempre. Pero eran necesarias medidas especiales del legislador para elevarlos a la con-

7. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p. 207.

8. MARSHALL, G.A., “Análisis comparativo (Matrimonio)”, *Enciclopedia de Ciencias Sociales*, t. VII, Madrid, 1975, p. 13.

9. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y Matrimonio”, *Revista de Derecho Político*, nº. 36, 1993, pp. 207-223.

10. KONIG, R., *La familia en nuestro tiempo*, Siglo XXI, Madrid, 1981, p. 7.

ciencia desde el rango de costumbre seguida de un modo más o menos inconsciente, dotándoles de un perfil cultural mucho más manifiesto, que han encontrado su última expresión provisional en los sistemas jurídicos modernos. En este sentido, es acertada la opinión de Y. Gómez¹¹ a la hora de decir que la familia ha sido elegida y el matrimonio ha sido creado como institución colaboradora de la organización social y política.

Lo que regula tanto la Ley como el Reglamento penitenciarios son las relaciones familiares¹², bajo la rúbrica de “relaciones con el exterior” a través de las comunicaciones, los vis a vis¹³, el derecho de visitas, el derecho que tienen las reclusas madres con hijos menores pudiendo estar con ellas en el Centro pero, no el matrimonio, asimismo la familia tiene derechos frente al recluso, todo ello, bajo el principio de no desarraigo social de los reclusos. El artículo 45 del RP establece la obligación que tienen los Establecimientos penitenciarios de disponer de locales especialmente adecuados para la realización de las visitas y comunicaciones de “familiares o de allegados”¹⁴.

Haciéndose necesaria establecer un concepto de *familia* y de *allegados*, explícita es la STC 222/1992, de 11 de diciembre, en cuanto al término *familia* al manifestar que en el concepto constitucional de *familia* entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal¹⁵ y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz *familia*, en cuyo concepto entra por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia [...]”.

Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter *social* de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. En cuanto al concepto de *allegado* la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Autos 535/2000, de 27 de abril; 640/2000, de 19 de mayo y 1457/2000, de 25 de octubre), ha

11. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit., p. 32.

12. Para saber más sobre las consecuencias que tiene para la familia el tener a un familiar privado de libertad, consecuencias psicológicas, económicas, etc., me remito a GARCÍA-BORES, P., (coord.), *La cárcel en el entorno familiar*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona, 2005.

13. ALHAMBRA PEÑA, E., “Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos”, *Estudios jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2000, p. 102, para quien cualquier restricción de este derecho fundamental supone una injerencia gravosa y de mayores consecuencias.

14. DI GENNARO, G., BONOMO, M. y BREDA, R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milán, 1991.

15. SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 200/1991, de 13 de mayo y, 192/1991, de 14 de octubre.

declarado, que no son allegados sólo los amigos sino los amigos especialmente cercanos. Más aún si pensamos que la Ley penitenciaria no habla de allegados sino de allegados íntimos y es evidente que el reglamento se refiere a éstos, pues el art. 45 del RP desarrolla, al menos en parte, el artículo 53 de la Ley que se refiere a los allegados íntimos, esto es, los “inmediatamente próximos”, concluyendo que: 1) corresponde a los internos decidir quiénes son sus allegados íntimos, y el único límite a la credibilidad de sus manifestaciones viene dado precisamente por un límite razonable del número de los depositarios de ese afecto singularmente próximo; ese número puede sin embargo tener oscilaciones y concretarse, con el tiempo, en personas diferentes y 2) la Administración no puede limitar de nuevo el número, discutiendo el concepto de intimidad pues ese concepto se limita en sí mismo pero, fuera de tal límite, no hay otras restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden de establecimiento, pues así lo establece el art. 53 de la Ley a remitir al 51 de la misma¹⁶.

Por consiguiente, mientras que la Ley habla de allegados íntimos el Reglamento sólo de allegados, pero ha de pensarse que ambos textos se refieren a allegados íntimos, a amigos de verdad, a familia y no a conocidos. No quiero decir con ello que a los presos se les deniegue una relación íntima con los amigos, pero hay que demostrarlo con una serie de requisitos que puede ser que vivan en el mismo barrio o localidad, así como se puede pensar que hay un número limitado de amigos íntimos atendiendo a valores y sentimientos.

Qué supone, por tanto, para el recluso y para la familia el estar preso y el tener a un familiar preso. Se ha demostrado reiteradamente que la cárcel está imposibilitada para crear aspectos o funciones positivas, los aspectos penitenciarios que afectan, tanto directa como indirectamente, a la familia son los referentes al matrimonio, a la protección de la familia, las comunicaciones con las personas privadas de libertad, los traslados y los permisos de salida. Supone un cambio en la estructura interna y en la organización de la familia, pudiendo llegar a desestructurarla; dependiendo de quién esté en la prisión la desestructuración será más acusada. Si se trata de hombre o de mujer las consecuencias para la familia serán totalmente diferentes. Numerosos estudios han concluido que, si el que está en prisión es la mujer, las consecuencias son más gravosas, sobre todo en aquellos casos en los que hay hijos menores de edad. No obstante, también habrá que tener en cuenta si el que se encuentra en prisión es el que hace las aportaciones económicas a la familia.

Por tanto, a efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar cómo repercute la familia y el matrimonio en el ámbito penitenciario, partiendo de que se trata de un derecho fundamental reconocido plenamente bajo el principio de igualdad. El derecho al matrimonio¹⁷ supone un pacto voluntario entre

16. Autos 535/2000, de 27 de abril 640/2000; de 19 de mayo de la Sección 5ª de la AP de Madrid; AAJVP de Madrid nº. 2, 965/02, de 23 de abril; Madrid, nº. 3, 1181/03, de 28 de mayo.

17. En el Anteproyecto de la Constitución se intentó plasmar no sólo el reconocimiento y tutela de la afectividad sino también el derecho a crear y mantener relaciones estables de familia, pero fueron eliminados. Lo podemos encontrar en la Enmienda nº 465 en el art. 30, *Trabajos Parlamentarios, Constitución española*, Cortes Generales, t. III, Madrid, 1980, p. 2860.

dos personas, celebrado, como ya he indicado, en términos de igualdad y como derecho individual. Por otro lado, en base al artículo 39 de la CE, se establece la igualdad de los hijos ya sean matrimoniales o no.

Una de las maneras de proteger a la familia es mediante vis a vis, mas la pregunta es si este tipo de comunicaciones es un derecho o no para los presos. Teniendo en cuenta los artículos tanto de la Ley como del Reglamento, se establece como derecho de los presos, pero no se trata de un derecho fundamental. Es el Tribunal Constitucional (STC 89/87, de 3 de junio, Fj. 2) el que reitera esta manifestación al establecer que “[...] el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas. Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, acorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el artículo 25.2 de la CE asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 de la Ley sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine”. Además, hay que advertir que la autorización de la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad.

Las comunicaciones vis a vis de los presos con los familiares pueden ser dos al mes, bien cada uno de hora y media, o uno de tres horas, dependiendo de si el Centro penitenciario tenga o no la capacidad necesaria en cuanto a infraestructuras para llevar a cabo las comunicaciones íntimas¹⁸ y las familiares se permite acumular el tiempo de las íntimas y familiares en una sola. El problema surge porque es la propia Administración penitenciaria la que fija el horario sin tener en cuenta la disponibilidad de los familiares, lo que supone que el preso ante la imposibilidad de su familiar de poder acudir al Centro pierda su derecho. En lo que se refiere al vis a vis íntimo, la autorización y, por tanto, la concesión la realiza la Dirección del Centro, previa solicitud del recluso, en la que se ha de acreditar una existencia de relación afectiva estable, manifestando las mismas cuando acredite una relación de seis meses de duración¹⁹.

18. Me remito a la Refundición de Circulares e Instrucciones. Disposición Transitoria 4ª del RP, sobre comunicaciones, en la que hace una distinción dentro de las comunicaciones orales las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, deja claro que sólo se tendrá una comunicación íntima y una familiar cada mes, no obstante, deja una puerta abierta como recompensa para aquellos que por importantes y comprobados motivos debidamente justificados en cada caso, tendrán otra íntima o familiar dentro del mismo mes, como específica no son ambas sino una u otra. De otro lado, señalar que las relaciones íntimas excluirán las relaciones con prostitutas al no existir relación de afectividad, así lo entiende ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario, Análisis teórico y aproximación práctica*, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, p. 90; no obstante, un sector de la doctrina apunta a la incoherencia de este planteamiento, es el caso de MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 209.

19. El problema de acreditar la estabilidad de la relación puede surgir en el caso de conocerse por carta estando ambos comunicantes

Ante esto se plantea el problema para el caso de las parejas de hecho que no estén empadronados en el mismo domicilio y que tampoco tengan la posibilidad de acreditar la relación mediante el certificado de convivencia. Las comunicaciones con familiares y amigos son consideradas como íntimas por lo que los presos tienen derecho a una relación íntima con su familiar, a vis a vis con su pareja. En los vis a vis el recluso es el único momento que tiene para estar en intimidad con los familiares o con algún amigo/a, el único momento en el que pueden compartir cosas sin que nadie les moleste.

No obstante, esta relación se hace fría debido al sitio que se tiene para realizarlas, son los llamados *encuentros de convivencia*²⁰. Se indica una serie de aspectos en los que la doctrina se manifiesta conforme como: – Estas visitas tienden a reforzar dentro de los lazos familiares, los lazos efectivos más específicos con el núcleo central de la familia, integrado normalmente por la esposa (o compañera) y los hijos, si bien por disposición normativa se limita la edad de los hijos visitantes a la de diez años. – Los destinatarios son pues más precisos que los familiares y allegados a que se refiere el párrafo 5º del art.46, en cuanto que el radio de la esfera de intimidad es en este segundo caso más grande y desborda el núcleo familiar más intenso para extenderse a hijos mayores de diez años, a parientes sin un grado claro o específico de parentesco, y personas queridas o amigas no familiares. – La finalidad, por el contrario, es más difusa que la de las visitas íntimas, pues en esta predomina el componente sexual, aunque no se excluyan otros, y en las de convivencia aunque pueda haber alguna manifestación de ese orden, la idea guía es la de refuerzo de otros lazos efectivos diferentes a sexual, el fomento de la conversación, del abordaje conjunto de los problemas, de la capacidad de compartir penas y alegrías, del ejercicio del derecho a la educación de los menores, y en general, además, de todas las delicadas funciones que exige el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de deberes inherentes al matrimonio o a la convivencia y a la patria potestad, incluida la presencia o el referente masculino y femenino en la vida de los menores (con el límite discutible de la edad menos de diez años de estos). – Ello hace que este tipo de visitas sean acumulables en sentido jurídico o compatible, si se prefiere, con todas las demás, precisamente por servir a fines distintos de las otras y diferenciarse de las demás en sus destinatarios. Por el contrario son polémicas al menos dos aspectos básicos: – La interpretación de la norma en cuanto a si la visita se refiere a la presencia obligadamente acumulada del cónyuge (o conviviente) y los hijos menores. – La frecuencia de estas visitas no regulada expresamente por el Reglamento. En el caso de que no estén casados, la pareja visitante debe acreditar su relación por medio de algún documento²¹.

en prisión. Diversos JVP están concediendo estas comunicaciones acreditando la relación previa epistolar. *Diccionario Interactivo de derecho penitenciario*, de la Universidad Complutense de Madrid.

20. Tienen una duración de cerca de cuatro horas y se desarrollan en un cuarto con sillas y una mesa, en éstas salas solo están el preso y su familiar ningún funcionario está o debe de estar de lo contrario no son consideradas como íntimas. Debido a la escasez de salas en los Centros penitenciarios y a la masificación se hace necesaria la petición con bastante antelación. En las comunicaciones de convivencia merece señalar los AAJVP nº. 3, 71/99, de 22 de enero y, 1101/98, de 2 de octubre, JVP nº. 3; 2508/03, 22 de octubre del JVP nº. 1.

21. Un certificado de empadronamiento en el mismo domicilio del preso desde un mes antes de que este ingresase en prisión bastaría.

El horario será en atención a las posibilidades del Centro, lo que puede suponer que ante la imposibilidad de acudir el familiar íntimo al Centro, el recluso se quede sin su derecho de vis a vis íntimo. Por otro lado, es una situación embarazosa para la persona que se ha pasado el tiempo viendo al preso familiar o compañero sentimental tras un cristal y que, posteriormente, tenga una relación vis a vis íntima con él. Surge, así, la discusión de las necesidades sexuales de los presos, si son derecho, necesidades humanas, necesidades de la naturaleza, en éste campo el recluso y su familiar o allegado o íntimo sufre alteraciones de la sexualidad. Se puede llegar a decir que la relación sexual en la cárcel en los vis a vis íntimos se hace obligada, con horario restringido.

2. VIDA SEXUAL DEL RECLUSO

No existe en el Derecho penal, en la Ley o en el Reglamento penitenciarios del mundo, precepto alguno del que se derive la obligación de abstinencia sexual de los condenados o de los procesados sometidos a medida de seguridad. En tal sentido, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Naciones Unidas establecen en referencia a la sexualidad que “a los internos casados de uno u otro sexo podrá permitírseles a su requerimiento visitas privadas de sus cónyuges, sin tomar en cuenta la calificación de la conducta, una vez que adecuadas las condiciones de la arquitectura, pueda ésta proporcionar el recato y el decoro que inspira la institución matrimonial” y “la administración podrá permitir a los demás internos la visita privada de personas de otro sexo en locales apropiados”. Pero, ya en su momento, García Valdés²², señalaría que “los sujetos destinados a la prisión eran considerados peligrosos y repletos de vicios, entre los cuales figuraban en forma destacada los de carácter sexual, por lo que desde esta simplificada visión de los hechos debía parecer bastante fuera de lugar dar importancia a los problemas sexuales relativos a la institución carcelaria”. De todas maneras, el Tribunal es de la opinión de que la sexualidad es parte importante de la vida del hombre, pero la abstinencia sexual por resultado de la privación legal de libertad no pone en peligro la integridad física o moral del recluso, además la imposibilidad de mantener las relaciones no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante.

La pena privativa de libertad obliga a los reclusos a una abstinencia sexual, pudiendo llegar a generar una de las causas más importantes desencadenante de problemas emocionales y generadora de ansiedad²³. Neuman²⁴ expresaba que “la mutilación funcional del sexo alcanza a seres inocentes. El cónyuge del detenido/a, que nada tiene que ver con el delito, se ve privado de su natural satisfacción erótica y esto constituye un castigo accesorio de la privación de la libertad, que no le concierne directamente”²⁵.

22. GARCÍA VALDÉS, A., “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980, p. 89.

23. *Ibidem*, p. 90.

24. NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 149 y ss.

25. La continencia sexual no deseada produce trastornos psíquicos y también físicos, estos últimos producidos por el sistema glandular de segregación del aparato genital; sin embargo, las consecuencias en el campo de lo psíquico pueden producir angustias,

La STC 89/1987, de 3 de junio, que ya hemos mencionado en el apartado dedicado al derecho a la integridad física y moral de los reclusos, también trató la cuestión de la posible vulneración del derecho a la intimidad de los presos que no podían disfrutar de las comunicaciones especiales. El Tribunal Constitucional declara, que tampoco cabe discutir, es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito del derecho a la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas²⁶.

Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el artículo 18.1 CE, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. La autorización, para la comunicación íntima, restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla. Pero, esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad.

En rigor, “el estudio de la abstinencia y de sus consecuencias, [...], deberá pensarse, en el caso de las cárceles, como formando parte de una especial patología del ambiente y teniendo en cuenta la

desesperación, decaimiento, histeria, tendencias suicidas, agresividad o como explica Freud, neurosis. El problema sexual en las prisiones es constante fuente de trastornos neuróticos, psicológicos y físicos, que generan revueltas y motines que ponen en peligro la vida, seguridad e integridad de los detenidos y del personal del establecimiento. Disponible en www.robertexto.com/archivo/, última consulta el 24 agosto de 2009. La solución que propuso la Administración penitenciaria fue el trabajo penitenciario y el deporte, con el objeto de desgastar las energías físicas y disminuir el deseo. En 1950, en el 2º Congreso de Criminología en París, un médico, Ricardo Colombo, manifestó el éxito que había tenido tendente a superar la cuestión sexual en las prisiones mediante un tratamiento con drogas, concretamente se propuso someterles al tratamiento dos veces por semana, mediante dos ampollas de ovarina correspondientes a 2000 unidades de foliculina cada una, se observó que la foliculina podía neutralizar la función de las glándulas sexuales y, por lo tanto, la espermatogénesis no tiene lugar; salvo algunas tumefacciones mamarias, el deseo sexual de los reclusos disminuyó sin ulteriores trastornos, NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, cit., pp. 145-146 y en “Contribución al problema sexual carcelario”, *Actas del Segundo Congreso Internacional de Criminología*, vol. V. Actualmente se propugna como solución las visitas íntimas o los permisos de salida.

26. Autores como REVIRIEGO PICÓN, F., “Los derechos de los reclusos”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 465; FORTICH, L.F. y GRÖER, V.P., “El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas”, *Más Derecho*, nº. 2, 2001, p. 392, son partidarios de que el ejercicio de la sexualidad constituye una faceta del derecho a la intimidad y, para otros, constituye una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como LOZANO BEDOYA, C.A., *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006, p. 129; CESANO, J.D., *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997, p. 169, donde lo considera, además, como manifestación de la dignidad humana.

constitución psicosocial y moral de los presos”²⁷. En sentido amplio, González Navarro²⁸ afirma que el desarrollo de una vida sexual es un verdadero derecho del preso fundado en que el recluso tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad como indica el artículo 25.2 de la CE. Sin embargo, esta tesis ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional (STC 89/1987, de 3 de junio) al entender que el mantenimiento de las relaciones íntimas no forma parte de ningún derecho fundamental, afirmando que si bien la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, lo que el Derecho puede proteger es la intimidad, no las acciones privadas e íntimas de los hombres ²⁹. Se recalca, pues, la interacción existente entre familia-matrimonio, pero esta idea no siempre ha sido así ni en el pasado ni en el presente, no es unánime la opinión de que el matrimonio debe preceder a la concepción de hijos, y no es el camino que yo voy a seguir por su amplia discusión doctrinal.

Es por todo ello por lo que el derecho de referencia constituye una exigencia de la dignidad humana, y en cuanto tal, uno de los derechos civiles fundamentales de la persona humana, por tanto, es un derecho universal, irrenunciable y *erga omnes* deben estar en situación de igualdad con respecto al resto de los ciudadanos. El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos, por lo tanto, la planificación de la familia ha de ser compatible con las disposiciones y normativas penitenciarias, y cómo éstas no dicen nada, nada impide que se puedan celebrar. Además, teniendo en cuenta el artículo 53 de la LOGP, no sólo se puede comunicar cuando haya la existencia de un matrimonio sino también en los casos de relación íntima. Desde esta perspectiva, Pardo Falcón³⁰ entiende que “lo que no forma parte, desde luego, del contenido de ningún derecho fundamental es el mantenimiento de relaciones íntimas, «por ser precisamente una manifestación de la libertad a secas». En consecuencia, el establecimiento de un sistema de comunicaciones especiales entre reclusos y no reclusos es sólo «resultado de una concesión del legislador, no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad”. Otra cosa es, en cambio, la limitación del ejercicio de la sexualidad fuera de este supuesto, esto es, dentro del desarrollo normal de la vida penitenciaria; ya que, como advierte el Tribunal Constitucional, “podrían llegar a afectar tanto al derecho a la intimidad como al derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere»³¹”.

27. NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, cit., pp. 45-49. Para Neuman existen tres tipos de abstinencia: la obligatoria, la voluntaria y la forzada, en ésta última se encuentra el caso de los procesados y condenados; WEISS, C. y FRIAR, J., *Terror en las prisiones, la terrible crudeza del problema sexual en las cárceles*, Dopesa, Barcelona, 1974.

28. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1153.

29. Otras sentencias representativas, 119/1996, de 8 de julio y 65/1986, de 22 de mayo al indicar que “la privación de libertad es un mal, pero forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual”.

30. PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 161.

31. STC 89/87, de 3 de junio, Fj. 2.

Frente a esto, está el derecho a *la reproducción humana*, el cual no es reconocido por nuestra Constitución³². Tal derecho deriva del reconocimiento de la libertad como valor superior y de la dignidad de la persona humana como expresión del reconocimiento de todos los derechos de la persona, lo que supone que los poderes públicos tienen por misión la no injerencia y evitar las posibles perturbaciones de terceros. La cuestión en el ámbito penitenciario se traduce en que el recluso no tiene libertad para poder procrear, ¿está sufriendo una limitación por parte de los poderes públicos, en éste caso, por parte de la Administración penitenciaria? La Administración se defiende indicando que existen los vis a vis tanto familiares como los íntimos, así como los permisos de salida para evitar la desestructuración de la familia y la desocialización de los presos. El derecho a la reproducción no es un derecho constitucional, pero tiene fundamento constitucional al estar basado en la libertad y en la igualdad, surgiendo discusión doctrinal ya que se entiende que la igualdad supone trato igual para situaciones iguales, de manera que habrá quién opine que los presos no están en situación de igualdad con respecto a los ciudadanos libres, no lo están en cuanto a situación espacio-temporal, pero sí lo están en cuanto a personas y familia³³. Siguiendo la opinión de Y. Gómez³⁴, ésta interpretación permite sustentar que existe un derecho a la reproducción de toda persona, derivado del ejercicio de su libertad y que es expresión, al mismo tiempo, de su dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Es, por tanto, una realidad deducible, y un derecho caracterizado por no ser absoluto.

3. RELACIÓN TRASLADO DE PRESOS-FAMILIA

En relación con la familia supone un inconveniente para la misma, para el derecho a la protección de la familia y para el hecho de que el preso pueda ejercer sus derechos matrimoniales y familiares. El que sea trasladado a un Centro no cercano al domicilio familiar o que no tenga buenas comunicaciones de acceso puede suponer una desestructuración, casi probable, un agravio y perjuicio importante. No sólo está condenado el delincuente sino también toda su familia y su entorno. Las condiciones de la familia dependerán si el recluso se encuentra en primer, segundo o tercer grado, ya que este último ante la posibilidad de pasar el día fuera de la prisión puede contribuir a las cargas familiares. Es decir, el grado de clasificación puede influir en la economía familiar, en la posibilidad de mandar el peculio al recluso e influir en la desestructuración de la familia.

Pese a ello, no sólo a través de las comunicaciones se trata de evitar la desestructuración familiar, como bien indica la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario, “el desarrollo de las uni-

32. Para saber más, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, nº. 26, Madrid, 1988.

33. Ver las SSTC 42/1982, de 5 de julio y 73/1984, de 27 de junio.

34. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española*, cit., pp. 363-364.

dades de madres y de los departamentos mixtos -los últimos con carácter excepcional- extiende el principio constitucional de protección a la familia al ámbito penitenciario, para paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres [...]”. Desde un punto de vista global, las “políticas familiares” deben pretender el bien del grupo compuesto por la familia y fortalecer su funcionalidad, siendo simultáneamente una esfera de realización personal que cada vez requiere una mayor calidad de vida³⁵. Zimmerman³⁶ define la citada política como la que incorpora el bienestar de la familia a modo de criterio, es decir, “la que introduce una perspectiva familiar en la escala política, tanto en el establecimiento de objetivos como en la mediación de resultados”. Las mencionadas medidas acarrearán un equilibrio social, debido a que, en una sociedad que otorga gran importancia a la producción y que posee una organización creadora de necesidades privadas, hay presiones para que en cada unidad haya el máximo número de ingresos posible³⁷. Estas reflexiones suscitan si la política familiar debe traducirse como una política social. La contestación no es unánime en la doctrina, ya que mientras para unos la existencia de los hijos es el pilar de la compensación de las cargas, y hablan de una política independiente; para otros, es conceptuada como la que los poderes públicos ejercitan a favor de la familia, sin que pueda analizarse separadamente de la política social, de la que forma parte. Nosotros sostenemos la segunda postura, apoyándonos en que lo familiar es un ámbito social necesario que garantiza el reconocimiento de la personalidad del individuo, por lo que el Estado en su actuación debe reconocer esa dimensión³⁸.

Por lo que respecta a nuestra Constitución, se refleja una familia democrática e igualitaria, es decir, valorativa de todos por igual, sin distinción jurídica, y debiendo ser respetada por los poderes públicos debido a su reconocimiento constitucional como derecho fundamental. Sin centrarme en la forma de contraer o no matrimonio, puesto que considero que se trata de un aspecto que concierne a la libertad personal de cada sujeto, interesa destacar el respeto al derecho al matrimonio y la eliminación de cualquier circunstancia que impidan el ejercicio libre del mismo, debiéndose justificar el diferente trato entre las familias.

35. DUMON, W., “La politique familiale en Europe occidentale: une réflexion sociologique”, *L'Année Sociologique*, nº. 37, 1987, pp. 221 y ss.

36. ZIMMERMAN, S. L., *Understanding Family Policy: Theories & Applications*, Sage, California, 1995.

37. MASA CARRASQUEÑO, M.: “Familia y política social en la formación de la modernidad”, en SIMÓN ALFONSO, L. y REJADO CORCUERA, M.M. (coords.), *Familias y bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 131.

38. MEIL LANDWERLIN, G.: “Política familiar: contenido y significado”, *Revista Internacional de Sociología*, nº. 1, 1992, p. 175; GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº. 6, 2002-2003, pp. 193-203; SHULTEIS, F., “Affaires de famille-affaires d'État: des visions et des divisions inter-culturelles d'une réflexion sociologique”, en SYNGLY, F. de y SCHULTEIS, F. (eds.): *Affaires de famille, affaires d'État*, Colloque franco-allemand, Nancy, 1991, pp. 7 y ss.; ALDOUS, J., DUMON, W. y JOHNSON, K., (eds.), *The Politics and Programs of Family Policy. United States and European Perspectives*, University of Notre Dame, Indiana, 1980.

El derecho al matrimonio y el derecho a la protección de la familia, aunque caminan juntos, son dos realidades distintas, asimismo se encuentra relacionado con el artículo 18 de la CE cuando recoge el derecho a la intimidad personal y familiar, amparándonos, pues, en la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo artículo 1.3 indica que el derecho a la intimidad es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Esta unidad familiar dista mucho de la realidad, es decir, ningún preso cumple su condena en un Centro penitenciario cercano a su localidad, por ello son frecuentes las peticiones de traslado. El alejamiento supone un castigo añadido extralegal, no decidido por ningún juez, que se aplica a los presos y a sus familiares, una medida arbitraria basada en criterios políticos y de oportunidad que dificulta el contacto de los presos con sus familiares y su entorno.

Uno de los derechos que resulta inevitablemente restringido con motivo de la detención carcelaria es la unidad y el habitual contacto familiar, se trata sólo de una restricción. Claro está, se trata sólo de restricción, porque a pesar de las naturales limitaciones que comporta la reclusión en un Centro carcelario, los presos conservan el derecho a mantener comunicación y relación personal con su pareja y demás miembros de la familia, dentro de la regulación correspondiente, que en ningún caso podrá ser irrazonable, innecesaria ni desproporcionada. Qué es lo que ocurre después de éste tipo de relaciones, pues que los presos son sometidos a cacheos ante la posibilidad de que tengan algún objeto escondido ya que debido a que no se está presente no se sabe ni lo que hablan ni lo que dicen.

Además, existe la posibilidad de que se cachee a los familiares³⁹, y así ocurre, abriendo un nuevo debate de si se vulnera la intimidad del familiar y su dignidad. En esta cuestión me remito a la Circular 24/96, de 16 de diciembre, que establece que tras una convivencia con el preso se les somete a: a) arco detector de metales; y b) otros controles, incluyendo el cacheo integral (en la forma y por los motivos previstos en el art. 45.7) y de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 del RP. No obstante, se tendrá en consideración lo resuelto por las Autoridades Judiciales; c) no podrán ser portadores de bolsos, objetos, comida, bebida, etc., ni a la entrada ni a la salida. Para ello, existirán en el exterior lugares adecuados para depositarlos, debidamente identificados; d) la no aceptación o infracción de lo anterior llevará aparejado la suspensión de las comunicaciones, notificándose al Director y éste al Juzgado de Vigilancia; y e) los internos clasificados en primer grado de tratamiento o que les sea de aplicación el artículo 10 de la LOGP celebrarán sus comunicaciones ajustadas a las normas que para ellos se dicten por el Consejo de Dirección. Es común encontrar denuncias de los presos alegando maltrato psicológico cuando el Centro penitenciario les niega el mantener cualquier tipo de relación con los allegados⁴⁰.

39. REVIRIEGO PICÓN, F., "Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre", *Revista General Informática de Derecho*, nº. 1, 2003; del mismo, "Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, t. XXXVIII, 2005, pp. 275-290, viene a afirmar que "la intimidad corporal, así como en un sentido más amplio, el derecho a la intimidad *in toto*, debe articularse y modularse con la necesidad de adoptar medidas de control para la preservación de otros bienes jurídicos como el riesgo para la vida o salud del resto de internos, la seguridad y orden del establecimiento penitenciario" (p. 279).

40. En este sentido, es la STC 119/96, de 8 de julio en su Fj. 2, la que señala que la privación de una relación íntima no constituye

Como toda Ley que establece derechos también establece las limitaciones para llevar a cabo actos, las limitaciones a las comunicaciones orales se encuentran recogidas en los artículos 51 de la LOGP, el 41.2 y 43 del RP, estos límites se llevan a cabo en base a razones de seguridad, interés del tratamiento y el buen orden del establecimiento, pudiendo suponer una suspensión⁴¹, intervención de las comunicaciones o denegación de comunicación con determinadas personas⁴². Para un sector -López Benítez- las restricciones de las relaciones sexuales de los reclusos sólo se justificarían por razón de seguridad del establecimiento y por el respeto a los derechos de los demás reclusos, pues además tal restricción contradice el fin resocializador al que se orienta la pena⁴³.

Como conclusión indicar que los reclusos pueden ejercer el derecho al matrimonio y a la unidad familiar, así como cada Centro penitenciario debe garantizar la protección de ambos derechos. Estas situaciones se agravan especialmente por las rutinas del propio sistema, el cual establece unos regímenes de visita y comunicaciones estrictas y poco adaptadas a las necesidades de los familiares.

En definitiva, la cárcel impide avanzar en las relaciones personales e interpersonales positivas, mayor conflicto supone para los presos extranjeros, sin familiares en nuestro país, posiblemente sin amigos, sin vis a vis familiares e íntimos, sin poder comunicarse. Las consecuencias de privación de libertad para los extranjeros hacen que, en la mayoría de los casos, no puedan ejercer los derechos de matrimonio y de protección a la familia. Todos los presos sufren las alteraciones en el ámbito familiar, pero, quizás por su forma de entender la familia, los reclusos/as gitanos/as sufren más la privación de libertad de un familiar, pese a que el rol familiar es más atenuado y existe un mayor apoyo familiar hacia el preso.

Por último, los que se encuentran en situación de aislamiento o incomunicación, como es el caso de aquellos presos a los que se ha aplicado la Ley antiterrorista incidiendo sobre ellos la política de dispersión, supone una ruptura familiar casi segura. Se hacen más difíciles las visitas bien porque el gasto es mayor, bien por el alejamiento en cuanto al cumplimiento de la pena privativa de libertad en un Centro penitenciario distinto al domicilio. No olvidemos, pues, que la comunicación íntima es una concesión del legislador y, en su caso, de la Administración penitenciaria, y no un imperativo del derecho fundamental a la intimidad, ya que la pena privativa de libertad lleva aparejada la reducción de lo íntimo, aunque debe tener las garantías precisas para la dignidad de las personas.

trato inhumano o degradante”.

41. La suspensión se encuentra regulada en el art. 44 del RP.

42. Es el Director del Centro penitenciario el que puede limitarlas, fundamentándolo en resolución motivada, se notifica al preso, al JVP en el caso de penados o a la autoridad judicial competente en caso de presos preventivos. Se requiere informe previo de la Junta de Tratamiento si el motivo de la restricción, intervención o denegación se fundamenta en motivos de tratamiento.

43. LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 430-431; NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalma, Buenos Aires, 1977, pp. 81 y ss.

Se ha demostrado que los presos que tienen fuertes lazos familiares tienen menos posibilidad de reincidir, y se puede decir que ha funcionado la reeducación en ellos. Además de que hay estudios que demuestran que son los más fáciles de tratar en la prisión y aceptan con mayor facilidad las normas penitenciarias⁴⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDOUS, J., DUMON, W. y JOHNSON, K., (eds.), *The Politics and Programs of Family Policy. United States and European Perspectives*, University of Notre Dame, Indiana, 1980.
- ALHAMBRA PEÑA, E., “Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos”, *Estudios jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2000.
- ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario, Análisis teórico y aproximación práctica* citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.
- BAYSE, D.J., ALLGOOD, S.M. y VAN WYK, P.H., “Family life education: an effective tool for prisoner rehabilitation”, *Family Relations*, nº. 40, 1991, pp. 254-257.
- CESANO, J.D., *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.
- DI GENNARO, G., BONOMO, M. y BREDA, R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milán, 1991.
- DUMON, W., “La politique familiale en Europe occidentale: une réflexion sociologique”, *L'Année Sociologique*, nº. 37, 1987.
- ENTRENA KLETT, C.M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- FISHMAN, L., *Prisoners and their wives: marital and domestic effects of telephone contacts and home visits*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, nº. 32, 1998, pp. 55-65.
- FORTICH, L.F. y GRÖER, V.P., “El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas”, *Más Derecho*, nº. 2, 2001.
- GARCÍA VALDÉS, A., “Soluciones propuestas al problema sexual en las prisiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980, p. 89.

44. FISHMAN, L., *Prisoners and their wives: marital and domestic effects of telephone contacts and home visits*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, nº. 32, 1998, pp. 55-65; BAYSE, D.J., ALLGOOD, S.M. y VAN WYK, P.H., “Family life education: an effective tool for prisoner rehabilitation”, *Family Relations*, nº. 40, 1991, pp. 254-257.

- GARCÍA-BORES, P., (coord.), *La cárcel en el entorno familiar*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona, 2005.
- GARRIDO GÓMEZ, M.I., “Derechos y garantías jurídicas en el discurso de la protección de la familia”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº. 6, 2002-2003, pp. 193-203.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Político*, nº. 26, Madrid, 1988.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Familia y Matrimonio”, *Revista de Derecho Político*, nº. 36, 1993, pp. 207-223.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Familia y Matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1153.
- KONIG, R., *La familia en nuestro tiempo, Siglo XXI*, Madrid, 1981.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 430-431.
- LOZANO BEDOYA, C.A., *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, Defensoría del Pueblo y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MARSHALL, G.A., “Análisis comparativo (Matrimonio)”, *Enciclopedia de Ciencias Sociales*, t. VII, Madrid, 1975.
- MASA CARRASQUEÑO, M.: “Familia y política social en la formación de la modernidad”, en SIMÓN ALFONSO, L. y REJADO CORCUERA, M.M. (coords.), *Familias y bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 131.
- MEIL LANDWERLIN, G.: “Política familiar: contenido y significado”, *Revista Internacional de Sociología*, nº. 1, 1992.
- NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
- NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977.

- NEUMAN, E., “Contribución al problema sexual carcelario”, *Actas del Segundo Congreso Internacional de Criminología*, vol. V.
- NEUMAN, E., *El problema sexual en las cárceles*, Universidad, Buenos Aires, 1982.
- PARDO FALCÓN, J., “Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.
- REVIRIEGO PICÓN, F., “Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XXXVIII, 2005, pp. 275-290.
- REVIRIEGO PICÓN, F., “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre”, *Revista General Informática de Derecho*, nº. 1, 2003.
- REVIRIEGO PICÓN, F., “Los derechos de los reclusos”, en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SHULTEIS, F., “Affaires de famille-affaires d’État: des visions et des divisions inter-culturelles d’une réflexion sociologique”, en SYNGLY, F. de y SCHULTEIS, F. (eds.): *Affaires de famille, affaires d’État*, Colloque franco-allemand, Nancy, 1991.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derechos constitucional español: sistemas de fuentes. Sistema de los derechos*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- VALERO GARCÍA, V., “El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas”, en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- WEISS, C. y FRIAR, J., *Terror en las prisiones, la terrible crudeza del problema sexual en las cárceles*, Dopesa, Barcelona, 1974.
- ZIMMERMAN, S. L., *Understanding Family Policy: Theories & Applications*, Sage, California, 1995.