

TESIS DOCTORAL

2015



EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS RECLUSAS

JUAN LUIS DE DIEGO ARIAS

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO

FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR: FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO

FACULTAD DE DERECHO

Título:

EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS RECLUSAS

Autor: Juan Luis De Diego Arias

Titulación: Licenciado en Derecho por la Universidad De Oviedo

Director: Fernando Reviriego Picón

ÍNDICE

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN PLURIDISCIPLINAR AL CONCEPTO DE INTIMIDAD	25
1.-INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN.....	25
2.- PRECISIÓN TERMINOLÓGICA	25
3.- EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE INTIMIDAD	27
3.1.- <i>La conciencia o consciencia</i>	27
3.2.- <i>La intimidad como ámbito de libertad y responsabilidad</i>	31
3.3.- <i>Intimidad y privacidad</i>	32
4.- EL CONCEPTO PSICOLÓGICO DE INTIMIDAD	35
4.1.- <i>La intimidad como control</i>	35
4.2.- <i>La territorialidad humana</i>	37
4.3.- <i>El espacio personal</i>	40
5.- EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE INTIMIDAD.....	41
5.1.- <i>La esfera privada</i>	41
5.2.- <i>Origen histórico</i>	43
5.3.- <i>La concreción de la privacidad</i>	47
CAPÍTULO II: LA HISTORIA DE LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	51
1.- INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN	51
2.- MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA INTIMIDAD ANTERIORES A LA EDAD MODERNA.	54
3.- EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA	61
3.1.- <i>La dignidad humana: fundamento de los derechos fundamentales</i>	61
3.2.- <i>Origen de los derechos fundamentales</i>	63
3.3.- <i>El constitucionalismo moderno</i>	67
3.4.- <i>Siglo XIX</i>	72
3.5.- <i>Siglo XX</i>	74
3.6.- <i>Las constituciones de la Unión Europea</i>	79
3.7.- <i>El derecho específico de intimidad</i>	81
4.- LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	83
CAPÍTULO III.- EL CONCEPTO DE INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	89

1.-INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN.....	89
2.- EL CONCEPTO EXPRESO DE INTIMIDAD UTILIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	90
3.- LAS DIMENSIONES DE LA INTIMIDAD SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	95
3.1.- <i>El derecho a la intimidad: un ámbito y un poder.</i>	95
3.2.- <i>La intimidad como conciencia o la dimensión interior de la intimidad</i>	98
3.3.- <i>La intimidad corporal o la dimensión física de la intimidad</i>	101
3.3.1.- <i>Las actuaciones sobre el cuerpo y la desnudez</i>	102
3.3.2.- <i>La sexualidad</i>	104
3.3.3.- <i>La salud, el dolor y la muerte</i>	105
3.3.4.- <i>La propia imagen</i>	107
3.4.- <i>La dimensión espacial de la intimidad</i>	110
3.5.- <i>Las comunicaciones</i>	113
3.6.- <i>La intimidad relacional</i>	115
3.7.- <i>La intimidad económica</i>	120
3.8.- <i>La intimidad laboral</i>	121
3.9.- <i>El carácter íntimo de los datos personales</i>	123
3.10.- <i>La intimidad especial de determinados colectivos de personas: menores, personas públicas y personas en prisión</i>	127
3.10.1.- <i>La intimidad de los menores tiene una especial protección.</i>	127
3.10.2.- <i>Personas públicas</i>	130
3.10.3.- <i>Personas en prisión y en centros de internamiento</i>	134
3.11.- <i>Datos no íntimos</i>	135
4.- RECAPITULACIÓN	137
CAPÍTULO IV: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA I: UNA INTIMIDAD LIMITADA	140
1.-PRELIMINAR.....	140
2.1.- <i>Doctrina jurisprudencial</i>	141
2.2.- <i>El artículo 25.2 CE</i>	144
2.3.- <i>Las relaciones de sujeción especial</i>	148
2.3.1.- <i>Las relaciones de sujeción especial: una figura controvertida</i>	148
2.3.2.- <i>Origen de las relaciones de sujeción especial</i>	151
2.3.3.- <i>La evolución de las relaciones de sujeción especial en Alemania</i>	155
2.3.4.- <i>La recepción de las relaciones de sujeción especial en España</i>	157
2.3.5.- <i>La necesidad de un concepto de relación especial de sujeción</i>	159

2.3.6.- <i>El concepto de relación de sujeción especial</i>	162
2.3.7.- <i>El principio de legalidad y los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial</i>	165
2.3.8.- <i>Las relaciones de sujeción especial en la Constitución de 1978</i>	167
2.3.9.- <i>Recapitulación</i>	168
3.- LOS REQUISITOS DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL.....	176
3.1.- <i>Introducción</i>	176
3.2.- <i>Condiciones de los límites de los derechos fundamentales</i>	177
3.3.- <i>El principio de proporcionalidad</i>	181
3.3.1.- <i>Origen y expansión del principio de proporcionalidad</i>	181
3.3.2.- <i>La utilización del principio de proporcionalidad en España</i>	185
3.4.- <i>La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales</i>	194
3.4.1.- <i>Origen de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales</i>	195
3.4.2.- <i>La concepción de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en España</i>	196
3.4.3.- <i>La expresión “regular el ejercicio de un derecho”</i>	197
3.4.4.- <i>La expresión “respetar”</i>	198
3.4.5.- <i>Teorías absoluta y relativa</i>	201
3.4.6.- <i>Métodos para determinar el contenido esencial</i>	207

CAPÍTULO V: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA II: LA INTIMIDAD AFECTADA, LA INTIMIDAD RECONOCIDA Y LA INTIMIDAD NEGADA	215
1.-PRELIMINAR.....	215
2.- LA AFECTACIÓN DE LA INTIMIDAD: LOS CACHEOS Y LOS REGISTROS... 216	
2.1.- <i>Criterio de agrupación</i>	216
2.2.- <i>Afectación del derecho de intimidad en su dimensión corporal</i>	217
2.2.1.- <i>Las sentencias de cacheo</i>	218
2.2.2.- <i>Las sentencias de huelga de hambre</i>	232
2.2.3.- <i>La Sentencia de “rayos X”</i>	241
2.3.- <i>Afectación del derecho de intimidad en su dimensión espacial</i>	243
2.3.1.- <i>Las sentencias de registro de celda</i>	243
3.- LA INTIMIDAD RECONOCIDA. LOS ESPACIOS Y LOS ÁMBITOS DE INTIMIDAD: COMUNICACIONES GENÉRICAS, COMUNICACIONES VIS A VIS, LA CELDA Y LA INTIMIDAD FAMILIAR.....	256
3.1.- <i>Introducción</i>	256

3.2.- Comunicaciones genéricas.....	256
3.3.- Intimidad familiar.....	262
4.- LA INTIMIDAD NEGADA.....	267
4.1.- Preliminar.....	267
4.2.- Comunicaciones vis a vis.....	267
4.2.1.- Introducción.....	267
4.2.2.- La sentencia de la “visita íntima”	268
4.2.3.- La sentencia de “visita familiar”	286
4.3.- La celda como ámbito íntimo. El Principio celular.....	287
CAPÍTULO VI: HACIA LA FORMULACIÓN DE UN CONCEPTO DE INTIMIDAD	
PENITENCIARIA: “LA INTIMIDAD POSIBLE”	301
1.- INTRODUCCIÓN.....	301
2.- MÉTODO PARA HALLAR UN CONCEPTO DE INTIMIDAD PENITENCIARIA	302
3.- LOS CONDICIONANTES DE LA PRISIÓN. VIGILANCIA E INSTITUCIÓN TOTAL	313
4.- LA INTIMIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA.....	321
4.1.- La Ley Orgánica General Penitenciaria, una norma humanista	321
4.2.- Las declaraciones generales.....	326
4.3.- Intimidad personal: nombre, condición reservada, ingreso. El lugar de cumplimiento	327
4.4.- Intimidad corporal o la dimensión física de la intimidad	329
4.5.- La dimensión espacial de la intimidad	331
4.5.1.- La celda individual.....	332
4.5.2.- El lugar seguro para los efectos personales.....	338
4.5.3.- Las intervenciones en el espacio íntimo.	339
4.5.4.- Los locales adecuados para la intimidad	339
4.6.- Las comunicaciones.....	340
4.7.- La intimidad relacional	340
4.8.- Control de la información personal.....	345
4.9.- Horario para la intimidad	347
4.10.- Limitación de penas	349
4.11.- Tratamiento	349
5.- EL CONCEPTO DE INTIMIDAD PENITENCIARIA: EL ÁMBITO PROPIO Y RESERVADO EN LA PRISIÓN.	350
CONCLUSIONES.....	358
BIBLIOGRAFÍA.....	389

ANEXO: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA	422
1.- ACLARACIÓN SISTEMÁTICA.....	422
2.- SENTENCIAS SOBRE COMUNICACIONES:.....	422
2.1.- <i>Sentencia 73/1983, de 30 de julio</i>	422
2.2.- <i>Sentencia 183/1994, de 20 de junio</i>	423
2.3.- <i>Sentencia 197/1994, de 4 de julio</i>	423
2.4.- <i>Sentencia 200/1997, de 24 de noviembre</i>	424
2.5.- <i>Sentencia 141/1999, de 22 de julio</i>	425
3.- SENTENCIAS SOBRE COMUNICACIONES ESPECIALES O VIS A VIS.....	425
3.1.- <i>Sentencia 89/1987, de 3 de junio de 1987</i>	426
3.2.- <i>Sentencia 128/2013 de 3 de junio</i>	428
4.- SENTENCIAS SOBRE INTIMIDAD CORPORAL.....	431
4.1.- <i>Sentencia 120/1990, de 27 de junio</i>	431
4.2.- <i>Sentencia 137/1990, de 19 de julio</i>	436
4.3.- <i>Sentencia 57/1994, de 28 de febrero</i>	437
4.4.- <i>Sentencia 35/1996, de 11 de marzo</i>	443
4.5.- <i>Sentencia 204/2000, de 24 de julio</i>	445
4.6.- <i>Sentencia 218/2002, de 25 de noviembre</i>	446
4.7.- <i>Sentencia 196/2006, de 3 de julio</i>	447
4.8.- <i>Sentencia 171/2013 de 7 de octubre de 2013</i>	450
5.- SENTENCIAS SOBRE CELDA.....	451
5.1.- <i>Sentencia 195/1995, de 19 de diciembre</i>	451
5.2.- <i>Sentencia 89/2006, de 27 de marzo</i>	452
5.3.- <i>Sentencia 106/2012, de 21 de mayo</i>	461
6.- SENTENCIAS SOBRE INTIMIDAD FAMILIAR.....	464
Única.- <i>Sentencia 201/1997, de 25 de noviembre</i>	464

ABREVIATURAS

C.C.: Código civil

CE: Constitución española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

LOGP: Ley Orgánica Penitenciaria

RP: Reglamento penitenciario

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

“La vida privada íntima es como la atmósfera misma de la personalidad”

Luis Sánchez Agesta

I.- Hace ya más de un lustro, el profesor Reviriego Picón me propuso realizar mi tesis doctoral sobre los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial; una categoría doctrinal introducida en nuestro país a principios de la década de los sesenta¹ y que, como bien nos recuerda Díez-Picazo, no siempre resulta coherente con los postulados básicos del Estado democrático de derecho².

Con tal objeto me recomendó una amplia lectura de trabajos, algunos de carácter general sobre las relaciones de sujeción especial, otros de carácter específico sobre concretas relaciones y sus implicaciones, así, como una amplia relación de sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre las mismas.

Tras esta previa labor de desbrozo, terminé por decantarme por desarrollar un estudio sobre la intimidad de los reclusos en los centros penitenciarios. Una materia que ha sido objeto de escasa atención desde el Derecho constitucional, pues han sido pocos los autores que han tratado de acercarse a desgranar las consecuencias que, en ese mundo cerrado y habitualmente opaco que son los centros penitenciarios, conlleva la reclusión³. Quizá esa propia opacidad o la lejanía (y rechazo también) con que todavía son contemplados los centros

¹ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) .Las relaciones de especial sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública* nº 34-36 (11-51).

² Díez-Picazo, Luis María (2005) *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Cívitas, Madrid, pág. 231.

³ Podemos destacar los trabajos de Delgado del Rincón y Reviriego Picón; Delgado del Rincón, Luis E. (2006) Algunas consideraciones sobre la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. *Teoría y realidad constitucional* nº 18 (págs. 191-221); Reviriego Picón, Fernando (2006) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios. En Carrasco Durán, Manuel; Pérez Royo, Francisco Javier y Terol Becerra, Manuel José (Coords.) *Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Tomo I) (págs. 1595-1612) Navarra. Thomson-Aranzadi-.

penitenciarios se encuentren en el fondo de ese mínimo acercamiento. Y no sólo en el Derecho constitucional, sino en el ámbito más general del Derecho público, pues como bien nos recuerda Cámara Villar, el estudio de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones de sujeción especial ha brillado por su general ausencia⁴.

Esa elección estuvo motivada, en muy buena medida, por la lectura de una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se abordaba el denominado “principio celular”⁵. Una sentencia que resolvió un recurso de amparo interpuesto por un recluso que denunciaba la vulneración de su derecho a la intimidad consagrado, como es bien sabido, en el artículo 18 de nuestra norma suprema, al considerar que el Centro Penitenciario había infringido lo dispuesto en la normativa penitenciaria⁶, donde se prescribe con carácter general que los internos ocuparán celda o habitación individual.

El Tribunal en su argumentación rechazó de forma taxativa que pudiera hablarse de vulneración del derecho a la intimidad al señalar que un interno en un establecimiento penitenciario no ostenta ningún derecho a una celda individual, y aunque tanto la Ley Orgánica Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario

⁴ Cámara Villar, Gregorio (2001) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. (págs.17-139). Barcelona. Cedecs. pág. 119.

⁵ STC 195/1995, de 19 de diciembre.

⁶ El artículo 15 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, que era el vigente en la fecha de la sentencia, establecía que “los internos ocuparán habitación o celda individual en el departamento a que sean destinados, previa la clasificación que efectúen los equipos de observación o de tratamiento Cuando hayan de utilizarse habitaciones o dormitorios colectivos por insuficiencia temporal de alojamientos o por indicación del médico de los equipos de observación o tratamiento, se cuidará muy especialmente la selección de los internos que hayan de ocuparlos, atendiendo al informe de los mencionados equipos.

El Reglamento Penitenciario actualmente vigente, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, conserva en su artículo 13 el principio celular con la siguiente redacción: “1. El sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen.2. Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda.

establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual.

El Tribunal además incidía en la reducción que la intimidad sufre en el ámbito penitenciario y cómo esta reducción no puede ir más allá de lo que requiera una ordenada vida en prisión.

La negación de un derecho a la celda individual con tan endebles argumentos, llamó sobremanera mi atención.

No en vano viví durante seis años en una institución total, un monasterio, donde la celda era el espacio personal, el refugio que me salvaguardaba durante algunas horas de la intensidad de una vida continuamente expuesta a la mirada de los demás.

Mi experiencia personal condicionó, sin duda, dicha elección, y a partir de ese momento comencé un acercamiento a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la intimidad en el ámbito de la prisión, ese “mundo particular” que con maestría describiera Dostoievski en sus Memorias de la Casa Muerta reflejo de sus experiencias en prisión y que aparte de esa obra le permitió imaginar personajes como Dimitri Karamazov.

Fruto de mis primeras reflexiones fue el artículo “El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia constitucional” publicado en enero de 2011⁷

La doctrina del Alto Tribunal es clara y reiterada en las siguientes dos afirmaciones: primero, la calificación de la relación que se establece entre la persona privada de libertad y la Administración como de sujeción especial y segundo, la intimidad en la prisión es una intimidad reducida, una reducción por la que en ocasiones se llega a considerar lo íntimo como equivalente a la vida interior⁸.

⁷ Diego Arias, Juan Luis de (2011) El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho UNED*. nº 8 (págs. 85-105)

⁸ La sentencia 89/1987, de 3 de junio, primera de las que se pronuncia sobre intimidad en el ámbito penitenciario, dice literalmente en su fundamento jurídico 2 que: “Sin duda, una de las

Frente a esta conclusión reduccionista y negativa de la intimidad penitenciaria destaca, como expresión positiva del derecho a la intimidad, el principio celular que conlleva el alojamiento de los reclusos en celdas individuales.

La grave reducción de la intimidad que supone su equiparación a la vida interior nos llevó a formular las preguntas que son el origen de esta tesis doctoral: ¿Goza el condenado a prisión del derecho fundamental que le reconoce el artículo 25 CE? Y ¿En qué consiste la intimidad para una persona privada de libertad?

Como acabamos de adelantar, la primera aproximación al estudio de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sobre intimidad penitenciaria nos suscitó numerosas cuestiones que intentamos dejar plasmadas en nuestro artículo ya referido.

Necesitamos aclarar que si bien allí denominamos a las personas en prisión “personas privadas de libertad”, aquí hemos optado por designarlas “personas reclusas”, en un intento de especificar más la situación de estas personas que viven internas en un centro penitenciario.

Hemos rechazado deliberadamente nombrarlas por el adjetivo de “presas”, “reclusas”, “penadas” o “presidarias”, sino que en virtud de la dignidad del ser humano hemos optado por el sustantivo “personas”, al que hemos añadido el adjetivo “reclusas” para expresar la situación de hallarse en prisión.

Para ser plenamente sinceros debemos decir que la palabra reclusa tampoco era de nuestro total agrado pero éste ha quedado mitigado al recordar que la reclusión fue un género de vida religiosa muy frecuente desde la paz constantiniana hasta la Edad Media, que consistía en la vida solitaria en estricta clausura perpetua, una expresión de vida monástica para la que San Elredo de Rieval, uno de los padres cistercienses de la primera hora, llegó a escribir una regla⁹.

consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior”.

⁹ San Elredo de Rieval (original 1160-1162, 1980) *Cuando Jesús tenía doce años. Vida reclusa. Oración pastoral*. Buenos Aires. Monasterio Trapense de Azul. Editorial Claretiana.

Mi propia experiencia personal volvía de nuevo a incidir de nuevo en los preámbulos de un trabajo que poco a poco comenzaba a coger forma en mi cabeza, en los escasos momentos en que mi trabajo fuera de la Universidad me lo permitía.

Los temas que llamaron nuestra atención tras la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la intimidad de las personas en prisión, fueron varios.

En primer lugar, la gran extrañeza que nos causaron las conclusiones sobre la sexualidad, en las que el tribunal afirmó que el mantenimiento de relaciones sexuales no formaba parte del contenido de ningún derecho fundamental por ser una manifestación de la libertad a secas; así como que la abstinencia sexual resultado de la privación legal de libertad no pondría en peligro la integridad física o moral del abstinente, especialmente al tratarse de una abstinencia meramente temporal o que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica tampoco en modo alguno la sumisión a un trato inhumano o degradante y que la privación de libertad es sin duda un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual.

También la aparente contradicción entre afirmaciones como aquella en la que el Tribunal señala que lo que el Derecho protege es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres y que es indudable que muchos de los derechos fundamentales y libertades públicas tutelables en amparo son proyecciones del valor libertad, pero sólo estas proyecciones concretas crean derechos amparables en esta vía procesal.

De igual forma la valoración del sentimiento del pudor personal en referencia a criterios objetivos, estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad” y conforme a ellos no son intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realiza no constituyen violación del pudor o recato de la persona.

O el reconocimiento de que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para el desarrollo de la vida privada,

siendo preciso preservar un área de intimidad de cara al mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también de debe servir la pena.

Y, por último, la reflexión que nos encuadra la íntima relación que existe entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento¹⁰.

De todo lo anterior sacamos la conclusión de que todas las sentencias estudiadas, salvo una, tenían como objeto la intimidad en sentido negativo, es decir actuaciones que supuestamente atentan contra el derecho de la intimidad.

Estos presuntos atentados consistieron en denegación o intervención de comunicaciones, manipulación corporal con motivo de asistencia médica, cacheos con desnudo integral y registro en celda.

Sólo una de ellas tuvo por objeto la intimidad en sentido positivo, donde un interno alegó su derecho a habitación o celda individual.

Por último en la jurisprudencia estudiada aparecía el concepto de intimidad que utiliza el Tribunal Constitucional y que se corresponde con la existencia de “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana»¹¹.

II.- El concepto de intimidad, que acabamos de transcribir, nos suscitó la cuestión de si se trataba de un concepto originalmente jurídico, o por si el contrario bebía de otras fuentes distintas al Derecho.

Esta fue la motivación que dio lugar a nuestro Capítulo Primero, en el que pretendimos realizar una aproximación pluridisciplinar al concepto de intimidad. Para nuestra investigación recurrimos a la Filosofía, a la Psicología y a la

¹⁰ SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5, 89/2006, de 27 de marzo, FFJJ 2, 5 y 6.

¹¹ SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ5, y 218/2002, de 25 de noviembre, FJ4.

Sociología, al objeto de conocer qué concepción o concepciones de intimidad esgrimen estas áreas de conocimiento.

La reflexión filosófica no es pródiga en obras monográficas sobre la intimidad, entre las mismas se encuentran los ensayos de Pardo Torío y de Martí García¹²-las cuales hemos estudiado junto con las consideraciones que sobre la intimidad, ha realizado filósofos españoles como Unamuno, Ortega y Gasset, Laín Entralgo y Ferrater Mora, entre otros¹³.

Para la dimensión psicológica recurrimos al área de la Psicología social que se ocupa de la articulación entre los procesos psicológicos y sociales, así como de la mutua determinación entre ambos, esto es, de cómo los procesos psicológicos determinan la actividad social y los cambios sociales y, al mismo tiempo, de cómo el contexto social influye en distintos aspectos del funcionamiento psicológico. Entre los distintos autores estudiados, destacamos a Altman, auténtico referente en el análisis psicológico de la intimidad.

Por último para la concepción sociológica partimos del pensamiento de Locke, Stuart Mill, Constant y Berlin¹⁴, precursores de la idea de privacidad y contamos con la gran obra de Ariès y Duby "Historia de la vida privada"¹⁵, así como con la monografía de Béjar Merino "El ámbito íntimo"¹⁶.

III.- El estudio de las concepciones filosófica, psicológica y sociológica de la intimidad, nos condujeron a una dimensión profunda de la intimidad. Una realidad humana que participa tanto del instinto animal (espacio personal y territorialidad)

¹² Pardo Torío (1996) *La intimidad*. Valencia. Pre-Textos; Martí García (2007) *La intimidad. Conocer y amar la propia riqueza interior*. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias

¹³ Unamuno, Miguel de (1986. Original 1913) *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid. Alianza Editorial; Ortega Y Gasset, José. (1972). *El hombre y la gente*. Madrid. Espasa-Calpe; Laín Entralgo, Pedro (1985) *La intimidad del hombre*. En *Homenaje a José Antonio Maravall*. (págs. 377-392). Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas.

¹⁴ Locke, John (1990. Original 1690) *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid. Aguilar; Mill, John Stuart (1975). *Ensayo sobre la libertad*. Barcelona. Vosgos; Constant, Benjamin (1989) *Escritos Políticos*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales; Berlin, Isaiah (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid. Alianza Editorial.

¹⁵ Ariès, Philippe y Duby, Georges (1988) *Historia de la vida privada*. Madrid. Taurus.

¹⁶ Béjar Merino, Helena (1988) *El ámbito íntimo (Privacidad, individualismo y modernidad)* Madrid. Alianza Editorial.

como de la racionalidad y/o espiritualidad propia de la persona que le capacita para tener conciencia.

Lo anterior creó en nosotros la necesidad de averiguar cómo esta realidad humana se expresó y se manifestó en el Derecho a través de los tiempos, y como en un momento histórico determinado se concretó en la necesidad de un espacio privado frente a un espacio público.

Estos son los antecedentes que dieron lugar al Capítulo Segundo “La historia de la intimidad como derecho fundamental”, donde hemos intentado rastrear en la historia para detectar la presencia de manifestaciones de la intimidad, que hayan sido objeto de protección jurídica antes de la formulación expresa de la intimidad como derecho específico.

Nuestra investigación tuvo como punto de partida el derecho medieval, pues en el mismo se encuentran las raíces que permitieron a Warren y Brandeis a formular el derecho específico de intimidad. Así es, en el *Common Law* la libertad y la propiedad no sólo ostentan una naturaleza patrimonial, sino que se pueden concebir como señorío de la persona sobre sí mismo, su espacio y su información. Y todo ello unido a una concepción de la libertad en clave espiritual que permite entenderla como derecho a ser feliz.

A través de la historia y desde el Medievo, el espacio íntimo, la conciencia y el control de información han encontrado expresión y protección jurídicas, hasta culminar en la formulación expresa del derecho de intimidad como compendio de todas sus dimensiones.

IV.- Como hemos dejado dicho, en la jurisprudencia constitucional sobre intimidad penitenciaria se recoge el concepto de intimidad que más utiliza el Alto Tribunal: “el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana”. Una definición en la que no es difícil reconocer su gran similitud con la concepción sociológica de la intimidad que es “la esfera privada de cada individuo, que, como ámbito de libertad, es reconocida socialmente y garantizada por el Derecho”.

Asimismo las referidas sentencias del Tribunal Constitucional inciden en la idea de que la intimidad en la prisión es una intimidad reducida, una reducción por la que en ocasiones se llega a considerar lo íntimo como equivalente a la vida interior. “Vida interior” que no puede encontrar otro acomodo que en la conciencia o concepción filosófica de la intimidad.

Lo anterior nos llevó a preguntarnos si la concepción psicológica de la intimidad, el control del acceso a la información y al contacto físico sobre uno mismo, está presente en la jurisprudencia constitucional. Pregunta que nos condujo al examen de la misma, extendiendo nuestro objeto de estudio desde la intimidad penitenciaria a la intimidad en general.

A fin de realizar esta labor seleccionamos un centenar largo de sentencias del Alto Tribunal que habían tenido como objeto el derecho de intimidad. Para nuestra tarea partimos del marco conceptual multidisciplinar aproximativo al fenómeno de la intimidad elaborado en el Capítulo Primero y del recorrido histórico por los antecedentes, génesis y evolución del derecho de intimidad efectuado en el Capítulo Segundo.

Con estas dos herramientas, visión conceptual y panorámica histórica, analizamos en el Capítulo Tercero la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en aras de averiguar que concepción, o mejor, que concepciones de intimidad ha utilizado y utiliza el Alto Tribunal.

Fue una ardua tarea pues al elevado número de sentencias se unió la dificultad de su lectura, dada la compleja redacción que muchas veces utiliza no ya el Alto Tribunal sino la mayoría de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido Pérez Serrano decía hace ya casi setenta años que “el estilo ha de ser galano, claro y preciso en las formulaciones” y que “nada tan horrible como el estilo pedregoso o la sintaxis descoyuntada y torturante de tantos y tantos escritos forenses o fallos judiciales o textos legislativos”¹⁷.

¹⁷ Pérez Serrano, Nicolás (1947) *El discurso de las leyes*. Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid. En Sosa Wagner, Francisco (2009) *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*. Madrid. Fundación Alfonso Martín Escudero. Marcial Pons. pág. 159

Más recientemente García-Escudero Márquez¹⁸ ha reclamado un lenguaje que tenga en cuenta al otro, pues la alteridad es un criterio distintivo del fenómeno jurídico, y para tratar con ese otro, se necesita una buena redacción y un lenguaje inteligible.

La primera cuestión que nos planteamos en este estudio jurisprudencial fue saber si el Tribunal Constitucional utiliza, de modo expreso, alguna concepción de intimidad. Una vez hallado el concepto jurisprudencial del derecho de intimidad, analizamos el propio concepto y uno de sus elementos esenciales, que es el ámbito propio y reservado; pues este ámbito íntimo será descrito y delimitado por el Tribunal Constitucional a lo largo de sus sentencias.

Posteriormente examinamos las dimensiones de la intimidad que el Tribunal ha ido incluyendo en el ámbito de la intimidad.

Nuestro recorrido jurisprudencial por el ámbito de la intimidad, lo hicimos desde dentro hacia fuera; es decir, partiendo y contemplando al individuo, a la persona, desde su interior hacia el exterior. De esta manera la primera dimensión de la intimidad investigada será la propia conciencia, a continuación, las dimensiones corporales, el espacio físico, los medios de comunicación y de expresión, las relaciones sociales: familiares, laborales, etc.; los datos y la información sobre la persona y por último aquéllos datos excluidos del ámbito íntimo.

V.- Con el marco teórico conceptual de la intimidad unido a las expresiones histórico-jurídicas de la misma y a las dimensiones que nuestro Alto Tribunal ha ido descubriendo en el ámbito íntimo, abordamos de nuevo el estudio de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de intimidad en las prisiones, una de las intimidades que hemos calificado de “especial” dada la reducción que sufre su ámbito. Y decimos “de nuevo” porque después de la información obtenida en los Capítulos Primero, Segundo y Tercero, el estudio realizado en

¹⁸García-Escudero Márquez, Piedad (2010) Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes? Navarra. Cívitas. Thomson Reuters págs. 73 y 74.

nuestro artículo ya citado, quedó convertido en tan sólo una primera aproximación a la referida doctrina jurisprudencial

Casi una veintena han sido las sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha acercado a alguna de las dimensiones del derecho a la intimidad de las personas internas en los centros penitenciarios.

Son muchos y variados los aspectos del derecho de intimidad que han sido objeto de estas sentencias. En un anexo a este estudio hacemos una detallada descripción de todas y cada una de las mismas. Allí se han ordenado siguiendo un criterio temático combinado con otro cronológico. De esta manera se han agrupado bajo los siguientes cinco títulos: comunicaciones, comunicaciones especiales, intimidad corporal, celda e intimidad familiar. El orden de prelación de cada grupo y de las sentencias de cada una de ellos es el cronológico.

El estudio de estas sentencias nos ha permitido identificar las características de la intimidad en el ámbito penitenciario y su reflejo en la doctrina constitucional.

El resultado de nuestra investigación se ha dividido en dos partes. Siendo la primera “la doctrina del juzgador constitucional, respecto de las razones de las limitaciones del derecho de intimidad en el ámbito penitenciario y los requisitos que deben cumplir las mismas”, y la segunda “el análisis de la aplicación de dicha doctrina a los supuestos concretos”. Las cuales se han desarrollado en los Capítulos Cuarto y Quinto, respectivamente.

VI.- En el Capítulo Cuarto intitulado “La jurisprudencia constitucional sobre intimidad penitenciaria I: una intimidad limitada” se estudia la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de las razones y requisitos de las limitaciones del derecho de intimidad en el ámbito penitenciario.

Estas limitaciones devienen según el Alto Tribunal de la naturaleza especial de la relación de sujeción que ostenta la relación penitenciaria. Por otro lado las limitaciones del derecho de intimidad en la prisión deben de cumplir ciertos requisitos, comunes a toda limitación de derechos fundamentales, que son el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial.

Las relaciones de sujeción especial constituyen una categoría jurídica polémica, objeto de un gran debate doctrinal entre los autores que se sitúan a favor y los que se posicionan en contra de esta figura.

Todos los autores que estudian el Derecho Penitenciario se pronuncian sobre las relaciones de sujeción especial. Nosotros, aparte de haber tenido en cuenta las opiniones de un buen número de ellos, también hemos considerado las reflexiones aportadas por la doctrina constitucionalista y nos hemos detenido particularmente en tres obras monográficas sobre esta categoría jurídica. Son estas, los trabajos de García Macho¹⁹, Lasagabaster Herrarte²⁰, y López Benítez²¹.

Nuestro estudio ha tenido por objeto el origen histórico de las relaciones de sujeción especial, su evolución y cuestionamiento en Alemania, nación que las vio nacer; su recepción en España²², su utilización por la jurisprudencia de nuestro país, las distintas elaboraciones doctrinales de su concepto y los graves problemas que su uso plantea. Por último manifestamos nuestra postura respecto de la conveniencia o no de su utilización.

VII.- En el segundo gran apartado del Capítulo Cuarto estudiamos los requisitos de las limitaciones al derecho de intimidad en el ámbito penitenciario que son el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial.

De las sentencias del Tribunal Constitucional sobre intimidad penitenciaria, más de la mitad hacen referencia y aplican el principio de proporcionalidad; además, algunas de ellas aluden al concepto de contenido esencial de los derechos.

¹⁹ García Macho, Ricardo (1992) *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid. Tecnos.

²⁰ Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid. Cívitas.

²¹ López Benítez Mariano (1994) *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas

²² Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) .Las relaciones de especial sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública* nº 34-36 (11-51).

Respecto de estas dos trascendentales cuestiones, principio de proporcionalidad y contenido esencial, hemos considerado la doctrina que el Alto Tribunal establece en dichas resoluciones.

El presupuesto del que se parte es la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales; pues ninguno de ellos es absoluto sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes.

Por su parte la expresión “contenido esencial” aparece recogida en el artículo 53.1 CE., donde después de declarar que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, establece que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

La observancia del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial cuando la limitación del derecho fundamental de intimidad se hace imprescindible es de suma importancia, de ahí que nos detengamos en el estudio de estos dos principios.

VIII.- Una vez estudiada la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de las razones y requisitos de las limitaciones del derecho de intimidad en el ámbito penitenciario; analizamos en el Capítulo Quinto, la aplicación de dicha doctrina a los supuestos concretos.

Nuestro estudio se divide en tres grandes apartados. En el primero se examinan las sentencias en que la intimidad resulta afectada; en el segundo, las resoluciones donde la intimidad es reconocida; en el tercero, las sentencias que niegan el carácter de derecho a manifestaciones de la intimidad. De ahí que el título de este Capítulo Quinto sea “La jurisprudencia constitucional sobre intimidad penitenciaria II: la intimidad afectada, la intimidad reconocida y la intimidad negada”.

IX.- Bajo el apartado del Capítulo Quinto denominado “La afectación de la intimidad: los cacheos y registros” hemos estudiado una decena de sentencias

del Tribunal Constitucional. El criterio de agrupación de las mismas obedeció a que en los supuestos de hecho de todas estas resoluciones, la intimidad había resultado afectada o muy afectada.

Dentro de estas sentencias, ocho versan sobre intimidad personal y dos sobre intimidad espacial, al tener estas últimas, como hechos sendos registros de celda.

De las resoluciones sobre intimidad personal hemos distinguido la sentencia 35/1996, de 11 de marzo, llamada de “los rayos X”, de las otras siete que tratan de la intimidad corporal.

Por último, de entre las siete resoluciones de intimidad corporal, hemos diferenciado la 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990, de 19 de julio, conocidas como “huelga de hambre”, por ofrecer características especiales que, a nuestro juicio, les hace merecedoras de un tratamiento diferenciado.

Por tanto, el derecho de intimidad en sus dimensiones corporal, personal y espacial, según las hemos definido en el Capítulo Tercero, y por este orden, ha guiado el análisis de las referidas sentencias.

X- En el apartado 3 del Capítulo Quinto que hemos titulado “La intimidad reconocida. Los espacios y los ámbitos de intimidad: comunicaciones genéricas, comunicaciones vis a vis, la celda y la intimidad familiar”, afrontamos el estudio del derecho de intimidad deteniendo nuestra mirada en su dimensión positiva, en la intimidad como ámbito para tener, expresar, crear y desarrollar intimidad.

A este fin abordamos las sentencias que contemplan la intimidad como ámbito positivo, donde la persona, en este caso el interno, puede disfrutar de la misma. Esta intimidad se desarrolla, por tanto, en una dimensión espacio-temporal. Puede ser un espacio permanente en el que durante unas horas al día, el recluso puede tener intimidad consigo mismo, es el caso de la celda. Pueden ser espacios no permanentes, que se habilitan con una frecuencia más o menos regular, para, durante un tiempo limitado, compartir intimidad con otras personas, es el supuesto de las comunicaciones tanto genéricas como vis a vis. Por último,

el ámbito puede estar constituido por tiempos durante los cuales el recluso mantiene comunicaciones en las que desarrolla la intimidad familiar.

XI.- Bajo el título “La intimidad negada” agrupamos en el Capítulo Quinto las sentencias del Tribunal Constitucional que niegan la existencia de derecho ante peticiones que contienen claras manifestaciones de la intimidad, como son las visitas denominadas íntimas y la celda individual.

La sentencia 89/1987, de 3 de junio llamada de “la visita íntima” tiene especial relevancia para el objeto de nuestro estudio, por ser la primera en incluir la sexualidad en el ámbito constitucional de la intimidad. Desde este punto de vista, las comunicaciones íntimas habilitan un ámbito espacio-temporal de intimidad para las personas presas.

Por su parte, la sentencia 128/2013, de 3 de junio, denominada de “visita familiar” al enjuiciar constitucionalmente las comunicaciones íntimas de los presos, y a pesar de haber transcurrido más de veinticinco, reitera la fundamentación argüida en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, que acabamos de citar. Sin embargo, se comprueba una evolución de la doctrina constitucional respecto de dicha sentencia.

La última cuestión estudiada en “la intimidad negada” es la celda como ámbito íntimo, respecto de la cual, la sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, conocida como “del principio celular”, afirma que un interno en un establecimiento penitenciario no ostenta ningún derecho a una celda individual, pues ni la legislación penitenciaria consagra un derecho subjetivo a habitación o celda individual ni del artículo 18.1 CE. puede extraerse tal derecho.

XII.- En el Sexto y último Capítulo hemos tratado de hallar y formular un concepto de derecho de intimidad, específico para las personas que están en prisión. Un concepto que pretende ser la expresión de la intimidad que resulta posible en el ámbito penitenciario.

Nuestro estudio ha partido de la descripción que el Tribunal Constitucional hace de la intimidad penitenciaria, calificándola de reducida y equiparándola a la vida interior.

Después hemos utilizado el concepto expreso de intimidad que utiliza el Alto Tribunal, que se corresponde con el conocido “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”, para averiguar cuál puede ser ese ámbito en la prisión, teniendo en cuenta las dimensiones que el Juzgador constitucional ha ido incorporando al ámbito de la intimidad genérica.

A estos efectos hemos estudiado la legislación penitenciaria, así como sus interpretaciones jurisprudencial y doctrinal de la misma.

Todo lo anterior, consideramos que nos ha facilitado un método adecuado para identificar la esencia del derecho de intimidad y aplicarlo al concreto ámbito de la prisión, donde, sin duda, se encuentra intensamente afectado dicho derecho por la propia reclusión per se, mas, asimismo, en ocasiones, por decisiones de la propia Administración penitenciaria que, con un poco de reorientación, podrían reconfigurar de una forma mucha más respetuosa para el mismo.

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN PLURIDISCIPLINAR AL CONCEPTO DE INTIMIDAD

1.-INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN

Nuestro estudio tiene por objeto el derecho fundamental de intimidad de las personas en prisión.

Un tema aparentemente concreto pero que esconde una realidad poliédrica de gran complejidad, no en vano, la intimidad es una realidad humana preexistente al Derecho, y éste, como creación humana tendente a la organización de la vida social, utiliza conceptos que son objeto de reflexión y estudio por parte de otras disciplinas no jurídicas.

Nuestro primer paso, para tratar de desbrozar algún camino que permita clarificar esta cuestión, partirá de una necesaria aproximación al concepto de intimidad que desarrollaremos prima facie desde tres disciplinas distintas al Derecho; en concreto la Filosofía, la Psicología y la Sociología. Y consideramos oportuno hacerlo en este orden, pues, dadas las concepciones de intimidad que esgrimen estas áreas de conocimiento, iremos contemplando la intimidad desde su dimensión más interna hasta sus manifestaciones externas.

Como tendremos ocasión de ver, mientras que la Filosofía sitúa la intimidad en el fuero interno de la persona, la Psicología estudia la conducta y los procesos mentales del individuo, y la Sociología tiene por objeto los fenómenos colectivos en sus contextos históricos y culturales.

2.- PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Partiremos ahora de una escueta precisión terminológica: Intimidad se define, según la Real Academia Española, como “amistad íntima” y “zona

espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”²³.

Etimológicamente, “intimidad” procede del latín *intímus*, a, um, adjetivo supino del inusitado “*interus*” (interior, interno); “que está muy adentro, en lo más profundo, muy interior, en lo más hondo”²⁴.

Para referirse a la intimidad, tanto la Sociología como la Psicología utilizan la palabra inglesa “*privacy*”. En España este término se ha traducido apresuradamente con el neologismo “privacidad”.

En castellano, esta palabra, privacidad, se define por la Real Academia como “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”; y procede del latín *privatus*, a, um (de *privus*), adjetivo que significa privado, particular, peculiar, propio, individual. El adverbio *privato* (de *privatus*) significa “en casa propia, en su propio domicilio, en sus aposentos”²⁵.

De forma general, los sociólogos y psicólogos utilizan indistintamente las palabras “privacidad” e “intimidad” para referirse al concepto de “*privacy*”.

En Filosofía, en cambio, las palabras “intimidad” y “privacidad” no son sinónimas.

En definitiva y de forma muy sintética, cabe apuntar, como primera aproximación, que la anglosajona “*privacy*” y nuestras “privacidad” e “intimidad”, hacen referencia tanto a una noción espacial, bien física, bien simbólica.

²³Diccionario de la lengua española (2001). Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

²⁴ Blánquez Fraile, Agustín (1985). *Diccionario latino-español, español-latino*. Barcelona. Ramón Sopena.

²⁵ *Ibídem*

3.- EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE INTIMIDAD

3.1.- La conciencia o consciencia

Laín Entralgo, partiendo de la pregunta, de indudable complejidad de “¿qué es la intimidad del hombre que trato y cómo puedo conocerla, si por ventura es posible tal conocimiento?”, responde que la intimidad es “el peculiar modo de ser de los actos en los que y con los que mi vida llega a ser real y verdaderamente «mía»”²⁶.

Al glosar esta definición, Carpintero considera que para Laín Entralgo, la intimidad sería “la estructura propia y caracterizadora del hombre en cuanto persona” y junto a ello y con ello “la dimensión personificadora de mi realidad”²⁷.

Definición y glosa resultan abstractas y de difícil aprehensión, pues como dice González Gaitano, la intimidad “es una realidad difícil de definir pero de una clara percepción intuitiva”²⁸.

Es la intuición la que percibe la intimidad como una realidad inmaterial situada en el núcleo de la persona humana. Hablar de intimidad es hablar de interioridad, de espacios interiores. En sintonía con su etimología, tal y como acabamos de ver, se dice de algo que es “íntimo” cuando es “muy interior”²⁹.

Simbólicamente la intimidad se concibe como el recinto secreto de nuestra vida anímica, “la cámara que alberga lo más recoleto y escondido de cada uno de nosotros”. En esa bodega interior habita la “«esfera de lo-mío»: mis creencias y mis dudas, mis saberes y mis ignorancias, mis amores y mis odios, mis esperanzas y mis desesperaciones, mis gozos y mis tristezas”³⁰.

²⁶Laín Entralgo, Pedro (1985) La intimidad del hombre. En *Homenaje a José Antonio Maravall*. (págs. 377-392). Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas. págs. 2 y 3.

²⁷Carpintero, Helio (1992) La estructura de la intimidad. *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura* nº 143 (págs.562-563) pág. 139

²⁸ González Gaitano, Norberto (1990) *El deber de respeto a la intimidad. Información pública y relación social*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. pág. 19

²⁹ Ferrater Mora, José (1994) *Diccionario de Filosofía*. Barcelona. Ariel. págs. 1892 y ss.

³⁰ Laín Entralgo, Pedro (1985), op.cit. pág. 2

En definitiva, y como dice Martí García, el conjunto de las vivencias personales “cuyo perímetro gira en torno al ámbito más nuclear del yo personal”³¹.

Ese núcleo personal es lo que nos permite hablar de la propia identidad, del propio ser, de un “yo mismo” o un “sí mismo” “que permanece siempre”³².

El acceso de la persona a su propio mundo interior es posible gracias a la consciencia³³. La consciencia o conciencia que, siguiendo una vez más el Diccionario de la Real Academia, es el “conocimiento inmediato que el sujeto tiene de sí mismo, de sus actos y reflexiones”, y también “capacidad de los seres humanos de verse y reconocerse a sí mismos y de juzgar sobre esa visión y reconocimiento”.

La consciencia o conciencia que la persona tiene de su propia identidad, de sí misma, es la concepción filosófica de la intimidad. En palabras de Martí García “la esfera de la intimidad del propio yo consigo mismo”³⁴, es decir, la conciencia que el hombre tiene de sí mismo, lo que sabe y hace de sí mismo, pues toda la ciencia que podemos alcanzar de nuestra sustancial intimidad está ligada a la conciencia que tenemos de ella³⁵.

Desde la Filosofía se nos define la intimidad como la capacidad de la persona para sentir su propia vida; capacidad de la que no puede desprenderse sin desprenderse a sí mismo. El hombre siente sus emociones, las oye sonar en su interior; a través de ellas, el hombre se siente vivir, experimenta la vida como vivida precisamente por él³⁶.

³¹ Martí García, Miguel Ángel (2007) *La intimidad. Conocer y amar la propia riqueza interior*. Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias. pág. 19

³² González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. págs.50 y 51.

³³ En este sentido González Gaitano llama la atención al respecto de que la intimidad está vinculada al conocimiento, “lo cual se manifiesta ejemplarmente en la experiencia de la embriaguez: no deja de ser curioso que, a la pérdida de conciencia propia de ese estado, le sucede o le acompañe simultáneamente la desinhibición de la intimidad”. *Ibidem* pág.53.

³⁴ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. pág.20

³⁵ González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. pág. 52

³⁶ Pardo, José Luis (1996) *La intimidad*. Valencia. Pre-Textos. págs. 42 y 43

La propia conciencia es lo único que sentimos por dentro y en el que sentirse, según Unamuno, se identifica con “serse”³⁷.

Esta idea unamuniana es resaltada por Pedro García Pérez³⁸ : gracias a la conciencia el hombre se sabe y se siente existente. “Por ser concientes nos sentimos existir, que es muy otra cosa que saberse existentes”. Lo “conciente” no sólo es “se es”. “Hay un espíritu que lucha por conocerse, por cobrar conciencia de sí, por serse –pues serse es conocerse”.

La facultad de la consciencia es propia del hombre en cuanto ser racional, la cual le permite ser objeto de estudio para sí mismo. Sin embargo el nivel de consciencia no es igual para todas las personas. El conocimiento del propio mundo interior, y por ende de la propia intimidad, es muy diverso; depende del grado de introspección alcanzado por la persona. Como dice Rebollo Delgado, cuanto más se penetra en la propia intimidad, cuanto más consciencia se tiene de ella, tomando postura frente a sí mismo, “el hombre realiza su ser personal con mayor poder y sentido”³⁹.

El conocimiento de la propia intimidad no es una tarea fácil, pues tiene como objeto una realidad carente de dimensión física. Adentrarse en el propio mundo interior requiere inteligencia y sensibilidad, “supone el desarrollo de una analítica existencial cuyo contorno se dibuja alrededor del ámbito más nuclear del yo personal”⁴⁰.

La intimidad no es posible sin “recogimiento”, “regreso a sí mismo”, “conciencia de sí mismo”, “ensimismamiento”⁴¹.

Como dice Ortega y Gasset, “el hombre puede, de cuando en cuando, suspender su ocupación directa de las cosas, desasirse de su derredor, desentenderse de

³⁷ Unamuno, Miguel de (1986. Original 1913) *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid. Alianza Editorial. págs. 146 y 200.

³⁸ García Pérez, Pedro (1994) El serse en la historia: Historia e intrahistoria en Unamuno. *Sancho el sabio. Revista de cultura e investigación vasca*, nº 4 (págs. 17-50) pág. 22

³⁹ Rebollo Delgado, Lucrecio (2005) *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid. Dykinson. pág.39

⁴⁰ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. pág.19

⁴¹ Ferrater Mora, José (1994) op.cit.

él, y sometiendo su facultad de atender a una torsión radical –incomprensible zoológicamente-, volverse, por decirlo así, de espaldas al mundo y meterse dentro de sí, atender a su propia intimidad o, lo que es igual, ocuparse de sí mismo y no de lo otro, de las cosas..., o dicho con un espléndido vocablo que sólo existe en nuestro idioma: que el hombre puede ensimismarse”⁴².

La dedicación al propio mundo interior también exige estudiar y pensar. El estudio y el pensamiento llevan a la observación, al análisis y a la reflexión; actividades que hacen que lo estudiado sea integrado como cultura, que es el instrumento necesario para interpretarnos tanto a nosotros como a la realidad que nos rodea.

Todas las actividades referidas requieren “al menos de vez en cuando, la soledad acompañada de silencio, y desde ahí enfrentarse con sí mismo serenamente, para poner claridad en el interior”⁴³.

En palabras de Laín Entralgo, hay momentos en que, aliada a tal o cual vicisitud de mi vida, la soledad me incita o me fuerza a volver mi mirada sobre mí mismo y a escudriñar quién soy, qué soy y cómo soy; a conocer por mí mismo mi propia intimidad⁴⁴.

En la esfera de intimidad del propio yo consigo mismo se halla la verdad acerca de su ser; lo que hace posible el reconocimiento de la propia dignidad y ese tenerse a sí mismo que es tener intimidad⁴⁵.

El hombre tiene siempre posibilidad de contrastarse consigo mismo y establecer la medida exacta de su “valor de verdad” en cada momento de su vida. Lo que el hombre íntima y auténticamente crea será lo que constituya su verdad esencial⁴⁶.

⁴² Ortega y Gasset, José (1972) *El hombre y la gente*. Madrid. Espasa-Calpe. pág. 22

⁴³ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. págs. 56 y 58

⁴⁴ Laín Entralgo, Pedro (1985) op.cit. pág. 2

⁴⁵ Pardo, José Luis (1996) op.cit pág. 44

⁴⁶ ibídem 132

Sólo desde el autoconocimiento se podrá hacer de la vida un proyecto fiel a la propia identificación. Será entonces cuando se dé con normalidad esa coincidencia consigo mismo⁴⁷.

3.2.- La intimidad como ámbito de libertad y responsabilidad

La intimidad o conciencia del propio yo, hace posible que la persona pueda tomar decisiones de forma voluntaria y libre, pues la libertad construye la intimidad y refuerza, aún más, define la individualidad de la persona⁴⁸.

La conciencia o intimidad dota de finalidad a aquellos seres que sean conscientes. Sin conciencia no puede haber finalidad pues “conciencia y finalidad son la misma cosa en el fondo”⁴⁹.

De la intimidad, como un punto a la vez central y profundo de nuestra conciencia –y de nuestra subconciencia- brotan, a guisa de surtidor, nuestras acciones más personales. La intimidad es, entonces, “el centro emergente de nuestra vida en acto”⁵⁰.

Las decisiones así tomadas hacen que las acciones derivadas de las mismas sean también libres. Al tener intimidad la persona se tiene a sí misma y en consecuencia se hace responsable de sus actos y de sus efectos.

La intimidad o fuero interno constituye un ámbito de la vida en que al hombre le es dado existir sui iuris, conforme a su propio derecho, según su propio “fuero”. Es “el ámbito de la acción en el cual él es verdaderamente libre, y por tanto últimamente responsable”⁵¹.

Ser en intimidad es ser en libertad. Para fundamentar esta afirmación González Gaitano pone el siguiente ejemplo de especial interés para nuestro estudio “se

⁴⁷ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit .pág.32

⁴⁸ González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. pág. 63

⁴⁹Unamuno, Miguel de (1986. Original 1913) op.cit.pág.30

⁵⁰ Laín Entralgo, Pedro (1985) op.cit. pág. 2

⁵¹Ibídem. pág. 3

puede privar a alguien de su vida privada –un recluso, por ejemplo- pero nunca se le puede privar absolutamente de su intimidad”⁵².

Asumir las propias decisiones, significa situarse en un plano de coincidencia entre el yo y la acción, en donde el sujeto se reconoce a sí mismo a través de la acción. En la coincidencia consigo mismo, el yo se hace consciente de que su pensamiento y su acción constituyen una unidad y que su voluntad ratifica dicha unidad mediante su adhesión. La persona sabe que es el protagonista de su vida y como tal la vive⁵³; o de nuevo con palabras de Laín Entralgo “como el peculiar modo de ser de los actos en los que y con los que mi vida llega a ser real y verdaderamente «mía»⁵⁴.

El hombre, además, tiene conciencia moral, es decir, tiene conocimiento de la adecuación del acto con la dignidad de su propia condición de persona humana. Ese juicio moral de nuestros actos no sólo se opera en nuestra intimidad, sino que revela nuestra radical intimidad. “Por ello puede llamarse a la conciencia “santuario de la intimidad”, “la conciencia expresa y refuerza la singularidad personal humana”⁵⁵.

Quien quiera aceptarse como persona, ha de aceptar las exigencias que el ser persona lleva consigo, y la más exigente es atender la propia voz de la conciencia, que “emite juicios implacables”⁵⁶.

3.3.- Intimidad y privacidad

Decíamos más arriba que para la Filosofía, las palabras “intimidad” y “privacidad” no son sinónimas.

⁵² González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. pág. 63

⁵³ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. págs. 26 y 27

⁵⁴ Laín Entralgo, Pedro (1985) op.cit.pág.3

⁵⁵ González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. págs. 63 y 64

⁵⁶ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. pág. 74

Pardo Torío⁵⁷ sostiene que hoy día la Sociología, la Psicología, la Ética y el Derecho, incurren en el error de confundir intimidad con privacidad o mejor dicho llaman intimidad a lo que sólo es privacidad.

No es exactamente así, por lo menos en el Derecho, donde González Gaitano⁵⁸ distingue intimidad y vida privada; aunque reconoce que la mayor parte de la literatura jurídica, con contadas excepciones, usa dichos términos como sinónimos.

Algún autor, incluso, llega a sostener que la tipificación del derecho fundamental en el caso de la intimidad “es claramente errónea ya que la intimidad –la de cada uno- no es asunto del Derecho”⁵⁹.

La intimidad es algo más que la privacidad, aunque la contiene. Tanto la intimidad como la vida privada están reservadas al conocimiento ajeno. Pero la sustantividad de la intimidad no consiste en su ausencia de difusión sino, como acabamos de ver, en ser interioridad.

García Morente compara la vida privada a un cono, en donde la superficie de la base está en contacto con el mundo de las relaciones públicas; a medida que se aleja de la base y se acerca al vértice, el volumen del cono se reduce y se aleja de la publicidad hasta llegar al vértice, donde “la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso”⁶⁰.

La vida privada se define por relación a la vida pública, y viceversa, son términos relativos. Sin embargo la intimidad es un término absoluto, “está al margen de la dialéctica público-privado”. Que intimidad y vida privada se distinguen lo confirma otro hecho de la experiencia: se puede recortar el espacio de vida privada de una persona hasta el límite, hasta suprimirlo sin que se destruya la persona, le

⁵⁷ Pardo, José Luis (1996) op.cit. pág. 23

⁵⁸ González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. págs. 15 y 16

⁵⁹ Sánchez González, Santiago (2006) Los derechos fundamentales de la Constitución Española de 1978. En Sánchez González, Santiago (Coord.). *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. (págs. 17-69). Valencia. Tirant lo Blanch. pág. 39

⁶⁰García Morente, Manuel (2001). *Ensayo sobre la vida privada*. Madrid. Encuentro. pág. 35.

queda el refugio inaccesible de su intimidad; en cambio si se destruye la intimidad, la persona se volatiliza⁶¹.

La confusión entre intimidad y privacidad deviene, según Pardo Torío⁶², de que una de las características de la sociedad actual es la pérdida de la intimidad, la degradación de la intimidad en privacidad, o lo que es lo mismo la banalización de la intimidad; pues el hecho de compartir información reservada o secreta, que es el contenido de la privacidad, no siempre supone tener o compartir intimidad.

Quizás la diferente naturaleza de la intimidad y la privacidad o vida privada, puede estar en la distinta forma en que puede transmitirse cada una de ellas.

Resulta factible informar sobre la vida privada, en cambio la intimidad se resiste a la información, y esto porque el lenguaje no puede acoger absolutamente en categorías abstractas y universales los repliegues singulares e inefables de la individualidad.

Para la Filosofía, la privacidad es el ámbito reservado de una persona que se puede explicitar e intimidad, la consciencia –el modo de auto percibirse, de sentirse a sí mismo- que aunque no se puede explicitar, se puede transmitir.

Dada su naturaleza social el hombre tiene la necesidad de abrir su mundo interior a los otros. El ser humano puede sentir el deseo de compartir sus vivencias más profundas para revelarse, darse a conocer y hacer partícipe a otros de su realidad más íntima⁶³.

Pero la comunicación de la intimidad, del mundo interior, requiere de una relación con un clima y unas condiciones concretas que hacen adjetivarla precisamente como íntima. En la relación íntima no se cuentan cosas privadas, sino que se comparte lo que cada uno es auténticamente y esto es algo que no puede revelarse a las personas ajenas a esa relación. No se puede revelar porque la autenticidad de cada uno sólo se puede compartir en la intimidad.

⁶¹ González Gaitano, Norberto (1990) op.cit. págs. 44 y 45

⁶² Pardo, José Luis (1996) op.cit. pág. 23

⁶³ Martí García, Miguel Ángel (2007) op.cit. págs. 109 y 110

El hecho de que una persona diga o explicita a un tercero cómo es su relación íntima con otra persona, o en el más perverso supuesto de que un tercero espíe esa relación, no podrá decirse que la intimidad ha sido simplemente revelada, sino más bien que ha sido destruida. La intimidad es sagrada, su profanación no la revela en cuanto sagrado, lo que es imposible, sino que la destruye⁶⁴.

4.- EL CONCEPTO PSICOLÓGICO DE INTIMIDAD

4.1.- *La intimidad como control*

Para la Psicología una de las definiciones más aceptadas de la privacidad es la del psicólogo social y ambiental Altman, quien la define como “el control selectivo del acceso a uno mismo o al grupo al que uno pertenece”⁶⁵.

Este concepto de privacidad recoge las dos acepciones principales de la misma: la regulación del contacto con los demás y el control de la información acerca de la propia persona⁶⁶.

Se hace necesario regular, en primer lugar, con quién se interactúa y en qué grado, y, en segundo lugar, controlar el contenido de información personal que se trasmite a los demás.

La persona necesita la alternancia del espacio privado y el espacio público. Con una metáfora teatral, Goffman identificó el espacio público con el escenario donde se representa la obra, y la privacidad con el espacio entre bastidores, visible a unos pocos⁶⁷.

Los dos aspectos de la privacidad, control de la interacción social y regulación de la información personal, están relacionados con las dimensiones clásicas de

⁶⁴ Pardo, José Luis (1996) op.cit. págs. 145 y 196

⁶⁵ Altman, Irwin (1975) *The environment and social behavior: Privacy, personal space, territoriality and crowding*. Monterey: Brooks/Cole. pág. 18: “selective control of access to the self or to one’s group”.

⁶⁶ Newell; P.B. (1995) *Perspectives on privacy*. *Journal of Environmental Psychology*, N° 15. págs.87-104.

⁶⁷ Goffman, Erving (1976) *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires. Amorrortu. En particular pág. 254

la privacidad, que son la soledad, el aislamiento, el anonimato, la reserva y la intimidad⁶⁸.

La soledad y el aislamiento hacen referencia al control de la interacción social. En la soledad los demás no pueden acceder a lo que el individuo hace o dice. En el aislamiento la persona se aleja de los otros.

El anonimato y la reserva se corresponden con el control de la información personal. El anonimato es el que alguien tiene cuando está en una situación social sin identificarse. La reserva es el control de la información acerca de uno mismo en una interacción social.

La intimidad en los ámbitos familiar y amistoso, en cambio, hace referencia a los dos aspectos de la privacidad, es decir, tanto al control de interacción, como al control de información. Con los familiares y amigos se incrementa tanto la interacción como la información. Este control además se manifiesta a nivel grupal, es decir el grupo familiar o amical controla el contacto y el flujo de información con las personas ajenas al grupo. Lo que se pretende es la reducción del contacto con el exogrupo a partir del incremento de la interacción endogrupal.

De nuevo es Altman el que identifica la privacidad con un proceso dialéctico entre la privacidad deseada y la privacidad obtenida⁶⁹.

Según Gifford el objetivo de este proceso es alcanzar el nivel óptimo de acceso a uno mismo⁷⁰. Se trata de poder estar solos o con la compañía deseada según la necesidad personal. Puede ocurrir que la privacidad obtenida sea mayor que la deseada y la persona se sienta sola o aislada. Por el contrario hay ocasiones en que la interacción social excede de la querida, apareciendo la experiencia de hacinamiento, con la consiguiente experiencia de invasión del territorio, del espacio personal, del espacio vital.

⁶⁸ Altman, Irving (1975) op. cit. pág. 19: "Solitude, Intimacy, Anonymity and reserve". Y también, Valera Pertegàs, Sergi y Vidal Moranta, Tomeu (2000) Privacidad y territorialidad. En Aragonés, Juan Ignacio y Amérigo, María. (Coords.) *Psicología Ambiental* (págs.123-147) Madrid Pirámide. pág.125.

⁶⁹ Altman, Irving (1975) op. cit. págs.19 y ss.

⁷⁰ Gifford, Robert (1987) *Environmental psychology. Principles and practice*. Boston. Allyn & Bacon.pág.215.

El hacinamiento, que sin duda incrementará la ya afectada intimidad del recluso⁷¹, hace referencia también “a un estado subjetivo, a la experiencia psicológica originada por la demanda de espacio por parte del sujeto y que excede del disponible”⁷². Y, no olvidemos, aunque no es cuestión de este trabajo, las implicaciones que ello puede conllevar en casos extremos de hacinamiento respecto de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, una cuestión que hemos podido ver en ocasiones abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como así sucedió por ejemplo en el caso Kalashnikov contra Rusia, de 15 de julio de 2002⁷³.

4.2.- La territorialidad humana

Partiendo del principio de que toda acción humana sucede en un espacio y que este influye en la conducta, la Psicología aporta también la perspectiva del espacio personal y de la territorialidad.

La territorialidad y el espacio personal son dos mecanismos para regular la privacidad, y en su consecuencia regular la interacción social⁷⁴.

La territorialidad humana es eminentemente simbólica, y en consecuencia peculiarmente distinta de la animal. A diferencia de los demás animales, los seres humanos disponen de un gran número de roles sociales para gestionar la territorialidad “fruto de la mayor complejidad del agrupamiento territorial y social de los humanos”⁷⁵.

⁷¹ Sobre estas cuestiones, puede verse, Delgado del Rincón, Luis E. (2006) Algunas consideraciones sobre la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. *Teoría y realidad constitucional* nº 18.(págs.. 191-221)

⁷² Hombrados, María Isabel (2000) Hacinamiento. En Aragonés, Juan.Ignacio y Amérigo, María. (Coords.) *Psicología Ambiental* (págs.149-171) Madrid Pirámide. pág.150.

⁷³ Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60606>

⁷⁴ Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu (2007) Bases ambientales del comportamiento social. En Morales Domínguez, J. Francisco, Moya Morales, Miguel C., Gaviria Stewart, Elena y Cuadrado Guirado, Isabel (Coords.) *Psicología social* (págs. 97-122) Aravaca (Madrid) McGraw-Hill (Tercera Edición) pág. 104

⁷⁵ *Ibíd.* pág. 106

La señalización del territorio también difiere entre el animal humano y el resto de animales. Los indicadores humanos son esencialmente simbólicos.

Como puso de relieve Altman⁷⁶ la agresión entre los seres humanos es más frecuente entre grupos que entre individuos e incluye la invasión tanto del espacio físico como el simbólico.

Aunque la territorialidad se relaciona frecuentemente con las ideas de conflicto y agresividad; una de sus funciones es precisamente regular y evitar la agresión⁷⁷.

Siguiendo a Altman⁷⁸ se puede definir la territorialidad humana como un patrón de conducta de un individuo o grupo que consiste en el control de un espacio, que implica su personalización y defensa contra invasiones.

Los territorios se pueden clasificar en primarios, secundarios y públicos según el grado y la duración del control sobre los mismos⁷⁹.

En los territorios primarios, la persona o grupo que los ocupan suelen ejercer un control permanente y exclusivo; su uso no se comparte con otros. Son espacios importantes para sus ocupantes, quienes los perciben como algo propio. Su invasión es un hecho considerado grave. Son ejemplos de territorios privados, la vivienda, la habitación, e incluso el despacho u oficina en la que se desarrolla la actividad profesional.

Estos espacios se consideran una extensión de la propia identidad. Además de las señales que los identifican y señalan sus límites, sus ocupantes los suelen personalizar o decorar, para expresar la propia identidad⁸⁰ y manifestar el apego afectivo a un espacio que se convierte así en un lugar con significado.

Como dicen Vidal Moranta y Pol Urrútia, las personas, los grupos y las colectividades “a través de la acción sobre el entorno, transforman el espacio, dejando en él su “huella”, es decir, señales y marcas cargadas simbólicamente...

⁷⁶ Altman, Irwin (1975) op. cit. págs. 103 y ss.

⁷⁷ McAndrew, Francis.T. (Ed.) (1993) *Environmental psychology*. Pacific Grove: Brooks/Cole.

⁷⁸ Altman, Irwin (1975) op. cit. págs. 105 y ss.

⁷⁹ *Ibíd.* págs.111 y ss.

⁸⁰ McAndrew, Francis T. (1993) op. cit.

estas acciones dotan al espacio de significado individual y social". El espacio apropiado pase a ser un factor de continuidad y estabilidad del individuo "a la par que un factor de estabilidad de la identidad y la cohesión del grupo"⁸¹.

El espacio vivido, se impregna, en expresión de Bollnow y d'Ors, de significaciones que son expresión de cada grupo social y de cada individuo. Los seres humanos buscan un lugar central el cual va a hacer su lugar de habitación, y dentro del mismo "organiza un punto dentro del hogar que lo haga sentir cómodo y ese sería su lugar central dentro de la casa, por lo tanto este espacio deja de ser algo geométrico y abstracto y pasa a ser el espacio vivenciado, es decir, adquiere cualidades sentimentales humanas"⁸².

En los territorios secundarios el control ejercido por sus usuarios no es permanente ni exclusivo. Su uso puede variar, rotar o ser compartido⁸³. El aula, y la silla en la misma, que se ocupan durante un curso académico, o la mesa habitual en una cafetería, son ejemplos de estos territorios.

Por último, los territorios públicos son accesibles a todo el mundo, como las calles, playas, medios de transporte y centros comerciales. El acceso a estos espacios es libre mientras no se indique lo contrario; por ejemplo, los bares y discotecas nocturnos son accesibles a toda persona, siempre y cuando sea mayor de una determinada edad. El derecho de posesión de áreas en territorios públicos es extremadamente limitado y temporal⁸⁴.

La territorialidad también es un mecanismo que regula la privacidad, tal y como la hemos entendido; es decir el control del acceso a uno mismo o al grupo al que pertenece.

La territorialidad permite regular la interacción y la organización social mediante el control del territorio. El control del territorio significa establecer la prioridad del

⁸¹ Vidal Moranta, Tomeu y Pol Urrútia, Enric (2005) La apropiación del espacio: una propuesta teórica para comprender la vinculación entre las personas y los lugares. *Anuario de psicología* nº 36 (3) (págs. 281-297).págs. 3 y 4.

⁸² Bollnow, Otto Friedrich y d'Ors, Víctor (1969) *Hombre y espacio*. Barcelona: Labor. págs 5 y 11

⁸³ Gifford, Robert (1987) op. cit.pág.138.

⁸⁴ Valera Pertegàs, Sergi y Vidal Moranta, Tomeu (2000) op. cit. pág.138.

acceso al mismo, determinar las actividades que pueden desarrollarse en él y la capacidad de resistir al control de otras personas⁸⁵.

La territorialidad también regula la agresión. El establecimiento de señales claras de territorialidad previene de posibles invasiones, reduce la hostilidad y facilita la armonía en las relaciones personales minimizando posibles conflictos⁸⁶.

4.3.- *El espacio personal*

El espacio personal es el otro de los mecanismos para regular la privacidad y en consecuencia controlar la interacción social.

A diferencia del territorio el espacio personal no es ni fijo, ni está señalizado ni personalizado.

Nos encontramos ante un espacio “que nos envuelve y acompaña continuamente, como una metafórica burbuja en la cual estamos insertos”⁸⁷ y que se manifiesta en la distancia que la persona mantiene con los demás en la interacción.

Se ha definido el espacio personal como el “área que los individuos mantienen alrededor de sí mismos en la que los otros no pueden irrumpir sin provocar incomodidad”⁸⁸.

Son varias las funciones que cumple el espacio personal. Entre ellas, se han destacado, en primer lugar, mantener la identidad personal, por la que el individuo se muestra como un ser independiente y distinto de los demás⁸⁹; en segundo lugar, la autoprotección, el espacio personal actúa como amortiguador contra las amenazas físicas y emocionales que provienen de otras personas; y

⁸⁵ Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu (2007) op. cit. pág. 109

⁸⁶ Valera Pertegàs, Sergi y Vidal Moranta, Tomeu (2000) op.cit.pág.142.

⁸⁷Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu. (2007).op.cit. pág. 110

⁸⁸ Hayduk, Leslie, A. (1983) Personal space: Where We Now Stand. *Psychological Bulletin* nº 94(2) (págs.293-335) pág. 29:“Personal space may be defined as the área individuals maintain around themselves into which others cannot intrude without arousing discomfort”.

⁸⁹Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu (2007) op. cit. pág. 114

por último, y en tercer lugar, la comunicación y regulación de la intimidad. El espacio personal controla la interacción con los demás, es decir, con quién y en qué grado de intimidad desea uno relacionarse⁹⁰.

En definitiva la distancia personal es un medio para regular el grado de privacidad deseada en una interacción. La violación del espacio personal puede ser considerada como una intromisión en la intimidad⁹¹.

5.- EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DE INTIMIDAD

5.1.- *La esfera privada*

La Sociología utiliza preferentemente el término privacidad para referirse a la intimidad; ya que considera a ésta última como una de las dimensiones de aquélla. En este sentido, señala Aranguren “que la intimidad supone, como condición previa, otro espacio que la envuelva, el de la vida privada”⁹².

Las nociones sociológicas de privacidad no difieren mucho de la acepción que de este término acoge nuestra Academia de la Lengua y que, como hemos visto más arriba, es el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”.

Estos dos elementos, el ámbito en cuanto espacio real o figurado, y el reconocimiento a la protección del mismo, aparecen en las nociones sociológicas de privacidad.

De este modo, privacidad “es la esfera de soberanía individual libre de interferencias externas”⁹³. O como Béjar Merino dice en otro lugar, para la

⁹⁰ Valera Pertegàs, Sergi y Vidal Moranta, Tomeu (2000) op. cit. pág.108.

⁹¹ Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu (2007) op. cit. pág. 114

⁹² Aranguren, José Luis (1989). El ámbito de la intimidad. En Aranguren, José Luis; Castilla del Pino, Carlos; Béjar, Helena; Camps, Victoria; Peña-Marín, Cristina; Puértolas, Soledad; Gubern, Román y Verdú, Vicente (1989) *De la intimidad*. (págs. 17-24) Barcelona. Edición C. Castilla del Pino. Crítica.pág.18

⁹³ Béjar Merino, Helena (2006) Intimidad en Giner San Julián, Salvador; Lamo de Espinosa, Emilio y Torres Alberó, Cristóbal *Diccionario de Sociología*. Madrid. Alianza Editorial.pág.676

Sociología, la privacidad es la esfera privada de cada individuo, que, como ámbito de libertad, es reconocida socialmente y garantizada por el derecho⁹⁴.

En cuanto esfera privada, la privacidad es un concepto opuesto al de esfera pública, referido a aquel “ámbito de las relaciones sociales y de la configuración de la vida de una persona que todavía ofrece posibilidades de ser y pensar tal y como es uno, desarrollar los propios intereses y tener contactos <informales>, aquellos que se dan en los grupos primarios, como son la familia y los amigos⁹⁵.

Como afirma Lukes la idea de lo privado hace referencia a una esfera donde los demás no tienen derecho a inmiscuirse. Supone una relación negativa entre la esfera individual y la pública, en la que se incluye al Estado; “una relación de no injerencia o de no intrusión, en cierta gama de sus pensamientos y/o actos”⁹⁶.

Por su parte, Duby expresa que hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar, doméstico, secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias⁹⁷.

⁹⁴ Béjar Merino, Helena (1988) *El ámbito íntimo (Privacidad, individualismo y modernidad)*. Madrid. Alianza Editorial. pág. 234

⁹⁵ Hillmann, Karl-Heinz (2001) *Diccionario enciclopédico de Sociología*. Barcelona. Herder. pág. 727

⁹⁶ Lukes, Steven (1975) *El individualismo*. Barcelona. Península. págs. 84 y 85

⁹⁷ Duby, Georges (1998) Prefacio a la Historia de la vida privada. En Ariès, Philippe y Duby, Georges. *Historia de la vida privada* (págs. 9-11) Madrid. Taurus. Tomo I. pág.10

5.2.- Origen histórico

Se puede mantener con Aranguren que la vida del hombre antiguo se desarrollaba en el ámbito que hoy llamaríamos público. La vida era pública, o mejor dicho, comunitaria, ya que, toda ella transcurría en el ágora, en el foro, en la plaza, el mercado, la calle; las propias viviendas carecían de división en habitaciones, consistiendo en un solo y único espacio común para para toda la familia, gran familia, la familia patriarcal⁹⁸.

La delimitación de las esferas pública y privada, con la consiguiente aparición de la intimidad, es el resultado de una lenta evolución que se desarrolló en Europa, durante la Edad Moderna, entre los siglos XVI y XVIII; en los que la convivencia humana transitó de las formas de vida comunitaria a las de la sociedad y apareció el individuo diferenciado del grupo.

La modernidad significó un cambio radical del paradigma de la organización social y de los modos de vida; entre estos últimos están la separación entre el lugar de trabajo y el de residencia, entre producción y consumo y la correspondiente aparición del hogar como centro de ocio.

El nuevo paradigma se difundió mundialmente a partir del siglo de las Luces mediante la emancipación económica de la burguesía.

Durante este largo período de tiempo surgieron tres fenómenos que transformaron el mundo occidental: la Reforma, el nuevo Estado y la propagación del alfabetismo.

Y todo ello envuelto en el Racionalismo que considera la razón como el principal instrumento del hombre para entender el mundo; lo cual implica una relación directa entre el sujeto cognoscente y el objeto de análisis que requiere de una soledad individual.

⁹⁸ Aranguren, José Luis (1989). op. cit.pág.18

La Reforma protestante parte de que Dios se da a conocer a cada uno solamente por medio de la Escritura y no delega su gracia en ninguna institución, no hay mediador posible entre Dios y el ser humano⁹⁹.

Estos principios tienen una gran transcendencia, pues, por una parte, responsabilizan individualmente a cada persona, y, de otra, desacralizan el ministerio eclesiástico, al entender el sacerdocio como universal, es decir de todos los creyentes.

Los protestantes al afirmar el poder incuestionable de la palabra de Dios sobre cada conciencia, impiden que el cristiano se escude en decisiones tomadas por una mayoría; su responsabilidad es absolutamente personal¹⁰⁰.

En virtud del principio del “libre examen” la religión se convierte en un asunto personal, pues el fiel rinde culto en su fuero interno, donde se comunica con Dios. La nueva religión también es asunto familiar; el “sacerdocio general de todos los fieles” erige al padre en sacerdote dentro de su casa, inaugurándose una cotidianidad de vida familiar y de trabajo¹⁰¹.

La doctrina luterana de la justificación por la fe, esencia de la Reforma protestante, conduce al hombre a su dimensión más íntima; para allí, en la soledad y en el recogimiento privado, poder escudriñar su conciencia e intentar alcanzar la salvación mediante la responsabilidad y la confianza.

El segundo gran fenómeno de la Edad Moderna, que trazó los límites entre una esfera pública y una esfera privada, fue la aparición del Estado en cuanto forma política que se generalizó en Europa a partir de los siglos XV y XVI. Una forma política de naturaleza bien distinta de las preestatales, vinculada a la idea y práctica de la soberanía¹⁰². Soberanía, que en la expresión clásica

⁹⁹ Baubérot, Jean (1995) El protestantismo en Delumeau, Jean (Dir.). *El hecho religioso*. (págs.175-198) Madrid. Alianza Editorial. págs. 185 y 186

¹⁰⁰ Maurer, W (1979) El protestantismo en Fries, Heinrich (Dir.) *Conceptos fundamentales de la Teología*. (págs. 468-484) Madrid. Cristiandad.pág.470

¹⁰¹ En este sentido véase Aranguren, José Luis (1989) óp. cit.pág.19; y también Béjar Merino, Helena (2006) op. cit.pág.454

¹⁰² García-Pelayo, Manuel (1968) *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. Edit. Revista de Occidente.pág.141

de Bodino es “el poder absoluto y perpetuo de una República”¹⁰³, en virtud de la cual se pueden hacer y anular leyes.

Una vez eliminado el poder ostentado por las diferentes instancias durante la Edad Media, el Estado logra monopolizar el poder político que articuló a través de la creación de un ejército propio, la formación de la burocracia, la instauración de un sistema impositivo y el establecimiento de un ordenamiento jurídico válido para todo el territorio. Por otra parte desde finales del siglo XVII y hasta el siglo XVIII se produce el proceso de desvinculación de la persona del gobernante de la estructura institucional del Estado que pasa a tener una mayor transcendencia. Esta progresiva institucionalización del poder permitió crear un espacio público diferenciado del ámbito privado, “con ello los fines del Estado podían presentarse como fines de la sociedad en su conjunto”¹⁰⁴.

Es esta progresiva construcción del Estado moderno, no siempre absolutista pero sí en todas partes administrativo y burocrático, la que aparece como condición necesaria para que pueda definirse, un ámbito privado en adelante distinto de un ámbito público que resulta claramente identificable. El Estado al apoderarse de controles que hasta entonces se dejaban a las corporaciones y a las familias, delimita los espacios de la existencia privada¹⁰⁵.

Las fronteras de la esfera de lo privado no son estáticas, se desplazan según la intensidad y el modo en que el Estado reivindica y ejerce su autoridad. El dominio que el Estado ejerce sobre la sociedad señala y distribuye las actividades humanas entre lo público y lo íntimo.

¹⁰³ Bodin, Juan (1590) *Los seis libros de la República*. Turín. Herederos de Bevilaqua. Libro I Capítulo VIII fol. 73

¹⁰⁴ Rubio Lara, M^a Josefa (2010) El origen histórico del Estado; El Estado liberal y El Estado liberal democrático. En Blas Guerrero, Andrés de, y Rubio Lara, M^a Josefa (Dirs.) *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*. (págs.49-135). Madrid. UNED. págs 56 y 58

¹⁰⁵ Chartier, Roger (1988) Figuras de la modernidad. En Ariès, Philippe y Duby, Georges. *Historia de la vida privada*. Vol. 4 (págs. 22-161) Madrid. Taurus. págs 22-25

Como dice Béjar Merino, este nuevo Estado supera las formas de vida comunitaria e inaugura la sociedad como fórmula de convivencia. El Estado es, entonces, el ámbito de lo público, la esfera pública frente a la esfera privada que se reconoce al individuo. Este reconocimiento parte de la consideración del individuo como una entidad singular y única, algo que no podía darse en la fórmula comunitaria. Sólo cuando el individuo está por encima de la comunidad, la búsqueda de un espacio propio cobra sentido¹⁰⁶.

De alguna manera el espacio privado aparece como respuesta y defensa frente al espacio público; como contrapeso que equilibre la esfera pública recién nacida.

El tercer fenómeno que ayudó a alumbrar la Modernidad fue la progresiva expansión de la alfabetización. El individuo, gracias a saber leer y escribir, se puede emancipar de los antiguos vínculos que, en una cultura gestual y oral, le ligaban a la comunidad. La mayor relación con el texto escrito propició tanto el desarrollo del Estado moderno como el de una religión, que ahora es más personal. Paulatinamente y pese a las resistencias, es la escritura la que transmite la voluntad de la autoridad pública, la que alimenta las piedades de la intimidad, con frecuencia basadas en la lectura. En los protestantismos el hecho de que cada fiel lea el texto bíblico entero varias veces en su vida es como el elemento sustentante de la nueva fe que, de este modo, asocia estrechamente religión y alfabetización¹⁰⁷.

Martínez de Pisón no vacila en afirmar que “el deseo de vida privada surge con la lectura en familia de la Biblia, el diálogo interno con Dios, la reclusión interior y la escritura de diarios personales”. En definitiva con la ética protestante y las exigencias sociales y políticas de la burguesía en los siglos XVII y XVIII. Una ética protestante que es mercantil “sujeta al ahorro, al cálculo y a la honestidad” y una utopía burguesa que se materializó en el más puro sistema liberal del XIX. “El burgués precisa una esfera aislada, libre para

¹⁰⁶Béjar Merino, Helena (1988) óp. cit. págs. 146 y 147

¹⁰⁷Chartier, Roger (1988) óp. cit. págs. 22-25

el desarrollo de su conciencia religiosa y una vida privada intensa con su familia y con los más próximos”¹⁰⁸.

En este sentido sostiene Camps que “La conquista de la privacidad en el siglo XVIII es el correlato de la lucha contra los absolutismos y a favor de las libertades individuales”¹⁰⁹.

5.3.- La concreción de la privacidad

La idea de privacidad se gesta, aunque no se usa explícitamente, en la filosofía política liberal, principalmente en las obras de John Locke, John Stuart Mill y Benjamín Constant.

Así Locke dirá que el magistrado “no tiene autoridad para obligar a los hombres a cuidar de sus asuntos civiles o privados, o para forzarlos a perseguir sus propios intereses privados. Sólo los protege de ser invadidos y dañados en ellos por otros. Lo cual constituye una perfecta tolerancia”¹¹⁰.

John Stuart Mill aconseja al individuo abstenerse de “molestar a los demás en sus asuntos” y contentarse con “obrar siguiendo su propia inclinación y juicio, en aquellas cosas que sólo a él concierne”; porque “es deseable que, en los asuntos que no conciernen primariamente a los demás, sea afirmada la individualidad”; pues el mayor desarrollo de la individualidad alcanza a la persona “una mayor plenitud de vida en su existencia”¹¹¹.

¹⁰⁸ Martínez de Pisón Cavero, José (1997) Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV (págs. 717-738) pág. 720.

¹⁰⁹Camps, Victoria (1989) La reconstrucción de lo público y lo íntimo. En Aranguren, José Luis; Castilla del Pino, Carlos; Béjar, Helena; Camps, Victoria; Peña-Marín, Cristina; Puértolas, Soledad; Gubern, Román y Verdú, Vicente (1989). *De la intimidad*. (págs.59-75) Barcelona. Edición C. Castilla del Pino, Crítica.pág.67

¹¹⁰ Locke, John (1999. Originales 1666 y 1685) *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. Madrid. Alianza Editorial. pág. 26

¹¹¹ Mill, John Stuart (1975. Original 1859). *Ensayo sobre la libertad*. Barcelona. Vosgos. págs. 78 y 87

Por último Constant, en su célebre discurso De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, entiende como una libertad moderna el derecho de cada uno para simplemente “llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos”. El objetivo moderno es “la seguridad en los disfrutes privados” y la libertad estaría constituida por las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes. Los hombres modernos, quieren, finalmente “disfrutar de cada uno de nuestros derechos, desarrollar cada una de nuestras facultades como mejor nos parezca, sin perjudicar a los otros. En la clase de libertad que nos corresponde a nosotros, ésta nos resultará más preciosa, cuanto más tiempo libre para los asuntos privados nos deje el ejercicio de nuestros derechos políticos”¹¹².

Como vemos, en los tres autores, el concepto de privacidad tiene un sentido normativo que ha llegado hasta nuestros días y que ha generado la expresión “right of privacy”. Expresión esta última que hace referencia al derecho a tener un control exclusivo sobre la vida privada, y que ha sido traducido como derecho a la intimidad. De esta manera, los tres pensadores iniciaron el camino del reconocimiento de la privacidad como derecho.

En cuestiones domésticas, en asuntos de conciencia y en materia de intercambio económico, ni la autoridad religiosa ni la política deben interferir. El respeto a la privacidad en estas tres áreas es expresión de la virtud liberal de la tolerancia y muestra el carácter democrático y pluralista de gobiernos y sociedades¹¹³.

La privacidad, así entendida, es una libertad negativa en cuanto ausencia de coerción según el concepto de Berlin, para el que “la libertad política es simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros....Ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad”¹¹⁴ .

¹¹² Constant, Benjamin (1989) *Escritos Políticos*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. págs 259, 269 y 277

¹¹³ Béjar Merino, Helena (2006) op. cit.pág.677

¹¹⁴ Berlin, Isaiah (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid. Alianza Editorial. págs. 191 y 193

Para Berlin, toda sociedad, para ser libre, tiene que preservar un área mínima de libertades personales que no puede ser violada bajo ningún concepto. La libertad negativa exige un gobierno que interfiera lo menos posible en la vida de las personas¹¹⁵.

Con palabras del propio Berlin “El deseo de que no se metan con uno y le dejen en paz ha sido el distintivo de una elevada civilización”. Ello tanto “por parte de individuos como por parte de las comunidades”.

Junto a ello reflexiona que “El sentido de la intimidad misma, del ámbito de las relaciones personales como algo sagrado por derecho propio, se deriva de una concepción de la libertad que, a pesar de sus orígenes religiosos, en su estado desarrollado apenas es más antigua que el Renacimiento o la Reforma”¹¹⁶.

Como pone de relieve Flaquer i Vilardebó la privacidad es uno de los componentes de este concepto de libertad negativa de Isaiah Berlin, en cuanto supone reserva ante lo propio y respeto ante lo ajeno. “La idea central de esta noción, hablando de forma llana, es que lo dejen a uno en paz. Así en la medida en que cada uno vaya por su lado y no se inmiscuya en los asuntos de los demás, todos saldrán ganando y podrán desarrollar libremente la propia vida privada”¹¹⁷.

En definitiva la esfera privada se caracteriza a nivel normativo por una regulación social laxa y la posibilidad de cierto margen de elección conforme a las preferencias individuales¹¹⁸. La privacidad será el espacio simbólico en el cual se ejercerá la libertad. Esta esfera privada necesitará defenderse del poder, de ahí la necesidad de garantizarla jurídicamente a través de las llamadas libertades civiles que se constitucionalizan.

En un momento posterior, con el auge del liberalismo individualista la privacidad se convierte en un sentimiento y en un valor a preservar contra la intrusión del

¹¹⁵ Rubio Lara, M^a Josefa (2010) op. cit. págs. 11 y 12

¹¹⁶ Berlin, Isaiah (1988) op. cit. pág. 199

¹¹⁷ Flaquer i Vilardebó, Lluís (1984) Tres concepciones de la privacidad. *Sistema: Revista de ciencias sociales* nº 58 (págs. 31-44) pág. 36

¹¹⁸ Flaquer i Vilardebó, Lluís (2006) Privatización. En Giner San Julián, Salvador; Lamo de Espinosa, Emilio y Torres Albero, Cristóbal (2006). *Diccionario de Sociología*. Madrid. Alianza Editorial. pág. 678

gobierno y del resto de la comunidad, siendo la esfera privada un refugio donde el ciudadano pueda desarrollar su individualidad¹¹⁹ .

En el siglo XIX las esferas pública y privada se diferencian netamente, la sociabilidad se vuelve limitada, las personas solo se relacionan con los más próximos y aparece el concepto de familia como un lugar de refugio y de afectividad, donde se establecen los vínculos sentimentales entre la pareja y los niños, en un lugar de atención a la infancia. La familia deja, así, lo que había sido hasta entonces, una unidad económica y un ámbito de dominación. La sociabilidad restringida centrada en la familia preparó el camino para la actual sociedad íntima, que limita las relaciones humanas al ámbito profesional y al trato de los más allegados¹²⁰.

¹¹⁹ Flaquer i Vilardebó, Lluís (2006). Público/privado. En Giner San Julián, Salvador; Lamo de Espinosa, Emilio y Torres Alberó, Cristóbal (2006). *Diccionario de Sociología*. Madrid. Alianza Editorial.pág.696

¹²⁰ Béjar Merino, Helena (1988) op. cit.164.

CAPÍTULO II: LA HISTORIA DE LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1.- INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN

Pretendemos en este capítulo estudiar cómo y cuándo aparece la intimidad concebida como derecho, sus antecedentes, constitucionalización, y evolución.

Para este estudio partimos del concepto pluridisciplinar de intimidad que hemos determinado en el capítulo precedente. De esta manera consideraremos la intimidad, tanto como la autoconsciencia, concepto filosófico, como el control del acceso a la información y al contacto físico sobre uno mismo, concepto psicológico, y como la esfera privada o ámbito de libertad del individuo, reconocida socialmente y garantizada por el Derecho, que se corresponde con la concepción sociológica.

Hoy en día el derecho fundamental de intimidad se identifica con la protección de una esfera inderogable de libertad personal en la que se desenvuelve la libertad de la vida privada.

Su contenido está vinculado a la misma dignidad de la persona, pues como ya apuntó tempranamente Sánchez Agesta, la vida privada íntima es como la atmósfera misma de la libertad “porque lo que en ella se respeta es precisamente la autonomía privada de la vida individual”¹²¹.

Como derecho fundamental, el derecho de intimidad participa del concepto y de las condiciones de esta categoría jurídica. Concepto y condiciones que aunque muy sucintamente, consideramos conveniente recordar aquí.

Siguiendo a Pérez Luño se pueden definir los derechos humanos como un “conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las

¹²¹ Sánchez Agesta, Luis (1985) *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid. Edersa. pág. 124

cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹²².

La positivación de los derechos humanos, que en la definición de Pérez Luño es un “deber ser”, se transforma para Bastida Freijedo en una exigencia para que los derechos pasen de ser “humanos” a ser “fundamentales”, pues es el derecho positivo el que opera esta transformación, y los incorpora al sistema jurídico como elemento esencial del mismo. La positivización garantiza los derechos fundamentales con la fuerza que el Estado monopoliza¹²³.

Esta garantía puede consistir tanto en el restablecimiento del ejercicio de los derechos fundamentales en caso de violación, como en la realización de las prestaciones que derivan de los mismos¹²⁴.

Como sostienen Peces-Barba, Fernández Liesa y Llamas Cascón¹²⁵, los derechos fundamentales deben cumplir unas condiciones para su existencia.

Para que un derecho fundamental sea reconocido como tal es necesario que constituya una pretensión moral con posibilidad de convertirse en un derecho positivo dotado de eficacia.

La pretensión moral necesita estar fundada en la dignidad humana y ser susceptible de generalización. Además debe poder ser traducida como derecho positivo mediante su incorporación a alguna de las categorías técnico jurídicas

¹²² Pérez Luño, Antonio Enrique (2003) *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid. Tecnos. pág. 48

¹²³ Bastida Freijedo, Francisco José (2004) Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. En Bastida Freijedo, Francisco J.; Villaverde Menéndez, Ignacio; Requejo Rodríguez, Paloma; Presno Linera, Miguel Ángel; Aláez Corral, Benito y Fernández Sarasola, Ignacio. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (págs.17-44) Madrid. Tecnos.pág.18

¹²⁴ Díez-Picazo matiza esta terminología comúnmente empleada, en el sentido de que por “derechos humanos” se entienden aquellos derechos que están declarados por tratados internacionales, y “derechos fundamentales” serían los reconocidos por el derecho interno. Díez-Picazo, Luis. María (2005) *Sistema de derechos fundamentales*. Aranzadi. pág. 38. Cruz Villalón, por su parte, afirma que “los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho constitucional. Allí donde no hay Constitución...no habrá derechos fundamentales”. Cruz Villalón, Pedro (1989) Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional* nº 25 pág. 41

¹²⁵ Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001) *Textos básicos de derechos humanos*. Pamplona. Aranzadi. Elcano. págs. 20-22.

de los derechos, como son los derechos subjetivos, las libertades, las potestades y las inmunidades. Por último tiene que ser eficaz, es decir, que se pueda implantar realmente; para lo que se requiere un marco jurídico político democrático y unos recursos.

Los mismos autores señalan como característica de los derechos fundamentales, el ser respuesta jurídica a las necesidades básicas de los individuos y de las colectividades, y contribuir a la organización de la sociedad, pues favorecen el desarrollo moral de las personas y la realización plena de cada individuo en la sociedad.

La doctrina es unánime en señalar el artículo de los abogados bostonianos, Samuel Warren y Louis Brandeis, escrito a finales del siglo XIX¹²⁶, como el acta fundacional del derecho a la intimidad. *The right to be let alone*, el derecho a no ser molestado, o el derecho a la intimidad, amparado en el *Common Law*, encontró fortuna y se abrió paso como derecho fundamental en los textos constitucionales; lo que en Europa aconteció bien entrado el siglo XX. Como recuerda Gormley, a partir de entonces la protección de esa esfera privada pasó del Common Law al Derecho Constitucional tras la evolución de una noción propietaria a una concepción vinculada a la propia dignidad de la persona¹²⁷. Como apunta en nuestra doctrina Nieves Saldaña, en el sistema constitucional norteamericano el derecho a la privacidad es un concepto amplio, que va más allá del derecho a la intimidad vigente en el ámbito europeo, y que resulta difícil de definir con precisión, configurándose a lo largo de más de un siglo al delimitarse progresivamente los intereses constitucionales que lo integran, “esto es, aquellos ámbitos de la esfera privada que tienden a preservar esos intereses de soledad, secreto, autonomía, individualidad, intimidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, control de la información personal, así como del sustrato esencial de la inviolable dignidad humana. Múltiples intereses individuales de carácter esencial que lo hacen

¹²⁶ El artículo titulado “The right to Privacy” fue publicado el 15 de diciembre de 1890 en la revista *Harvard law review*, vol.4 n.º. 5.

¹²⁷ Gormley, Ken (1992) One Hundred Years of Privacy, *Wisconsin Law Review*. págs. 1335-1441

merecedor de la máxima protección constitucional en la sociedad tecnológica avanzada de principios del siglo XXI, configurándose, en última instancia, el derecho a la privacidad como un bien jurídico fundamental para la esencia misma del sistema democrático”¹²⁸.

Sin embargo, como hemos visto, la Psicología constata que la defensa de la privacidad se articula por el ser humano mediante la territorialidad y el espacio personal, unos mecanismos que comparte con el resto de animales. Intuimos que algo tan consustancial a la naturaleza humana no ha podido pasar desapercibido para el Derecho; por ello consideramos oportuno rastrear en la historia para detectar la presencia de manifestaciones de la intimidad, que hayan sido objeto de protección jurídica antes de la formulación expresa de la intimidad como derecho específico.

Nuestro estudio deberá abarcar, como es lógico, todo el recorrido del reconocimiento de los derechos humanos, desde su inicio con el movimiento constitucionalista hasta la actualidad; pero también queremos llevar nuestra atención a las manifestaciones jurídicas anteriores a la Edad Moderna.

2.- MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA INTIMIDAD ANTERIORES A LA EDAD MODERNA.

Somos conscientes del debate abierto acerca de si las libertades y franquicias que en la Edad Media se concedían en documentos otorgados por la Corona, deben ser estimadas hoy como auténticos precedentes de las modernas declaraciones de derechos o, por el contrario, deben considerarse de naturaleza muy distinta.

García Pelayo¹²⁹ afirma que aunque las dos clases de documentos comparten el mismo fin de limitar el poder político, difieren tanto en los supuestos como en la estructura, el sujeto y la expresión. En el Medievo se reconocían situaciones

¹²⁸ Nieves Saldaña, María (2011) El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28. (págs. 279-311) págs. 281 y 282.

¹²⁹ García-Pelayo, Manuel (1964) *Derecho constitucional comparado*. Madrid. Revista de Occidente. págs. 144 y ss.

concretas y particularizadas, mediante una expresión jurídica escrita pero no tenían el carácter de generalidad de las modernas declaraciones. Los derechos medievales se estructuraban en un complejo haz de derechos subjetivos heterogéneos, mientras los modernos derechos individuales constituyen una regla de derecho objetivo. En la Edad Media los derechos se disfrutaban por el individuo en cuanto miembro de un grupo social o estamento; en el constitucionalismo, empero, se ostentan a título personal. Por último en el Medievo, los derechos se expresaban en pactos, fueros o compromisos; mientras que modernamente lo hacen mediante la ley general.

Pérez-Prendes y Muñoz Arraco dice de los derechos reconocidos en la Edad Media, que se “capsulizaron”; es decir, su ausencia de generalidad, su concreción sólo para determinados grupos de la población, supuso para estos colectivos una suerte de “cápsula jurídica aislante y protectora, válida sólo para los sujetos del derecho alojados en su interior”. Por esta razón, el autor considera que no “pueda equipararse un derecho de libertad medieval con un derecho fundamental contemporáneo”¹³⁰.

A pesar de estas diferencias tan acentuadas es posible encontrar una cierta continuidad histórica entre los dos tipos de reconocimientos de derechos. “El liberalismo racionalista conectó con la experiencia histórica y el amor de las gentes por sus Cortes y por sus libertades, ello fue especialmente claro en la Revolución inglesa del siglo XVII y en las Constituyentes españolas de Cádiz, en 1810-1812”¹³¹.

Esta es la razón por la que nos parece interesante y sugerente a la vez, la aproximación historicista a las libertades. “Quien comparte la visión historicista subraya que precisamente en la Edad Media están las raíces profundas de la

¹³⁰ Pérez-Prendes y Muñoz-Arraco, José Manuel (2003) Derechos y libertades en la Edad Media. En Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, Coronas González, Santos Manuel, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Bilbao, Juan María. *Derechos y libertades en la historia*. (págs.11-56). Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid, pág.42

¹³¹ Alzaga Villaamil, Óscar (2012) Los derechos fundamentales en la Constitución. En Alzaga Villaamil, Óscar, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, Reviriego Picón, Fernando y Salvador Martínez, María. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II, Derechos fundamentales y órganos del Estado*. (págs.33-47).Madrid. Edersa, pág. 35

libertad como autonomía y como seguridad, como tutela de los propios derechos y de los propios bienes”¹³².

En este sentido dice Pérez Luño que “el residuo de liberalismo antiguo de los pactos medievales fue el fermento para el liberalismo moderno”¹³³.

De ahí, que interesa traer ahora una serie de instituciones y textos medievales donde se pueden encontrar antecedentes de una protección a la intimidad.

En el Derecho español de la Alta Edad Media, una institución protegía el ámbito del hogar para sus moradores, era la llamada “paz de la casa”; un principio alrededor del cual giraba el Derecho penal de la época.

En virtud de “la paz de la casa” las personas encontraban protección y amparo en su morada frente a los ataques, en un período donde los derechos se tutelaban de forma privada.

“La paz de la casa” tenía carácter universal, pues protegía a todo miembro de la comunidad, por el mero hecho de serlo, y, en principio, impedía la entrada en una vivienda sin la autorización de su dueño.

Es un principio fundamental del antiguo Derecho germánico¹³⁴ y deriva de una concepción religiosa que consideraba al hogar como un lugar sagrado.

La condición especial de la casa incidía en la calificación de los delitos que se cometían dentro de ella, pues actuaba como circunstancia modificativa de la responsabilidad. Podía ser “atenuante o eximente en la mayoría de los casos para el dueño que procedía en defensa de sus derechos; agravante para el extraño que cometía el delito violando la paz doméstica”¹³⁵.

¹³² Fioravanti Maurizio (2003) *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid. Trotta, pág. 30.

¹³³ Pérez Luño, Antonio Enrique (2003) óp. cit., pág. 114

¹³⁴ Orlandis Rovira, José (1944) La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media. *Anuario de historia del derecho español* nº15 (págs.107-161) pág. 108.

¹³⁵ *Ibídem*.pág.111

La paz de la casa fue reconocida por los reyes, como se puede constatar en el privilegio “de libertate domorum” concedido por Alfonso II a Jaca y en los decretos de Alfonso IX en las Cortes de León.

“El privilegio “de libertate domorum” reconoce a la casa una inviolabilidad absoluta que debían respetar los mismos representantes de la autoridad pública, quienes, de igual modo que cualquier otro individuo, no podían contra la voluntad del dueño introducirse en ella bajo ningún pretexto”¹³⁶.

Los decretos de Alfonso IX en las Cortes de León prohíben los daños a la casa por motivos de venganza, al establecer “que nadie “por enemistades que tenga con otro” “vaya a su casa por la fuerza”, e imponen la pena de pérdida de la paz al violador que daba muerte al dueño de la casa, mientras a éste no le alcanza la responsabilidad por la que causara defendiendo su derecho¹³⁷.

En este sentido dicen también los decretos alfonsinos: “También juré que yo ni nadie entre en la casa de otro por la fuerza, ni haga daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciese, pagará el doble del daño al señor de la casa. Y si el dueño o dueña o alguien de los que defiendan su casa matase a alguno de aquellos, no será castigado por homicidio y nunca responderá del daño que les hizo”¹³⁸.

La casa se identificaba de tal modo con su dueño, que apedrear o deshonrar aquella por cualquier medio, significaba un ultraje al honor de éste. “Por ello se castiga la deshonra de la casa: porque se ve en ella una ofensa al honor del señor que no tuvieron valor para inferírsela personalmente, un ataque que pretende asegurarse la impunidad”¹³⁹.

Pérez-Prendes y Muñoz-Arraco ve una solidificación de la paz especial de la casa o domicilio en la exención de alojamiento coactivo, de aparición simultánea

¹³⁶ *Ibidem*. págs. 134 y 135

¹³⁷ *Ibidem*. pág. 135

¹³⁸ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001) *op. cit.* pág. 33.

¹³⁹ Orlandís, José (1944) *op. cit.* pág. 159

y temprana “en España e Italia y desde ambos países se extenderá al resto de Europa, empezando por Francia y Alemania”¹⁴⁰.

El 25 de febrero de 1119, en plena Reconquista, la entonces villa de Tudela capituló y fue incorporada al Reino de Aragón y Pamplona por Alfonso I el Batallador. El Rey convino una serie de condiciones que se reflejaron en una Carta. En la misma se dice “Y que estén los moros en sus casas, en las que tienen dentro, durante un año. Cumplido el año, salgan a los barrios de fuera con su mueble y con sus mujeres y con sus hijos”. “Y no entre ningún cristiano en casa de moro ni en huerto por la fuerza”¹⁴¹.

En los anteriores textos no es aventurado relacionar la protección de la casa en cuanto espacio reservado al individuo y a su familia. Protección que tiene un significado que va más allá de la mera dimensión patrimonial. La referencia a las mujeres e hijos y la distinción entre casa y huerto; la casa como lugar sagrado en virtud de las creencias religiosas; su vinculación al dueño como extensión de la persona del mismo; su consideración como ámbito protector de sus moradores y su participación del honor u honra del dueño; hacen de la casa un lugar íntimamente vinculado a los que la habitan.

Como dice González Gaitano el sentido de la construcción de las casas por los hombres deriva de la necesidad de “proyectar espacialmente la intimidad, y no sólo protegerse del clima, sino también de la indiscreción y curiosidad ajenas, por eso se invita a compartir el hogar sólo a los íntimos”¹⁴².

Antes de abandonar la Edad Media, y para entender después la aparición del derecho a la intimidad en el *Common Law* por obra de los abogados Warren y Brandeis, es preciso volver a la aproximación historicista de las libertades, y comprobar cómo ésta “tiende a privilegiar las libertades civiles o negativas, que

¹⁴⁰ Pérez-Prendes y Muñoz-Arraco, José Manuel (2003). op. cit. pág. 29. También este autor señala como testimonios de esta exención, entre otros, “Fresnillo, 1104, donde la exención de alojamiento se deduce de la negación de entrada (o “non introito”) del sayón del rey y otros oficiales. Más definitivamente aparece en Nájera, “in casa de inffancione de Nagera, non debet ullus posada pausare””.

¹⁴¹ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. & Llamas Cascón Ángel. (2001) op. cit. págs. 31 y 32.

¹⁴² González Gaitano, Norberto (1990) *El deber de respeto a la intimidad. Información pública y relación social*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. pág. 84.

se traducen en capacidad de obrar, en ausencia de impedimentos o de obligaciones, dentro de una esfera delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político”¹⁴³.

La denominación de esfera nos reconduce, una vez más, a la concepción de intimidad como espacio figurado y simbólico de autonomía frente al poder.

Dentro de las libertades negativas destacan la libertad personal y la propiedad privada, el tradicional binomio “*liberty and property*” de Inglaterra; el país donde más arraigada está la cultura historicista de las libertades.

Unas libertades que, merced a la tradición medieval de derechos consuetudinarios y su tutela jurisdiccional, transitan la historia inglesa y van evolucionado, casi sin traumas, hasta nuestros días. Como dice Fioravanti, Inglaterra, uno de los países claves en la historia del constitucionalismo moderno, “funda en buena parte la doctrina de su identidad histórico-política sobre la imagen de la continuidad entre libertades medievales y modernas”¹⁴⁴.

Frente a los que, “consideran el constitucionalismo como la expresión de un orden jurídico-político racionalizador, innovador respecto del pasado”¹⁴⁵, se sitúan los que ven en la experiencia inglesa una concepción de las libertades y su tutela que no ha conocido solución de continuidad desde la Carta Magna de 1215, pasando por la Petition of Rights de 1628, el Habeas Corpus Act de 1679 y el Bill of Rights de 1689 hasta el constitucionalismo revolucionario.

La Carta Magna presenta dos elementos que singularizan el modelo inglés respecto del resto de Europa: el acento en la libertad personal y la jurisprudencia.

El artículo 39 de la Carta Magna se puede leer como un precedente de la libertad no sólo en cuanto seguridad de los propios bienes sino también de la propia persona, sobre todo contra el arresto arbitrario. Es una concepción de la libertad personal más amplia que la continental, pues ésta entiende las libertades

¹⁴³ Fioravanti, Maurizio (2003) op. cit. pág. 263.

¹⁴⁴ Ibídem. pág. 31.

¹⁴⁵ Asensi Sabater, José (1998) *La época constitucional*. Valencia. Tirant lo Blanch. pág.35

medievales únicamente en clave patrimonial, como una garantía de los bienes confirmada por el uso y el tiempo.

El otro elemento, esencialmente dinámico, es la jurisprudencia. Los jueces y no los príncipes ni los legisladores, son los creadores del *Common Law* o la ley del país. “La jurisprudencia es el verdadero factor de unidad del país que elabora las reglas de tutela de las libertades y que ha ido evolucionando desde las reglas puramente privadas de garantía del *dominium* de los bienes de la Edad Media hasta las reglas cuasi-constitucionales de tutela de las esferas personales, de las libertades negativas de la Edad Moderna”¹⁴⁶.

Fueron los jueces, independientes e inamovibles, los encargados de proteger los derechos individuales. Como dice Varela y Suanzes-Carpegna “El Rey, por otra parte, ya no podría intervenir en el ejercicio de la función jurisdiccional”¹⁴⁷.

El *Common Law* se caracteriza por una protección general de la libertad de los súbditos ingleses y por la obligación de los órganos jurisdiccionales de “brindar protección de los correspondientes derechos subjetivos de todos aquellos que reclamen o denuncien una intromisión en sus esferas de libertad personal”¹⁴⁸.

Estas dos notas características del modelo inglés, la libertad personal y la labor del juez, serán fundamentales para la aparición del contemporáneo derecho de intimidad, tal y como veremos más adelante. Pues el *Common Law* es la ley del sentido común, a la que pertenecen ciertos derechos que no necesitan ser legislados, y “que no se consideran cerrados sino abiertos a otros posibles nuevos derechos”¹⁴⁹.

¹⁴⁶Fioravanti Maurizio (2003) op. cit. pág. 32.

¹⁴⁷Varela Suanzes, Joaquín (Ed.) (1998) *Textos básicos de la Historia Constitucional comparada*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pág. XVIII.

¹⁴⁸ Santamaría Ibeas, Javier (2001) Los textos ingleses. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael (Dirs.) *Historia de los derechos fundamentales* (págs. 7-34) Dykinson. Tomo II. Vol. III. págs.28 y 29.

¹⁴⁹González, Nazario (1998) *Los derechos humanos en la historia*. Universidad Autónoma de Barcelona. pág. 37

3.- EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA

Una vez examinada la Edad Media, retomamos el hilo de la evolución moderna de los derechos fundamentales y nos situamos en el movimiento constitucionalista; momento en el que, según la doctrina, se puede hablar con propiedad de derechos fundamentales. De este movimiento traen su causa las modernas declaraciones de derechos humanos.

El constitucionalismo es la corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho. Las declaraciones de derechos son una de las grandes cuestiones de todo el constitucionalismo, y tienen como primera finalidad proteger a los particulares frente al Estado; pues “la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados”¹⁵⁰.

3.1.- *La dignidad humana: fundamento de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales, desde su origen y en toda su evolución histórica hasta la actualidad, tienen su fundamento en la idea de la dignidad humana; en la consideración del hombre como fin y no como medio; de lo que se deriva, en palabras de Gutiérrez Gutiérrez, la interdicción de instrumentalizar al hombre¹⁵¹.

La dignidad humana consiste en la capacidad que el hombre tiene de elegir, en su capacidad de abstracción y en su posibilidad de razonar, de comunicarse y de dialogar. El hombre es un ser moral, que es capaz de elegir su plan de vida, de adherirse libremente a una concepción del bien o de la felicidad. Como dice Oehling de los Reyes todo hombre “alberga un proyecto de vida singular de valor ilimitado”; el Estado democrático moderno tiene el compromiso de potenciar este

¹⁵⁰ Díez-Picazo, Luis María (2005) *Sistema de derechos fundamentales*. Aranzadi. p. 31

¹⁵¹ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid. Marcial Pons. pág. 95.

proyecto a efectos de que cada persona “optimice todas sus posibilidades como ser humano”¹⁵².

Peces- Barba, Fernández Liesa y Llamas Cascón afirman con solemnidad que en cada tiempo la dignidad humana “se realiza de acuerdo con las condiciones económicas, sociales, culturales y políticas y sólo en el mundo moderno a través de los derechos fundamentales”¹⁵³.

Nuestra primera conclusión no puede ser otra que la de señalar la gran similitud del concepto de dignidad humana con el concepto filosófico de intimidad; el cual, recordémoslo, es la consciencia, que se sitúa en el núcleo más profundo de cada individuo, donde se toman las decisiones de forma voluntaria y libre, lo que hace que la persona se pueda hacer responsable de sus actos y de sus efectos. Es en la coincidencia consigo mismo, donde el yo se hace consciente de que su pensamiento y su acción constituyen una unidad y que su voluntad ratifica dicha unidad mediante su adhesión; donde opera el juicio moral de nuestros actos.

Dignidad y consciencia, dignidad y concepto filosófico de intimidad son el anverso y el reverso, o mejor la cara externa y la cara interna de la misma realidad.

Se puede decir que la percepción del individuo como ser moral tiene su correspondencia y manifestación externa en la dignidad, reconocida por la cultura y la sociedad. Este reconocimiento funda, como hemos visto, el concepto de derecho fundamental.

Apuntar por último, aunque luego volveremos sobre ello, como nos recuerda Gutiérrez Gutiérrez, que la dignidad de la persona, en sí misma, no es inviolable, sino que lo son los derechos que son inherentes a la persona, o a su dignidad. Para delimitar el alcance de esta inviolabilidad el Tribunal podría operar con la cláusula del contenido esencial. El hecho de que ésta resulte ambigua, apta para

¹⁵² Oehling de los Reyes, Alberto (2010) *La dignidad de la persona*. Madrid. Dykinson. pág. 463

¹⁵³ Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. & Llamas Cascón Ángel. (2001). *Textos básicos de derechos humanos*. Pamplona. Aranzadi. Elcano. pág. 15.

un entendimiento absoluto o relativo, convierte la dignidad de la persona en una referencia susceptible de ponderación¹⁵⁴.

3.2.- Origen de los derechos fundamentales

Como concepto histórico, los derechos fundamentales tienen su origen en el tránsito de la Edad Media a la Modernidad¹⁵⁵, en los siglos XVI y XVII y, como señala Bobbio, son “uno de los indicadores principales del progreso histórico”¹⁵⁶.

El mismo autor vincula la aparición de los derechos fundamentales a la concepción individualista de la sociedad¹⁵⁷.

En este sentido, y tal y como hemos visto anteriormente, podemos afirmar que los derechos fundamentales surgen a la par que el concepto de privacidad o esfera privada. Es más, creemos que los derechos fundamentales son una manifestación esencial de la privacidad; pues la esfera privada precisa del reconocimiento de unos derechos que preserven el espacio personal de libertad que supone.

En el capítulo anterior hemos estudiado el contexto histórico de la Modernidad, con sus dimensiones culturales y políticas. Allí vimos que los fenómenos de la Reforma protestante, la aparición del Estado Moderno y la extensión del alfabetismo, envueltos en el pensamiento racional, hicieron surgir al individuo como entidad única y singular. De esta manera, la persona, considerada en abstracto, puede ser el destinatario de las normas de un Estado soberano. Se crean así las condiciones para los derechos fundamentales.

Abonada la tierra del pensamiento con los presupuestos que acabamos de ver, aparece en el siglo XVIII la filosofía de los derechos fundamentales como

¹⁵⁴ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (2005). *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid. Marcial Pons. pág. 116

¹⁵⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson. Tomo I. Introducción. pág. 9

¹⁵⁶ Bobbio, Norberto (1991) *El tiempo de los derechos*. Madrid. Sistema. pág. 14

¹⁵⁷ *Ibidem*. pág. 14

aproximación moderna a la dignidad humana¹⁵⁸. El profundo cambio en la situación económica, con la aparición del capitalismo y con el protagonismo de la burguesía, favorecerá la mentalidad individualista frente al enmarañamiento de los hombres en “status”¹⁵⁹.

Como también, ya hemos estudiado, el Estado soberano monopoliza la fuerza que ejerce con sumisión al Derecho. Con este poder omnímodo aparece el espacio público, frente al cual se hace necesario una esfera privada que lo equilibre y lo compense; un espacio personal con sus correspondientes derechos individuales.

En el mundo moderno la persona es el centro del mundo y está centrada en el mundo. Antropocentrismo y secularización son las características del concepto de dignidad humana en la Modernidad, que favorecieron la aparición de los derechos. La persona reclama su libertad religiosa, intelectual, política y económica, en el paso progresivo desde una sociedad teocéntrica y estamental a una sociedad antropocéntrica e individualista¹⁶⁰.

Aparte de la gran significación de la Reforma protestante con sus importantes consecuencias, la nueva religión supuso la quiebra de la unidad eclesial. Apareció el pluralismo religioso y con él las guerras confesionales.

En la búsqueda de la paz, la reflexión alumbró la filosofía de la tolerancia y con ella, la persecución de una fórmula jurídica que evitase las guerras por motivos religiosos. La tolerancia propició la convivencia pacífica entre las distintas confesiones que se daban en el seno de una misma comunidad.

Según Peces-Barba, la filosofía de la tolerancia fue uno de los orígenes principales, no ya de la libertad religiosa, sino de los derechos fundamentales en

¹⁵⁸ Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001) op.cit. pág. 16.

¹⁵⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio (1998) Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. En Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales*. (págs. 15-263). Dykinson. Tomo I.pág.21.

¹⁶⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001). op. cit. pág.15.

general y del propio Estado constitucional¹⁶¹. Incluso este autor llega a decir que la tolerancia, como precursora de la libertad religiosa, es el primer derecho fundamental¹⁶².

La tolerancia conllevó la idea del respeto a la conciencia y como consecuencia el principio de la no injerencia del Derecho en la misma. En su virtud se hizo posible la distinción entre el Derecho y la Moral que “permitirá también unos instrumentos intelectuales para explicar cómo el Derecho que pretende obtener la paz se mantiene en el fuero externo y no regula las opciones morales que pertenecen a la libre decisión del individuo”¹⁶³.

La necesaria justificación de los derechos de las conciencias tuvo como corolario la formulación expresa de un derecho de todos y de cada uno de los individuos al respeto a su forma de religión. Para esta empresa ya no servía la fórmula de los privilegios medievales, válidos únicamente para una categoría de personas. Se hizo necesario la búsqueda de “una concepción que apoyase la idea de un derecho abstracto de todos”¹⁶⁴.

De nuevo encontramos una conexión entre el reconocimiento del primer derecho fundamental que es la libertad religiosa y los conceptos de intimidad estudiados, pues la libertad religiosa tiene su asiento en la conciencia de la persona (concepto filosófico de intimidad) y pertenece a lo más íntimo de la esfera privada del individuo (concepto sociológico) de intimidad.

La filosofía de la tolerancia fue el eje, en torno al cual, el concepto de derecho se extendió, desde el respeto a la propia religión, a un primer núcleo de derechos individuales, aquellos más vinculados a la propia persona¹⁶⁵, que afectan a la

¹⁶¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio (1998) La filosofía de la tolerancia. En Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales* (págs. 268-373) Dykinson. Tomo I.pág.273

¹⁶² Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001) op. cit. pág. 16.

¹⁶³ *Ibidem*. pág. 41

¹⁶⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio (1998) La filosofía de la tolerancia. op. cit. pág.365.

¹⁶⁵ Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel. (2001) op. cit. pág. 17

convivencia, a la opinión, a la expresión de las ideas, etc... y que se residencian una vez más en la conciencia.

El Edicto de Nantes es expresión normativa de esta filosofía de la tolerancia.

En el Edicto de Nantes de 1598¹⁶⁶, Enrique IV de Francia atendiendo “las súplicas y las reclamaciones que nos han hecho los súbditos de la Religión, llamada Reformada... sobre lo que desearían que se añadiese para el ejercicio de su Religión, para la libertad de sus conciencias y la seguridad de sus personas y de sus fortunas...Declaramos y ordenamos lo siguiente:” VI “para no dejar ninguna ocasión de tumultos y de enfrentamientos entre nuestros súbditos hemos permitido y permitimos a los de la llamada Religión Reformada, vivir y morar en todas las villas y lugares de este nuestro Reino y país, sometido a nuestra obediencia, sin ser investigados, vejados, molestados ni obligados a hacer nada contra su conciencia por el hecho de la religión ni tampoco, por esta causa ser perseguidos en las viviendas que quisieran habitar, comportándose por lo demás tal como se establece en el presente Edicto”¹⁶⁷.

En el anterior texto encontramos como manifestaciones de la intimidad, el respeto a la conciencia y la inviolabilidad de la vivienda, en cuanto espacio reservado a la persona y a su familia. Más adelante volveremos a encontrar la inviolabilidad del domicilio en el punto XIV, cuando, refiriéndose a los fieles que practiquen la religión reformada en territorio prohibido, establece que “no podrán ser perseguidos en su domicilio”; y en el punto XXVII, segundo párrafo, constatamos una expresión de la intimidad como control de la información respecto de la vida personal, cuando dice “Se abstendrán nuestros jueces de informar e inquirir sobre la vida, costumbres, religión y honesta conversación de los que son o sean investidos de cargos, tanto de una Religión como de otra”.

¹⁶⁶ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel (2001) op. cit. págs. 53-55

¹⁶⁷ Garrisson transcribe este artículo de la siguiente manera: “Avons permis et permettons à ceux de ladite religion réformée vivre et demeurer par toutes les villes et lieux de notre royaume et pays de notre obéissance sans être enquis, vexés, molestés ni astreints à faire chose pour le fait de la religion contre leurs consciences”. Garrisson, Janine (1998) *L'Edit de Nantes*. Fayard. pág. 287.

Mientras, los textos ingleses – Petition of Right, Habeas Corpus Act y Bill of Rights- constituyen hitos en la evolución hacia el Estado liberal del siglo XVII. Defienden la primacía del Common Law y del Parlamento frente a los abusos de la Corona, a cuyo poder imponen restricciones.

El punto 6 de la Petition of Right de 7 de junio de 1628¹⁶⁸ declara como contrario a las leyes y costumbres del reino el que sus habitantes sean obligados, contra su voluntad, a alojar en sus casas, a soldados y marineros y “a sufrir su estancia” y califica el acto como “agravio y vejación de la gente”.

De este modo, se protege la casa como ámbito en el que no puede alojarse nadie contra la voluntad de su dueño, y se considera agravio y vejación la vulneración de esta protección.

3.3.- El constitucionalismo moderno

En el contexto histórico de su independencia de la Corona inglesa, las antiguas colonias norteamericanas inauguraron el constitucionalismo moderno. Sus declaraciones son los primeros textos escritos que incluyen la regulación de los derechos fundamentales. “La afirmación de los derechos humanos ya no es la expresión de una noble exigencia, sino el punto de partida para la institución de un verdadero sistema de derechos en el sentido estricto de la palabra, esto es, como derechos positivos o efectivos”¹⁶⁹.

Estos textos fusionan el viejo y buen Derecho de los ingleses y los principios del iusnaturalismo protestante¹⁷⁰. En palabras de Varela y Suanzes-Carpegna, “en los Estados Unidos el iusnaturalismo se concilió con el respeto a la tradición británica del Common Law”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. & Llamas Cascón Ángel. (2001). op. cit. págs. 58-60

¹⁶⁹ Bobbio, Norberto (1991) op. cit. pág.68

¹⁷⁰ En este sentido dice Fioravanti que “la proclamación de los derechos naturales individuales se confunde y se mezcla con el continuo reclamo a los precedentes históricos y, en particular, a la tradición británica”. Fioravanti (2003) op. cit. pág. 83.

¹⁷¹ Varela Suanzes, Joaquín (Ed.). (1998) op. cit. pág. XIX.

En el número 61 del Cuerpo de libertades de Massachussets de 1641¹⁷², encontramos el respeto a la conciencia, cuando establece que “Cuando cualquier cargo de conciencia le obligue al secreto basándose en la palabra de Dios, ningún magistrado, jurado, oficial ni ningún otro hombre estará obligado a informar, presentar o revelar ningún delito u ofensa privada, en el que no haya peligro o riesgo para esta colonia o para alguno de sus miembros, a menos que sea un caso en el que legalmente se obligue a declarar”.

En el capítulo XVI de las Concesiones y Acuerdos de West New Jersey de 1677¹⁷³ se proclama la libertad de conciencia. “Que ningún hombre ni ningún grupo de hombres en la tierra tiene potestad o autoridad para mandar sobre las conciencias de los [demás] hombres en asuntos religiosos”.

En el siglo XVIII se consolidaron definitivamente los derechos fundamentales como derechos del individuo, inspirados en la ideología liberal del iusnaturalismo racionalista. Las teorías filosóficas de los derechos fundamentales “son acogidas por vez primera por un legislador”¹⁷⁴ en Francia y, tal y como acabamos de ver, en las colonias inglesas de América del Norte, donde inspirará la independencia de los Estados Unidos en 1776.

La Revolución francesa culminará el proceso con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Como dice García Manrique “la relevancia de la Declaración de los derechos del hombre y ciudadano en la historia del Derecho es difícilmente comparable a la de ningún otro documento”¹⁷⁵.

¹⁷²Texto tomado de Grau, Luis (2009) *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe*. Madrid. Universidad Carlos III, Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad, Dykinson. Vol. I págs 526 y 527: “No Magestrate, Juror, Officer, or other man shall be bound to informe present or reveale any private crim or offence, wherein there is no perill or danger to this plantation or any member thereof, when any necessarie tye¹⁴ of conscience binds him to secrese grounded upon the word of god, unlesse it be in case of testimony lawfully required”.

¹⁷³ *Ibidem*. Vol. II págs. 244 y 245: “That no men, nor number of men upon earth, hath power or authority to rule over men’s consciences in religious matters”.

¹⁷⁴ Bobbio, Norberto (1991) *op. cit.* pág. 67

¹⁷⁵ García Manrique, Ricardo (2001). Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio & De Asís Roig, Rafael (Dirs.). *Historia de los derechos fundamentales*. (págs. 217-394). Dykinson. Tomo II. Vol. III. pág. 219.

En este sentido dice Coronas González que “en esta época se forjó el moderno concepto de libertad y derechos humanos a partir de la reflexión iusracionalista, difundida por las declaraciones revolucionarias americana y francesa”¹⁷⁶.

Los derechos fundamentales que aparecen en este siglo, como primera generación de los mismos, son derechos individuales y de autonomía, para garantizar el desarrollo de los individuos; derechos de participación política; derechos de seguridad jurídica que se concretan en garantías penales y procesales, y el derecho de propiedad¹⁷⁷.

El siglo XVIII también trajo la positivación de los derechos. En su virtud los derechos naturales pasaron a ser derechos positivos, con la consiguiente mayor eficacia de los mismos. En expresión de Varela y Suanzes-Carpegna, los derechos individuales se convierten en derechos positivos creados por el legislador nacional¹⁷⁸.

A partir de ahora se establece una identidad entre el aseguramiento de los derechos humanos y el establecimiento de la Constitución¹⁷⁹.

Así, se declara solemnemente en el magnífico rótulo contenido en el frontispicio del artículo 16 de la Declaración de 1789 que “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”¹⁸⁰.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se integró como preámbulo en el texto de la primera Constitución francesa de 1791. Poco

¹⁷⁶ Coronas González, Santos Manuel (2003). Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen. En Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, Coronas González, Santos Manuel, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Bilbao, Juan María. *Derechos y libertades en la historia*. (págs.57-159). Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid.pág.59

¹⁷⁷Peces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique, Ricardo (2001). Los textos de la revolución francesa. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio & De Asís Roig, Rafael (Dir.). *Historia de los derechos fundamentales*. (págs. 122-379). Dykinson. Tomo II. Vol. III. págs.123 y 268.

¹⁷⁸ Varela Suanzes, Joaquín (Ed.) (1998) op.cit. pág. XXIV.

¹⁷⁹ García Manrique, Ricardo (2001) op. cit. pág. 316.

¹⁸⁰ Texto tomado de Sánchez-Arcilla Bernal, José (2012) Historia de los derechos fundamentales en sus textos. Madrid. Dykinson. pág.228.

tiempo después, la Constitución de 1793 comienza con la relación de los derechos del hombre y del ciudadano.

A partir de entonces, en la mayor parte de los países, la declaración de derechos se incorpora a los textos constitucionales en la llamada “parte dogmática”, que suele estar al inicio de las constituciones. El lugar inicial de los derechos tiene según Díez-Picazo “un alto valor simbólico”, pues recuerda que una constitución no es sólo la “regulación equilibrada de los poderes públicos, sino también –e, incluso, antes- declaración de derechos”¹⁸¹. De este modo la norma básica fundamental se convirtió en la forma habitual de producción normativa de los derechos fundamentales.

Examinamos a continuación la presencia de la intimidad en los textos de la época.

La Carta de Privilegios de Pennsylvania de 1701¹⁸², punto primero vincula la felicidad con la libertad de conciencia: “Ya que nadie puede ser realmente feliz, aun con el mayor disfrute de libertades civiles, si se restringe la libertad de sus conciencias respecto a su declaración y culto religioso.

En la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776¹⁸³, punto I, es fácil reconocer la “libertad moderna” de Constant que preserva la esfera individual, ya que señala como derechos innatos de todos los hombres “el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y [su] seguridad”; es decir los presupuestos que en el futuro propiciarán la aparición del derecho a la intimidad. El número XVI declara la libertad de conciencia y consiguiente libertad de religión: “Que la

¹⁸¹ Díez-Picazo, Luis. María (2005) op. cit. pág. 33

¹⁸² Texto tomado de Grau, Luis (2009) op. cit. Vol. II págs 588 y.589: Because no People can be truly happy, though under the greatest Enjoyment of Civil Liberties, if abridged of the Freedom of their Consciences, as to their Religious Profession and Worship

¹⁸³ Texto tomado de Ibídem. Vol. III págs 70, 71, 72 y 73: I. the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. XVI. That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence, and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practise Christian forbearance, love, and charity, towards each other.

religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la forma de practicarla sólo pueden ser guiadas por la razón y la convicción, y no por la fuerza o por la violencia; por lo que todos los hombres tienen el mismo derecho al libre ejercicio de la religión según los dictados de [su] conciencia; y que es la obligación de todos practicar, unos con otros, la paciencia, el amor y la caridad cristiana”.

En la Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware de 1776¹⁸⁴, además de la libertad religiosa en virtud de la libertad de conciencia (punto 2), se contempla ésta como objeción al uso de armas. “Que todos los hombres tienen un derecho natural e inalienable a adorar a Dios Todopoderoso según los mandatos de sus propias conciencias y entendimientos, y que ningún hombre debe ni puede en derecho ser obligado a asistir a ningún culto religioso ni a mantener ninguna clerecía que sean opuestos o contrarios a su propia libre voluntad y consentimiento, y que ninguna autoridad puede o debiera estar investida o apropiarse de ninguna potestad que en ningún caso interfiera o en alguna manera controle la libertad de conciencia sobre el libre ejercicio del culto religioso” (2); y “ Ni en justicia se puede obligar a ningún hombre a usar armas si su conciencia se lo impide, siempre que pague lo que sea equivalente”(10).

En la Enmienda 3^a de “La Declaración de derechos de la constitución de los Estados Unidos de América y diez primeras enmiendas (Bill of Rights) de 1791”¹⁸⁵, se prohíbe la utilización de la casa sin consentimiento de su dueño: “En tiempo de paz a ningún militar se le alojará en casa alguna sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, como no sea en la forma que prescriba la ley”. Por su parte en la Enmienda 4^a, aparece la inviolabilidad del domicilio y de los papeles y efectos privados: “El derecho del pueblo a la salvaguardia de

¹⁸⁴ Texto tomado de *Ibidem*. Vol. III págs 120-123: 2. That all men have a natural and unalienable right to worship Almighty God according to the dictates of their own consciences and understandings, and that no man ought, or of right can be compelled to attend any religious worship or maintain any ministry contrary to or against his own free will and consent, and that no authority can or ought to be vested in, or assumed by any power whatever, that shall in any case interfere with, or in any manner control, the right of conscience in the free exercise of religious worship. 10. ...nor can any man that is conscientiously scrupulous of bearing arms in any case be justly compelled thereto if he will pay such equivalent.

¹⁸⁵ Texto tomado de Díaz Revorio, F. Javier (Compilador) (2004) *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*. Lima. Palestra. Pág. 113.

sus personas, domicilio, papeles y efectos frente a pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable; y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en una causa probable, estén corroborados mediante juramento o promesa y describan específicamente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

3.4.- Siglo XIX

En el siglo XIX se completó el proceso de positivación de los derechos fundamentales y se inició el de su generalización¹⁸⁶.

La intimidad aparece reflejada en la inviolabilidad del domicilio, en el secreto de los efectos y papeles privados y de las comunicaciones. En algún caso se regula la inspección o registro de estos papeles y correspondencia que habrá de hacerse en presencia del propietario, señalando así una de las dimensiones de la intimidad que es el control de la información acerca de uno mismo; en el caso del registro, la presencia del afectado, ofrece la posibilidad de que éste conozca la información que se revela con la práctica indagatoria.

La Constitución española de 1812¹⁸⁷ establece en su artículo 306 que “No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y la seguridad del Estado”¹⁸⁸.

¹⁸⁶Peces-Barba Martínez, Gregorio y Dorado Porras, Javier (2007) Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio; de Asís Roig, Rafael y Ansuátegui Roig, Francisco Javier (Dir.) *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson (págs. 1-316) Tomo III. Vol I. Libro I. pág.304.

¹⁸⁷ Texto tomado de Esteban, Jorge de (1981) *Las Constituciones de España*. Madrid. Taurus. pág. 86.

¹⁸⁸ Resulta de cierto interés comprobar la preocupación de los diputados en estos momentos por el ámbito que ahora abordamos en este trabajo. Sobre esta cuestión, Alzaga Villaamil, Óscar (2011) *La justicia en la Constitución de 1812, Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28 (págs. 243-277). De este esfuerzo gaditano, como nos recuerda bien el autor, fue consciente, valorándolo muy positivamente la brillante y gran defensora de los derechos de los presos, Concepción Arenal.(pág. 258)

La Constitución de Bélgica de 1831¹⁸⁹ proclama en su artículo 10 que “El domicilio es inviolable; no se podrán hacer inspecciones domiciliarias sino en los casos previstos por la ley y en la forma que ésta establezca”. En el artículo 22 establece que “El secreto de la correspondencia es inviolable”.

La misma declaración de inviolabilidad del domicilio contiene el artículo 27 del Estatuto Albertino de 1848¹⁹⁰, dado en Turín por el Rey Carlos Alberto de Saboya y la Constitución francesa de 1848 en su artículo 3¹⁹¹.

La Constitución argentina de 1853 cobija en su artículo 18, tanto la inviolabilidad del domicilio, como la de “la correspondencia epistolar y los papeles privados”¹⁹².

La Constitución española de 1869¹⁹³ recoge la inviolabilidad del domicilio y de los papeles y efectos en su artículo 5, que señala además las condiciones del registro de estos papeles y efectos que “sólo podrán decretarse por Juez competente y ejecutarse de día. El registro de estos papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia; y en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo”. El artículo 7 extiende la inviolabilidad a la correspondencia postal y telegráfica. Su registro por orden judicial deberá “abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo”.

En el mismo sentido se expresa también la Constitución española de 1876¹⁹⁴, que en su artículo 6, extiende la inviolabilidad del domicilio también al domicilio del “extranjero residente en España”.

¹⁸⁹ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. y Llamas Cascón Ángel (2001) op. cit. págs. 136-139.

¹⁹⁰ Ibídem págs. 142-144: “El domicilio es inviolable”.

¹⁹¹ Ibídem págs. 147-149 “El domicilio de toda persona que habite en territorio francés es inviolable”.

¹⁹² Texto tomado de Díaz Revorio, Francisco Javier (Compilador) (2004) op. cit. pág. 260.

¹⁹³ Texto tomado de Esteban, Jorge de (1981) op. cit. pág. 138.

¹⁹⁴ Ibídem. pág. 178.

3.5.- Siglo XX

Dos fenómenos caracterizan la evolución de las declaraciones de los derechos fundamentales en el siglo XX, la ampliación y la internacionalización.

La progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que en las declaraciones de derechos se proclamasen también derechos sociales¹⁹⁵. El Estado liberal de Derecho dejó paso al Estado social de Derecho.

Como dice Bobbio, los colectivos menos favorecidos exigen a los poderes públicos no sólo el reconocimiento de la libertad personal y de la libertad negativa sino la asistencia en todas las necesidades que los propietarios acomodados podían satisfacer por sí mismos¹⁹⁶.

Se produce una progresiva preocupación por las garantías que protejan la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos positivamente. En este sentido, aparecieron los tribunales constitucionales, y varios países, España entre ellos, se dotaron de un recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales.

En lo que interesa al objeto de nuestro estudio destacamos los siguientes textos legales.

En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos¹⁹⁷, artículo 7, aparece la expresión “vida privada” como límite de la libertad de imprenta: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito”.

¹⁹⁵ Díez-Picazo, Luis. María (2005) op. cit. pág. 33.

¹⁹⁶ Bobbio, Norberto (1991) op. cit. pág. 18

¹⁹⁷ Texto tomado de Esteban, Jorge de (1979) *Constituciones españolas y extranjeras*. Madrid. Taurus. págs. 45, 47 y 50.

En el artículo 16 se recoge la inviolabilidad del domicilio, en el artículo 25 la de la correspondencia (La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por ley); y en el artículo 26 la prohibición de alojamiento en una vivienda contra la voluntad de su dueño (En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra, los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente).

La emblemática Constitución de Weimar de 1919¹⁹⁸, proclama la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, y la libertad de creencia y de conciencia. Además de calificar el domicilio como un “asilo inviolable”, preceptúa la intervención estatal en aras de garantizar una vivienda digna a los nacionales y sus familias: “El domicilio de un alemán es, para él, un lugar de asilo inviolable. Sólo conforme a las leyes se admitirán excepciones” (art. 115). “Son inviolables el secreto de las cartas y el de la correspondencia postal, telegráfica y telefónica. Sólo mediante ley del Reich se podrán establecer excepciones” (art. 117). Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad de creencia y de conciencia. (art.135). Artículo 155: “El reparto y utilización del suelo serán controlados por el Estado de forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una vivienda digna y a todas las familias alemanas, especialmente a las numerosas, una vivienda y recursos económicos que respondan a sus necesidades”(art. 155).

La Constitución española de 1931¹⁹⁹ también recoge la libertad de conciencia (artículo 27) y la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; para el registro del primero se exige la presencia del interesado o, en su defecto, de otras personas: “El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo” (art. 31.4); “Queda garantizada la inviolabilidad de la

¹⁹⁸Texto tomado de Díaz Revorio, F. Javier (Compilador) (2004) op. cit. Págs. 390, 394 y 399.

¹⁹⁹ Texto tomado de Esteban, Jorge de (1981) op. cit. págs. 198 y 199.

correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario” (art. 32).

Esta constitución cierra nuestro recorrido por las constituciones históricas. Antes de transitar los textos constitucionales vigentes, se hace preciso detenernos en el artículo que, el 15 de diciembre de 1890, publicaron los abogados bostonianos, Samuel Warren y Louis Brandeis, pues según ha quedado dicho, este texto se considera el acta de nacimiento del específico derecho de intimidad, tal y como hoy se entiende en las constituciones en vigor²⁰⁰.

Warren y Brandeis parten de dos presupuestos, la naturaleza espiritual del ser humano y el derecho a la vida, desde ellos realizan sus reflexiones, las cuales pasamos a exponer.

Llegado un momento, el Derecho reconoció la naturaleza espiritual del ser humano, reconoció sus sentimientos y su intelecto. Esta consideración de las emociones humanas amplió el ámbito de la inmunidad personal más allá del propio cuerpo, pues los avances de la civilización hicieron ver al hombre que sólo una parte del dolor y del disfrute residen en las cosas, y que los pensamientos, emociones y sentimientos exigían un reconocimiento legal.

Patrimonio de esta naturaleza espiritual humana son los sagrados recintos de la vida privada y hogareña. La soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; y cuando se invade la intimidad de una persona, se le produce un sufrimiento espiritual y una angustia mayores que los que infligen los daños corporales, pues son daños a los sentimientos y al espíritu de la persona.

El otro presupuesto es el derecho a la vida que, hoy día significa, en buena medida, el derecho a disfrutar de la vida²⁰¹, en expresión del juez Cooley, “el derecho a no ser molestado”. Este magistrado, unos años antes del artículo de los bostonianos, había configurado el derecho a la intimidad; llegó a la conclusión de que *privacy* constituye el *right to be alone*, en el que se insertan la soledad y

²⁰⁰ Para el estudio del artículo de Warren y Breis, hemos utilizado Warren, Samuel y Brandeis, Louis (1995. Original 1890). *El derecho a la intimidad*. Madrid. Cívitas.

²⁰¹ Como hemos visto “ut supra”, esta libertad es la libertad personal entendida no sólo en clave patrimonial, según el derecho medieval inglés, tal y como se recoge en la Declaración de Virginia de 1776, es decir el goce de la libertad para perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

la tranquilidad como dos ámbitos de la privacy²⁰². Warren y Brandeis asumen las conclusiones de Cooley y las desarrollan.

Desde estos dos presupuestos, naturaleza espiritual del ser humano y derecho a la vida, Warren y Brandeis se proponen “indagar en el derecho vigente para comprobar si en el mismo existe un principio que pueda ser invocado para amparar la intimidad de las personas y determinar la naturaleza y extensión de este amparo”²⁰³.

El punto de partida de su investigación es el principio de que el individuo debe gozar de total protección en su persona y bienes. La naturaleza de esta protección debe ser redefinida con precisión de vez en cuando, pues los cambios políticos, sociales y económicos imponen el reconocimiento de nuevos derechos.

Warren y Brandeis llegan a la conclusión de que el Common Law garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otro sus pensamientos, sentimientos y emociones; nunca se puede forzar a alguien a expresarlos, e, incluso, cuando ha elegido expresarlos, retiene por regla general, el poder de fijar los límites de la publicidad que se les podrá dar. La existencia de este derecho no depende de la naturaleza o valor del pensamiento o de la emoción. Es la propia persona la que tiene el derecho a decidir si lo que es suyo debe salir a la luz pública. El Common Law le da un poder de control absoluto sobre el acto de publicar, y en el ejercicio de su libre albedrío decidir si se publicará o no.

Es el derecho a la intimidad el principio que tutela cualquier obra producto del espíritu o de las emociones “y el derecho no necesita formular ningún principio nuevo cuando hace extensivo este amparo a la apariencia personal, a los dichos, a los hechos y a las relaciones personales, domésticas o de otra clase”²⁰⁴.

En un momento posterior, Warren y Brandeis discurren sobre el fundamento de este derecho que “no está en el derecho de propiedad,...pues el valor reside en

²⁰² Cooley, Thomas M. (1879) *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*. Chicago. Callaghan, pág. 29.

²⁰³ Warren y Brandeis (1995. Original 1890) óp. cit. pág. 26.

²⁰⁴ Ibídem. pág. 59.

la tranquilidad de espíritu y en el alivio que proporciona el impedir la publicación”²⁰⁵.

Los pensamientos, sentimientos y emociones se protegen en virtud de la aplicación de un derecho más general del individuo, que es el derecho a no ser molestado o derecho a la intimidad, el cual tiene su fundamento en la inviolabilidad de la persona.

Sin embargo, después de haber declarado que los pensamientos, sentimientos y emociones no encuentran su fundamento en el derecho de propiedad, los dos abogados siguen profundizando para descubrir, a su juicio, que el derecho de la propiedad en un sentido amplio, como inclusivo de toda posesión, derechos y privilegios, también incluye el derecho a la inviolabilidad de la persona²⁰⁶.

En la última parte de su artículo, Warren y Brandeis desarrollan las características, finalidad y los objetivos de este derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad es un derecho “erga omnes”. Su vulneración hace nacer la posibilidad de su reparación que se basa en el valor del sufrimiento causado por la infracción. Las limitaciones del derecho a la intimidad son muy difíciles de determinar, pero se encontrarían en la exacta frontera en que la dignidad y la conveniencia del individuo deben ceder ante las exigencias del bienestar general²⁰⁷.

El objetivo general a tener en cuenta es proteger la intimidad de la vida privada. Las finalidades son varias: por una parte garantizar a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad, el no verse arrastrados a una publicidad indeseada; por otra parte también el derecho de intimidad pretende proteger a toda persona, sea quien sea por sus status o por su posición social, de la divulgación, contra su voluntad, de asuntos que pudiese

²⁰⁵ *Ibidem*. pág.34

²⁰⁶ En este sentido, dice Rebollo Delgado que en el mundo anglosajón, tanto hoy día como en los siglos XVIII y XIX, el derecho de intimidad se incluye dentro de un amplio concepto de propiedad. “Cada persona es dueña de lo que adquiere, en ello se incluye su propio cuerpo y mente, y dentro de éste va de forma inherente la intimidad. Por tanto, la intimidad es propiedad del ser humano, y sus manifestaciones han de ser respetadas por el poder establecido y por el resto de ciudadanos” Rebollo Delgado, Lucrecio. (2005) *op. cit.* pág. 43.

²⁰⁷ Warren y Brandeis, (1995. Original 1890) *op. cit.* pág.61.

preferir mantener reservados. Lo que se censura y hay que evitar siempre que sea posible, es la injustificada violación de la intimidad.

Por regla general, los asuntos cuya publicación debería ser prohibida son aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público para el que es propuesto y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público.

Todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no, mientras que otras cosas son únicamente privadas porque las personas a quienes afectan no ha asumido una posición que haga de estos hechos asuntos en que la investigación pública se encuentra legitimada.

Warren y Brandeis concluyen su artículo como lo habían comenzado, con una referencia al *Common Law*, que ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo inexpugnable, "*my home is my castle*".

3.6.- Las constituciones de la Unión Europea.

Acabamos de ver que la formulación explícita del derecho de intimidad fue obra de la jurisprudencia norteamericana en la segunda mitad del siglo XIX. Desde entonces el derecho de intimidad, ha ido integrándose en los textos constitucionales modernos, de los cuales, nosotros vamos a estudiar los vigentes de la Unión Europea²⁰⁸, distinguiendo en ellos tanto las manifestaciones tradicionales de la intimidad como ya el nuevo derecho específico de intimidad.

²⁰⁸ Los textos de las Constituciones europeas están tomados de Ripollés Serrano, María Rosa (coord.) (2010) *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*. Madrid. Congreso de los Diputados. Formato CD.

Aunque los textos que citamos en el trabajo han sido tomados de esta colección, se ha revisado también, por razones obvias, la Constitución de Croacia, país que entró a formar parte de la Unión Europea en 2013.

Conciencia, inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad de las comunicaciones son las manifestaciones clásicas que siguen estando presentes en los textos constitucionales vigentes.

La conciencia se declara inviolable o se garantiza su plena libertad; también aparece como motivo de objeción al servicio militar o es tenida en cuenta en la enseñanza de la religión.

Pasemos a verlo muy esquemáticamente.

La declaración de la inviolabilidad de conciencia se encuentra en la Ley fundamental para la República Federal de Alemania (art. 4.1), y en las constituciones de Bulgaria (art. 37.1); de Grecia -que la vincula a la conciencia religiosa- (art. 13.1); y de la república portuguesa (art. 41.1).

La plena libertad de conciencia se garantiza en las constituciones de Austria (art. 14), Eslovaquia (art. 24.1); Estonia (art. 40); Finlandia (art. 11); Hungría (art. 60.1); Irlanda (art. 44); Letonia (art. 99); Lituania (art. 26); Malta (art. 40), y Rumanía (art. 29.2).

Se contempla la objeción de conciencia para el servicio militar en las constituciones de Alemania (art. 12^a2), Austria (art. 9.4); Eslovaquia (art. 25.2); Eslovenia (art. 46); España (art. 30.2); Finlandia (art. 127); Hungría (art. 70/H.2); Países Bajos (art. 99), y Portugal (art. 41.6).

La propia conciencia se señala como la única sujeción de los parlamentarios en Alemania (art. 38.1) y como norma de actuación de los mismos en Bulgaria (art. 67.2). En el mismo sentido se pronuncian las constituciones de Eslovaquia (art. 73.2) que extiende este principio al presidente de la república (art. 101.1); Lituania (art. 59); y Grecia (art. 60.1).

La libertad de conciencia es tenida cuenta en la enseñanza de la religión y de la moral (constituciones de Polonia, art. 53.4, y de Eslovenia, art. 41), y en la elección de centros educativos por parte de los padres (Constitución de Irlanda, art. 42.3.1^o).

Respecto a la inviolabilidad del domicilio es una constante en los textos constitucionales; la entrada o registros sólo son posibles con consentimiento del

titular o en los casos y formas establecidas por la ley. Así lo encontramos en Alemania (art. 13.1); Austria (art. 9); Bulgaria (art. 33.1); Chipre (art. 16.1); Dinamarca (art. 72); Eslovaquia (art. 21.1 y 2); España (art. 18.2); Estonia (art. 33); Finlandia, (art. 10); Irlanda (art. 40.5), Italia (art. 14); Letonia (art. 96); Lituania (art. 24); Luxemburgo (art. 15); Países Bajos (art. 12); Polonia (art. 50), Portugal (art. 34.1 y 2); Rumanía (art. 27).

La Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de gobierno de Suecia declara en su artículo 6, que “Los ciudadanos estarán asimismo protegidos contra cualquier registro físico en sus casas”.

El domicilio se considera como un asilo en la Constitución griega de 1975 (artículo 9).

En cuanto a las comunicaciones se declara su secreto o su inviolabilidad, que se extiende a todo tipo de comunicaciones, postales, telegráficas, telefónicas y telecomunicaciones: Alemania (art. 10); Austria (art. 10^a); Chipre (art. 17.1); Eslovaquia (art. 22); España (art. 18.3); Finlandia (art. 10); Grecia, (art. 19); Italia (art. 15); Luxemburgo (art. 28); Malta (art. 41; Países Bajos (art. 13.1); Polonia (art. 49); Portugal (art. 34.1), y Rumanía (art. 28).

La Ley sueca de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de gobierno, (artículo 6) añade las escuchas secretas, interferencias telefónicas, grabaciones de conversaciones u otras comunicaciones privadas, de las que los ciudadanos estarán protegidos.

3.7.- El derecho específico de intimidad

Por fin, aparece en los textos el derecho específico a la intimidad y el control de la información acerca de sí mismo. En lo que respecta a los textos constitucionales de los países europeos encontramos la siguiente regulación.

Se declara la inviolabilidad de la privacidad de los ciudadanos (Constitución de Bulgaria, art. 32.1.) o se garantiza la misma como derecho de todos los

individuos (constituciones de Eslovaquia, art. 16.1, Eslovenia, art. 35, y Finlandia, art. 10).

El derecho de intimidad se califica como personal (Países Bajos, art. 10.1;) o se reconoce en la vida privada o personal y familiar (España, art. 18.1, Grecia, art. 9, y Portugal, art. 26.1)²⁰⁹.

Las libertades de expresión e información encuentran su límite especialmente en el derecho a la intimidad (constituciones de Portugal, art. 26.2 y de España, art. 20.4).

La informática se limita para garantizar la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (España art. 18.4). El acceso a los archivos y registros informáticos se garantiza para los titulares de los datos en ellos contenidos, mientras que se prohíbe respecto de los datos de terceros. (Portugal art. 35, 1 y 4)²¹⁰.

Suecia introduce la peculiaridad de consagrar el derecho de anonimato. En su Ley Fundamental sobre la libertad de prensa se declara que “Ningún autor de material impreso estará obligado a tener su nombre, seudónimo o apellido en ese material” (Capítulo 3, artículo 1).

Por último, la Constitución portuguesa vincula el derecho a la vivienda con la intimidad personal y familiar, estableciendo en el artículo 65,1 que “Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar”.

Como vemos la declaración de un derecho específico a la intimidad no ha supuesto el fin de la evolución en la concreción del objeto protegido. La intimidad

²⁰⁹Constitución de España (art. 18.1): “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Constitución de Grecia (art. 9): “Es inviolable la vida privada y familiar de la persona”. Constitución de la república portuguesa (art. 26.1):” Todos tienen el derecho a la identidad personal, al desarrollo de su personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, a su buen nombre y reputación, a su imagen, a su expresión, a proteger la privacidad de su vida personal y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación”.

²¹⁰ Constitución de la república portuguesa (art. 35): “1. Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a todos los registros informáticos que le conciernen, a requerir que sean rectificadas y actualizadas, y a ser informado de la finalidad a que se destinan las informaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley. 4. El acceso de terceros a los datos personales estará prohibido, salvo en casos excepcionales, de conformidad con la ley”.

recibe otros nombres como “vida privada” y es calificada con adjetivos que la matizan como “personal” y “familiar”. La esfera privada, considerada como ámbito espacial, se vincula a la vivienda que “preserva la intimidad personal y familiar”. Por último, la intimidad entendida como el control que la persona ejerce sobre la información acerca de sí misma, hace surgir límites frente a las libertades de expresión e información y frente a la moderna realidad de la informática.

4.- LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Tras la panorámica ofrecida, detenemos, por último, nuestra atención en el fenómeno contemporáneo de la internacionalización de los derechos humanos.

La trágica experiencia de la Segunda Guerra Mundial con sus atrocidades, hizo tomar conciencia a la comunidad internacional al respecto de elaborar unas reglas generales en materia de derechos humanos.

La sociedad internacional es una sociedad heterogénea, donde coexisten variedad de contextos culturales, políticos y económicos, y en la que se hace “necesario fomentar la aceptación de un conjunto de valores universales y ampliar el consenso en torno al contenido esencial y universal de los derechos humanos”²¹¹.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos, en la actualidad, tiene un contenido mínimo universalmente aplicable, un standard mínimo, por debajo del cual “la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos”²¹².

El derecho internacional de los derechos humanos constituye un derecho de finalidades, que inspirado en el valor de la dignidad humana pretende transformar la sociedad internacional mediante su humanización. Como dice

²¹¹ Bobbio, Norberto (1991) op. cit. pág. 269

²¹² Díez-Picazo, Luis. María (2005) op. cit. pág. 33

Bobbio, la democracia convierte a los súbditos en ciudadanos por mor del reconocimiento de los derechos fundamentales, cuando todos seamos ciudadanos del mundo y no ya de éste o aquel Estado, “habrá una paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa”²¹³.

Con la Declaración de 1948 comenzó una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva. Universal porque los destinatarios son todos los hombres, y positiva porque los derechos humanos “serían efectivamente protegidos”²¹⁴.

Como se expresa en el párrafo 5 de la Declaración y programa de acción de la Conferencia de Viena de derechos humanos de 1993²¹⁵, los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global, dándoles a todos el mismo peso. Y aunque deben tenerse en cuenta las particularidades nacionales y regionales, los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”²¹⁶.

Por el llamado “proceso de humanización del orden internacional”²¹⁷, el individuo ha adquirido personalidad jurídica en dicho orden, siendo sujeto activo y pasivo del mismo. Sujeto activo en cuanto puede ostentar legitimación activa frente a los Estados, en determinados supuestos. Y también sujeto pasivo en cuanto titular de derechos y obligaciones internacionales y responsable penal e internacionalmente por la comisión de determinadas conductas criminales.

²¹³ Bobbio, Norberto (1991) op. cit. pág. 14

²¹⁴ Ibídem. pág.68

²¹⁵ Texto tomado de Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. & Llamas Cascón Ángel. (2001) ob. cit. pág. 321.

²¹⁶El párrafo 5 de la Declaración y programa de acción de la Conferencia de Viena de derechos humanos de 1993 dice expresamente ““Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”

²¹⁷ Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández Liesa, Carlos R. & Llamas Cascón Ángel. (2001). op. cit. pág. 268

La personalidad jurídica del individuo tiene como reverso y garantía la existencia de obligaciones jurídicas por parte de los Estados.

Las manifestaciones de la intimidad también aparecen y se recogen en los textos internacionales, como veremos a continuación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²¹⁸ contempla la conciencia como facultad humana, protege la vida privada y proclama la libertad de conciencia.

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”, proclama solemnemente el artículo 1º.

”Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (art. 12).

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” (art. 18).

En igual sentido se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²¹⁹, en el artículo 8.3.ii) se reconoce la objeción de conciencia al servicio militar; la libertad de conciencia se recoge en el artículo 18.1; en el artículo 17.1 se prohíbe la injerencia en la vida privada de la persona, su familia, su domicilio y su correspondencia; y la vida privada se contempla como un límite a la publicidad de los juicios en el artículo 14.1.

La protección de la información personal es tenida en cuenta en la Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, adoptada en la 26 sesión de la conferencia general de la UNESCO de 11 de noviembre 1997 y hecha suya por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante su Resolución 53/152 de 1998. El artículo 7 establece que: “Se deberá proteger en

²¹⁸ Texto tomado de Oraá, Jaime y Gómez Isa, Felipe (2008) La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bilbao. Universidad de Deusto. págs. 12-14

²¹⁹ Texto tomado del Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343

las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”²²⁰.

El derecho internacional de los derechos humanos también se ha desarrollado, extendiendo su protección a personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad.

Es el llamado proceso de especificación “que se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana”²²¹

También en este ámbito está presente la intimidad en sus distintas manifestaciones.

La Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; establece en el artículo 16. 1, que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”²²².

Junto al derecho universal de protección de los derechos humanos, se ha desarrollado el reconocimiento de derechos en ámbitos regionales, lo que ha permitido la incorporación de particularismos. Veamos algunas de sus manifestaciones en relación con la intimidad.

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (1950) y Protocolos adicionales 1, 4, 6, 7 y 12, 13 y 14 (1952-2010), declara en su artículo 8 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, y en el

²²⁰ Texto tomado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220s.pdf#page=50>. Consultado el 16 de marzo de 2015.

²²¹ Bobbio, Norberto (1991) op. cit. págs. 109 y 110.

²²² Texto tomado de *Los derechos del niño: estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño* (2002). Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. pág. 375.

artículo 9 que “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, o de conciencia y de religión”²²³.

Asimismo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 recoge en su artículo 7 titulado “Respeto de la vida privada y familiar” que “Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”, y en el artículo 10, intitulado “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”²²⁴

La protección de la vida privada personal y familiar, el domicilio y la correspondencia se reconoce en el artículo 11²²⁵ de la Convención Americana de derechos humanos de 1978, adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 18 de julio de 1978; en su artículo 12²²⁶ se declara el derecho a la libertad de conciencia.

Por último la libertad de conciencia se garantiza en la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos de 1981 (Artículo 8)²²⁷.

²²³ Texto tomado del Instrumento de Ratificación por España del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979, págs.. 23564-23570)

²²⁴ Texto consolidado de la Carta de los derechos fundamentales de marzo de 2010, consultado el 27 de febrero de 2015 de http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_es.pdf

²²⁵ Dice textualmente el artículo 11: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²²⁶ Artículo 12.1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión”. Texto tomado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Consultado el 16 de marzo de 2015

²²⁷ Artículo 8: “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades. Texto tomado de http://web.archive.org/web/20120427074055/http://www.achpr.org/english/info/charter_en.html Article 8 “Freedom of conscience, the profession and free practice of religion shall be guaranteed. No one may, subject to law and order, be submitted to measures restricting the exercise of these freedoms”. Recuperado el 16 de marzo de 2015.

Terminamos este apartado haciendo nuestras las reflexiones de Nieves Saldaña cuando apunta, tras reseñar la necesidad de no constreñir la fundamentalidad de la privacidad a una mera dimensión individual subjetiva, que “la protección de la privacidad constituye presupuesto fundacional de la existencia de una ciudadanía activa y participativa, esencia misma del Estado democrático. Si una vida privada al amparo de injerencias no deseables permite el libre desarrollo de la personalidad, si la protección de la privacidad fomenta el desarrollo de la autonomía individual y la autodeterminación personal, aspectos todos que en última instancia promueven una ciudadanía más activa y participativa, su protección es igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad”²²⁸.

²²⁸ Nieves Saldaña, María (2011) El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28 (págs. 279-311) pág.310.

CAPÍTULO III.- EL CONCEPTO DE INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1.-INTRODUCCIÓN-JUSTIFICACIÓN

En el primer capítulo hemos elaborado un marco conceptual multidisciplinar al objeto de poder aproximarnos al fenómeno de la intimidad. En el segundo hemos ofrecido un recorrido histórico por los antecedentes, génesis y evolución del derecho de intimidad; en este excursio se ha utilizado la noción de intimidad previamente obtenida en el capítulo primero. Con estas dos herramientas, visión conceptual y panorámica histórica, pretendemos analizar ahora en este tercer capítulo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en aras de averiguar que concepción, o mejor, que concepciones de intimidad ha utilizado y utiliza el Alto Tribunal.

Para la realización de esta tarea hemos estudiado un centenar largo de sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas a lo largo de sus más de tres décadas de funcionamiento.

Las resoluciones se extienden en el tiempo, desde enero de 1981, momento en que vio la luz la sentencia 2/1981, de 30 de enero, primera que se pronunció sobre el derecho de intimidad, hasta la más reciente a la hora de cerrar estas páginas, la sentencia 151/2014, de 25 de septiembre.

Como tendremos ocasión de ver, el derecho de intimidad, en el ámbito de las prisiones, fue contemplado por primera vez también tempranamente, así en la sentencia 73/1983, de 30 de julio, en la que se abordó la suspensión de comunicaciones y la intervención de la correspondencia entre un interno y su abogado, y en la que el Tribunal señaló la exigencia del respeto máximo a la intimidad que se debe observar en la celebración de estas comunicaciones. Desde entonces son varias las resoluciones que han tenido como objeto la intimidad en la esfera penitenciaria.

Un derecho, no olvidemos, de difícil definición, dinámico y de delimitación casuística.

Y un concepto esencialmente abierto, pues, como nos recuerda Mieres en una rápida reseña que muestra la complejidad de todo ello: “¿Qué hay de común entre el acoso sexual ambiental (sentencia 224/1999, de 13 de diciembre) y la divulgación por un medio de comunicación de que un arquitecto padece SIDA (sentencia 20/1992, de 14 de febrero)? o ¿Qué relación existe entre las inmisiones de ruidos evitables insoportables en el propio domicilio (sentencia 119/2001, de 24 de mayo) y las indagaciones o investigaciones sobre partes íntimas del cuerpo (sentencia 37/1989, de 15 de febrero)?”²²⁹.

Derecho sin el cual, como certeramente apuntó la sentencia 20/1992, de 14 de febrero no es realizable, ni concebible la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental. Ahora bien, dentro de su carácter personalísimo y su ligazón a la propia existencia del individuo, obvio es señalar que no se trata de un derecho absoluto. La eventual limitación, no obstante, lógicamente deberá encontrarse justificada y realizarse en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad. En este punto es inexcusable apuntar, por último, el carácter cambiante y evolutivo de este concepto y su lógica interacción con otros derechos²³⁰.

2.- EL CONCEPTO EXPRESO DE INTIMIDAD UTILIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La primera cuestión que nos hemos planteado en este estudio jurisprudencial es saber si el Tribunal Constitucional utiliza, de modo expreso, alguna concepción de intimidad.

La respuesta es positiva, no sólo no la utiliza sino que considera una labor de los órganos jurisdiccionales la elaboración de un concepto de intimidad.

Así lo expresa, por ejemplo, en su sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, fundamento jurídico 4:“Intimidad y honor son realidades intangibles cuya

²²⁹ Mieres Mieres, Luis Javier (2002), *Intimidad personal y familiar*, Pamplona. Aranzadi, pág. 23.

²³⁰ Sobre esta cuestión vid. Reviriego Picón, Fernando (2008) Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional, Madrid. Universitas.

extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”²³¹.

La primera sentencia de las estudiadas que define la intimidad es la 73/1982, de 2 de diciembre, al afirmar que “la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren”.

En tan breve reseña encontramos el elemento “ámbito”, que la sociología denomina esfera, y el elemento “control”, componente fundamental en la concepción psicológica de intimidad. Cuestiones ambas, que hemos tenido ocasión de estudiar en el capítulo correspondiente.

Posteriormente, en la sentencia 231/1988, de 2 diciembre, y en su fundamento jurídico 3, establece las bases del concepto de intimidad, que el Tribunal Constitucional mantendrá y desarrollará hasta el día de hoy²³².

Este concepto de intimidad, como contenido del propio derecho de su nombre, es el siguiente: “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”²³³.

Poco más de un lustro después, la sentencia 117/1994 de 25 de abril, FJ3, distingue dentro de “los demás”, como sujetos que pueden atentar contra la intimidad, a “los poderes públicos” y a “otras personas”. A este fin utiliza la siguiente expresión: “El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada”.

²³¹ STC 171/1990, de 12 de noviembre (FJ 4).

²³² SSTC 197/1991 de 17 de octubre, FJ3; 219/1992 de 3 de diciembre, FJ3; 142/1993 de 22 de abril, FJ7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ3; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ2; 98/2000, de 10 de abril, FJ5; 115/2000, de 5 de mayo, FJ8; 186/2000, de 10 de julio, FJ5; 159/2009, de 29 de junio, FJ3; 150/2011, de 29 de septiembre, FJ5; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ2; 241/2012 de 17 de diciembre de 2012, FJ3.

²³³ Herrero Tejedor glosa este concepto diciendo que “pocos derechos han merecido frases tan halagüeñas del Tribunal Constitucional. Herrero-Tejedor, Fernando (1998) *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid. Colex. pág. 33

Posteriormente en la sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, FJ5, matiza la expresión “acción de los demás” e introduce el término “injerencia”: “Este artículo (se refiere al art. 18 CE) protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la "acción" ajena y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad”.

Y al llegar aquí, el Alto Tribunal recuerda su doctrina al respecto de que el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada; así como prohíbe las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales», según se establece en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 17.1).

Con estas dos precisiones el Tribunal Constitucional elabora otro concepto de intimidad que ve la luz con motivo de la sentencia 134/1999, de 15 de julio, FJ5. Este concepto desarrolla y matiza varios de los elementos que integran el derecho de intimidad.

En primer lugar, recuerda el ámbito reservado: “El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad”.

A continuación señala el poder de control que ostenta el titular: “El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 C.E. no garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”²³⁴.

²³⁴ Así, Carrillo López precisa que “las señas de identidad del derecho a la intimidad se asientan más en la libre disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito de lo privado”.

Prosigue con el concepto de secreto y la facultad del titular de señalar el contenido del mismo: “Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio”.

Por último hace hincapié en el poder jurídico que otorga el art. 18.1 CE: “Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

A partir de entonces el Tribunal Constitucional utilizará el primer o segundo concepto indistintamente en sus sentencias, y en ocasiones utilizará las dos versiones conjuntamente.

Como muestras de la utilización del segundo concepto citamos, a título de ejemplo, las SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ8; 115/2000, de 5 de mayo, FJ4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ5. Para la utilización conjunta de los dos conceptos, señalamos, a título de ejemplo, la STC 159/2009, de 29 de junio de 2009, FJ3.

Por último en la sentencia 156/2001, de 2 de julio, FJ4, encontramos un tercer concepto de intimidad: “Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, que deriva de la dignidad

Carrillo López, Marc (2008) La intimidad, las celebridades y el derecho a la información. *Diario La Ley*. 6979. En el mismo sentido Carrión Olmos afirma que “corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”. Carrión Olmos, Salvador (2007) El derecho a la intimidad. En Verda y Beamonde, José Ramón de (coord.) (2007) *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (págs. 93-118). Aranzadi. pág.100.

de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente la acción y el conocimiento de los demás. Por ello hemos sostenido que este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida”.

Como podemos ver, en estos conceptos de intimidad, utilizados por el Tribunal Constitucional, se trasluce fácilmente el concepto sociológico de intimidad; es más se puede decir que el primer concepto dado por la jurisprudencia constitucional es un concepto sociológico.

Recordemos que, como apuntamos al comienzo del trabajo, para la sociología la intimidad es “la esfera privada de cada individuo, el ámbito de libertad, reconocido socialmente y garantizado por el Derecho”. Se constata la referida similitud en los términos empleados, si para la Sociología es una “esfera reconocida socialmente”, para el Tribunal Constitucional es un “ámbito según las pautas de nuestra cultura”.

La concepción psicológica también parece reconocerse en este primer concepto jurisprudencial. Si para la Psicología intimidad es “el control selectivo del acceso a uno mismo o al grupo al que uno pertenece” y este control se refiere tanto al contacto físico como a la información; el primer concepto jurisprudencial ya sitúa “el ámbito propio y reservado” frente a la “acción y conocimiento de los demás”; la acción y el conocimiento se corresponden con el acceso y el conocimiento psicológicos.

En los sucesivos conceptos de intimidad utilizados por el Alto Tribunal aparecen nuevos elementos y matices de este control sobre el acceso y la información “psicológicos”.

Así, nos encontramos con las expresiones: “límite de intervención”, “conocimiento y divulgación no consentidos”, “poder de resguardar el ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”, “poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”, “derecho al secreto, a ser desconocido, a que

los demás no sepan qué somos o lo que hacemos”, “vedando que terceros decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada”, “poder personal de reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena”.

Todo lo referente a control de información acerca de uno mismo, a la facultad de señalar los límites de la propia vida privada, a la preservación del secreto personal nos lleva al concepto psicológico de intimidad.

No sucede lo mismo con el concepto filosófico de intimidad, si éste es “la conciencia o capacidad de la persona para sentir su propia vida”; no encontramos rastro alguno del mismo entre los conceptos jurisprudenciales de la intimidad. Se hace necesario adentrarse más en la jurisprudencia constitucional para comprobar si en sus sentencias hallamos la dimensión filosófica de intimidad. Esta profundización nos permitirá, además, comprobar la presencia cuantitativa y los matices, de todas las concepciones de intimidad que estamos utilizando.

3.- LAS DIMENSIONES DE LA INTIMIDAD SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1.- El derecho a la intimidad: un ámbito y un poder.

La referida labor la vamos hacer simultáneamente con el análisis del concepto jurisprudencial del derecho de intimidad. Este análisis tiene dos objetos: el propio concepto y uno de sus elementos esenciales, el ámbito propio y reservado; pues este ámbito íntimo será descrito y delimitado por el Tribunal Constitucional a lo largo de sus sentencias.

En las nociones constitucionales del derecho de intimidad, se configura el mismo como un derecho “vinculado a la personalidad” y “ligado al respeto de la dignidad de la persona”.

Este derecho tiene dos notas esenciales, presupone un ámbito y atribuye un poder.

El ámbito es calificado de propio, reservado y necesario. Propio como perteneciente a la persona; reservado frente a la acción, injerencia, conocimiento y divulgación de los demás o terceros, sean éstos personas o simples particulares o poderes públicos; y necesario, para mantener una calidad mínima de la vida humana, necesidad ésta que se valora y concreta en función de la cultura vigente en cada momento.

El poder atribuido por el derecho de intimidad es un poder jurídico que atribuye a su titular una serie de facultades. La persona tiene el poder de resguardar el ámbito reservado, que constituye la intimidad, para sí y su familia de una publicidad no querida.

Es un derecho al secreto, a ser desconocido, a poseer intimidad, vida privada. Supone un control sobre la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de esa información. Este poder jurídico contiene la posibilidad de vedar a los demás que señalen los límites de nuestra vida privada, de imponerles que no den a conocer esa información, de prohibirles su difusión.

El primer elemento de la intimidad es el ámbito. El término “ámbito”, tiene según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia, las siguientes tres acepciones: 1. Contorno o perímetro de un espacio o lugar; 2. Espacio comprendido dentro de límites determinados, y 3. Espacio ideal configurado por las cuestiones y los problemas de una o varias actividades o disciplinas relacionadas entre sí.

Ámbito, por tanto, hace referencia a una noción espacial, bien física y real, bien figurada y simbólica. El Tribunal Constitucional ha ido precisando los contornos y el contenido de este ámbito del derecho de intimidad. Un análisis de su jurisprudencia nos hace ver como el espacio contenido del ámbito se ha ido agrandando y sus límites precisándose y ensanchándose.

El propio Tribunal lo afirma en su sentencia 110/1984, de 26 de noviembre.

El Tribunal parte de un dato que hemos tenido ocasión de constatar en el capítulo precedente. Es este el hecho de que el respeto a la vida privada, como contenido del derecho de intimidad, ha sido protegido por varias de las libertades clásicas, antes de que surgiese la intimidad como derecho específico: “El reconocimiento

explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”²³⁵.

La sentencia, después, hace referencia al gran progreso de la técnica, a todas luces positivo, pero que también encierra grandes amenazas para la esfera privada individual. De ahí que se haga necesario determinar el ámbito de la intimidad para poder protegerlo eficazmente: “Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad”.²³⁶

La anterior reflexión hace que nos propongamos, ahora, examinar qué dimensiones de la intimidad ha incorporado el Tribunal Constitucional al concepto de intimidad, o dicho con la terminología que hemos adoptado, qué dimensiones se han incluido en el ámbito de la intimidad. Pues, en palabras de Delgado del Rincón, el derecho a la intimidad es “un derecho dinámico, contingente y de delimitación casuística”²³⁷

²³⁵ STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ3.

²³⁶ STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ3

²³⁷ Delgado del Rincón, Luis E. (2006) Algunas consideraciones sobre la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. *Teoría y realidad constitucional* Nº 18 (págs. 191-221) pág. 193.

Nuestro recorrido jurisprudencial por el ámbito de la intimidad, lo haremos desde dentro hacia fuera; es decir, partiendo y contemplando al individuo, a la persona, desde su interior hacia el exterior. De esta manera la primera dimensión de la intimidad investigada será la propia conciencia, a continuación, las dimensiones corporales, el espacio físico, los medios de comunicación y de expresión, las relaciones sociales: familiares, laborales, etc.; los datos y la información sobre la persona y por último aquéllos datos excluidos del ámbito íntimo.

3.2.- La intimidad como conciencia o la dimensión interior de la intimidad

Aunque, como dejamos dicho en su momento, la concepción filosófica de la intimidad no aparece en los conceptos expresos que utiliza el Tribunal Constitucional, su jurisprudencia no está huérfana, en modo alguno, de tal dimensión. Es más, la primera de las sentencias en las que se acerca a esta cuestión y que analizamos ahora, hace referencia a la intimidad filosófica.

Así es, la sentencia 2/1981, de 30 de enero, utiliza la concepción de intimidad, referida a la conciencia, al centrarse en el plano de las intenciones subjetivas. Frente a las alegaciones de que “se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal por haber entrado la Sentencia en las intenciones del recurrente”, el Tribunal Constitucional responde que “El derecho presuntamente vulnerado no padece cuando los Tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva -elemento subjetivo del injusto penal- o pasa a integrar algunas de las formas de la culpabilidad de la conducta exteriorizada por el autor”²³⁸.

Por su parte, la posterior sentencia 160/1987, de 27 de octubre, vincula la intimidad a la conciencia cuando afirma que aquélla reside en el ámbito secreto de ésta: “La posible colisión con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 C.E., desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien

²³⁸ STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 7.

entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas -y por tanto exteriores a su conciencia- de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias”²³⁹.

Por eso siempre ha de existir y exigirse el consentimiento para manifestarla, es decir, la libre decisión de la voluntad²⁴⁰.

La misma doctrina y la misma vinculación entre conciencia e intimidad vuelve a aparecer en la sentencia 151/2014, de 25 de septiembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido contra una ley foral que creó un registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido dice el Tribunal “que el derecho a la objeción de conciencia no se ejerce en el estricto ámbito de la esfera íntima del sujeto” (FJ7).

De singular interés para nuestro estudio resulta la sentencia 89/1987, de 3 de junio, al tratarse de la segunda que trata de la intimidad penitenciaria²⁴¹. Esta resolución circunscribe la intimidad a la vida interior, reconduciéndola así al núcleo de la conciencia. Dice literalmente la sentencia: “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 íntimas”.

Parece, por tanto, que a juicio del Alto Tribunal en la prisión la intimidad es “interior”²⁴².

Por último, traemos a colación, la sentencia 162/1999, de 27 de septiembre, que vuelve a relacionar la intimidad con la zona espiritual y reservada que habita en la conciencia individual.

²³⁹ STC 160/1987, de 27 de octubre FJ 4.

²⁴⁰ González Gaitano, Norberto (1990) *El deber de respeto a la intimidad. Información pública y relación social*. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra. pág. 63.

²⁴¹ La primera fue la Sentencia 73/1983, de 30 de julio de 1983

²⁴² STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.

Esta resolución²⁴³ analiza la supuesta lesión del derecho al Juez imparcial, que en la demanda se vinculaba a la relación de "amistad íntima" que, según se alegaba, existía entre el presidente de la sala enjuiciadora y uno de los acusadores.

La recusación planteada fue rechazada por los órganos judiciales, aun dando por ciertos los hechos alegados en la demanda: unos almuerzos del juez con uno de los acusadores, pues "tal relación social no es expresiva de la amistad íntima que justificaría el apartamiento del Juez".

Una relación de amistad con las partes puede invalidar a un juez, al comprometer su imparcialidad; pero tal relación "no es cualquier relación de amistad, sino aquella que aparezca connotada por la característica de la intimidad entre dos personas".

La amistad, prosigue el Tribunal, puede considerarse un concepto técnicamente indeterminado, pero, en absoluto, vago o subjetivo; y recogiendo la primera acepción de amistad que recoge nuestro Diccionario de la Lengua, a tenor de la cual es afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato, el juzgador constitucional añade que este afecto "aparece caracterizado por la nota de la intimidad cuando penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada de la persona".

Concluye el Alto Tribunal su razonamiento, afirmando que "desde luego, no reúne tales características aquellas que puede deducirse de los ocasionales encuentros que se alegan en la demanda".

La intimidad como realidad intangible aparece en la sentencia 69/1999, de 26 de abril, vinculada al domicilio. El Tribunal señalará que el domicilio constitucionalmente protegido en el caso de las personas físicas, como morada o habitación "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad...lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada... Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es

²⁴³ STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 7

el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar”²⁴⁴.

Intención subjetiva, ámbito secreto donde residen las convicciones, vida interior, zona espiritual, emanación de la persona; todas son manifestaciones de la intimidad como conciencia, ya estudiadas en nuestro capítulo primero.

Una persona tiene intenciones porque tiene intimidad o “fuero interno”, donde puede adoptar decisiones libres y responsables. Las convicciones habitan en el recinto secreto de la vida anímica personal, en la “esfera de lo-mío” según expresión de Laín Entralgo ya reproducida más arriba. La esencia de la intimidad es la interioridad, los espacios interiores, donde el hombre se siente vivir. Por último la intimidad, aunque se resiste a la información, porque el lenguaje no puede expresarla en toda su entidad, sí es posible percibirla en cuanto es emanación.

3.3.- La intimidad corporal o la dimensión física de la intimidad

La jurisprudencia constitucional incluye la dimensión físico-corpórea de la persona en el ámbito de la intimidad, distinguiendo a su vez distintos ámbitos que procederemos a continuación a desgranar.

Antes de ello cabe apuntar, con Díaz Revorio que la intimidad corporal es una nueva manifestación del derecho a la intimidad creada o reconocida por el Tribunal Constitucional, ya que en una primera impresión no forma parte de su contenido más originario; y en segundo lugar, porque su reconocimiento explícito por el Tribunal Constitucional no se produjo sino de forma muy tardía; para este autor, esta manifestación obedece más bien a la idea de proteger una cierta “inmunidad corporal”, que la vida privada entendida como ámbito de la esfera

²⁴⁴ STC 69/1999, de abril FJ 2.

íntima o familiar en el que un individuo puede desarrollar libremente su personalidad²⁴⁵.

3.3.1.- *Las actuaciones sobre el cuerpo y la desnudez.*

Para el Tribunal Constitucional “La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona”. Así se señala, por ejemplo, en la sentencia 37/1989, de 15 de febrero, FJ7; donde se enjuició la constitucionalidad de un examen médico con el fin de detectar señales de una posible interrupción de embarazo²⁴⁶.

De esta manera, según el Tribunal Constitucional, el ordenamiento protege el sentimiento de pudor, si bien éste no se considera como algo subjetivo sino que se pone en relación con las “estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”; “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural” que se determina “por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal”²⁴⁷.

El Tribunal Constitucional estima que no pueden considerarse intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que “por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se

²⁴⁵ Díaz Revorio, F. Javier (1997) La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furiol Ceriol* nº 20/21 (págs.175-186).págs. 175 y 176.

²⁴⁶ López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos criticaron esta sentencia en un artículo titulado “La intimidad corporal devaluada”. López Barja de Quiroga, Jacobo y Rodríguez Ramos, Luis (1989). La intimidad corporal devaluada. *Poder Judicial* nº 14 (págs.123-130)

²⁴⁷ Ruiz Miguel al valorar esta afirmación del Tribunal Constitucional dirá que “Se trata de un ámbito brumoso, difícil o imposible de perfilar nítidamente”. Ruiz Miguel, Carlos (1995) *La configuración constitucional del derecho de intimidad*. Madrid. Tecnos. pág. 81

realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”²⁴⁸.

Por otra parte, también la desnudez del cuerpo es tenida en cuenta a la hora de valorar la afectación de la intimidad. Así se destaca en la relevante sentencia 57/1994, de 28 de febrero.

Una desnudez impuesta vulnera la intimidad personal: “una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal”; quiebra que se acrecienta si a la persona desnuda se le obliga a “exhibir o exponer el cuerpo en movimiento”; si además la posición del cuerpo es “inhabitual e inferior... respecto a quien imparte la orden..., ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre”²⁴⁹.

Asimismo la desnudez de la persona unida a su identificación en unas fotografías publicadas sin su consentimiento “vulnera sus derechos a la intimidad”²⁵⁰.

Igualmente, las intervenciones corporales leves, como los análisis de sangre y de orina, y otras pruebas médicas, aunque no afecten a la intimidad corporal, pueden interesar la esfera de la intimidad personal, pues a través de ellas se puede obtener información sobre el individuo.

La no vulneración del derecho a la intimidad corporal por alguna concreta actuación no significa que no se pueda lesionar el derecho más amplio que es la intimidad personal, en la que se integra la corporal, ya que esta lesión “podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido”²⁵¹.

El derecho a la intimidad personal, garantizado por el art. 18.1 CE, tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. De este modo, la cobertura constitucional significa que las intervenciones corporales pueden significar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho

²⁴⁸En el mismo sentido SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ5; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, y 196/2004 de 15 de noviembre, FJ5.

²⁴⁹ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7.

²⁵⁰ STC 156/2001, de 2 de julio, FJ7.

²⁵¹STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9

a la intimidad personal; no por las intervenciones en sí mismas sino “por lo que a través de ellas se pretenda averiguar”²⁵².

Esto es lo que ocurre en los hechos enjuiciados, en los que a través “de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas”.

De este modo una prueba médica “supone una afectación en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido algún género de drogas”²⁵³.

3.3.2.- *La sexualidad*

Todo lo referente a la sexualidad se integra de modo natural en el ámbito íntimo.

El Tribunal así lo afirma en la sentencia 89/1987, de 3 de junio:

“Es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados”²⁵⁴.

Una década más tarde, vuelve a señalar enfáticamente el carácter íntimo de las relaciones sexuales: “algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E.”, Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, FJ5.

El mismo carácter superlativo reviste otra declaración de la misma época: “Una esfera personalísima como es la sexualidad”, sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2.

La sentencia 185/2002, de 14 de octubre, considera que ciertos datos relativos a la sexualidad de la persona deben de mantenerse reservados: “con los

²⁵²STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3.

²⁵³ En el mismo sentido SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; 25/2005 de 14 de febrero, FJ 6, y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4.

²⁵⁴ STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2:

reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad”²⁵⁵.

De nuevo unos reportajes periodísticos sobre una agresión sexual motivaron que la sentencia 127/2003, de 30 de junio, declarase la difusión de los datos como atentatoria contra la dignidad de la víctima del delito: “La divulgación de estos datos permitió perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho gravemente atentatorio para su dignidad personal, cual es el haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual”²⁵⁶.

3.3.3.- La salud, el dolor y la muerte

Íntimo se considera también todo lo referente a la salud, el dolor y la muerte.

En septiembre de 1984, la difusión televisiva de la filmación de los primeros auxilios practicados al famoso torero “Paquirri” después de una cogida que resultaría mortal, produjo un gran impacto social. Estos hechos motivaron que su viuda, la también famosa cantante Isabel Pantoja, recurriera en amparo de su derecho fundamental a la intimidad.

La sentencia 231/1988, de 2 de diciembre de 1988, reconoció el derecho de la recurrente desarrollando importantes afirmaciones en sus fundamentos jurídicos 6 y 8:

Constata que las imágenes difundidas reproducen con toda claridad las heridas sufridas por el diestro, así como su dolor y postración, y afirma que según las pautas de nuestra cultura, dichas imágenes causan dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido “no sólo por la situación que reflejan en ese

²⁵⁵ STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ4

²⁵⁶ STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 9

momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte”.

De lo anterior concluye rotundamente que las referidas imágenes inciden en la intimidad personal y familiar de la viuda del torero finado y afirma, también con contundencia, que no se pueden convertir en espectáculo el dolor y la muerte de una persona sin afectar gravemente a su dignidad: “En ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E.”²⁵⁷.

En la sentencia 70/2009, de 23 de marzo, se considera la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, no sólo como un elemento importante de su vida privada, sino especialmente sensible desde la perspectiva de la intimidad y, por tanto, digna de protección desde el ámbito de este derecho. De ahí que concluya el Tribunal²⁵⁸ que “el derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma”²⁵⁹.

La sentencia 159/2009, de 29 de junio, parte de los razonamientos de la anterior resolución, y se sirve de ellos para incluir el proceso morboso de una persona en

²⁵⁷ Herrero-Tejedor llama la atención al respecto de que esta sentencia constituye el primer pronunciamiento constitucional relativo al derecho a la intimidad en nuestra historia jurídica, y el hecho de que en él se “haga una afirmación tan elevada acerca del valor del derecho para la vida humana, resulta altamente significativo. Máxime cuanto que tal afirmación ha sido reiterada posteriormente respecto al mismo derecho a la intimidad, pero no se ha aplicado el canon de necesidad para la calidad de vida a ningún otro derecho. Es precisamente esa necesidad en orden a un nivel de calidad de vida mínimamente aceptable lo que nos lleva a reconocer a la intimidad una posición propia y superior a la de otros derechos, incluso fundamentales”. Herrero-Tejedor, Fernando (2007) Comentario a la STC 231/1988, de 2 de diciembre. Caso Paquirri. En Dorrego de Carlos, Alberto (Coord.) *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. 25 sentencias fundamentales comentadas* (págs. 107-115) Madrid. Difusión jurídica y temas de actualidad. págs. 114 y 115.

²⁵⁸ STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2

²⁵⁹ Tiene interés destacar, al hilo de esta sentencia, el caso *Woods v. White*, 689 F. Supp. 874, 876 (W.D. Wis. 1988) que determinó el derecho constitucional de un recluso a la privacidad sobre su historial médico.

su ámbito íntimo: “Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno”. Posteriormente llama la atención, sobre la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y el secreto profesional médico; razón por la cual “en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad”²⁶⁰.

Conectado con la idea de la muerte apuntada tiene cierto interés señalar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 12 de noviembre de 2002 (caso Ploski v. Polonia) entendió que se vulneró el derecho al respeto de la vida familiar por la no autorización a un interno de acudir a entierro de sus padres cuando no existía el más mínimo riesgo de fuga²⁶¹.

3.3.4.- *La propia imagen*

Por último, aunque se considera un derecho autónomo, no podemos dejar de referirnos, aunque mínimamente, al derecho de la propia imagen, dada su estrecha relación con la intimidad corporal. Conceptualmente ambos derechos participan de una misma esencia y naturaleza. Es más, para un sector de la doctrina el contenido del derecho a la propia imagen se aproxima sensiblemente en la jurisprudencia al contenido del derecho de intimidad²⁶².

²⁶⁰ STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3a). Carrillo López cita al respecto el Auto del Tribunal Constitucional 600/1989, de 11 de diciembre, FJ 2, a cuyo tenor “en cuanto al secreto profesional, en especial el secreto médico, es concebido como una norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser, no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y garantía del derecho a la intimidad de los pacientes”. Carrillo López, Marc (2008) La intimidad, las celebridades y el derecho a la información. *Diario La Ley*. 6979.

²⁶¹Esta sentencia se puede encontrar en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60733>

²⁶² Ruiz Miguel, Carlos (1995) *La configuración constitucional del derecho de intimidad*. Madrid. Tecnos. pág. 112

Idea que refleja expresamente la sentencia 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4263, cuando afirma que “En este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen”.

Y ello, como dice la sentencia 99/1994, de 11 de abril, FJ5, en lógica conexión con la dignidad de la persona en cuanto uno y otro contribuyen a su preservación “salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros”. El aspecto físico es el primer elemento configurador de la intimidad de una persona y de su esfera privada, pues es un instrumento básico de identificación y un factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. Por ello no resulta extraño que dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, “resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico”²⁶⁴.

Como afirma la sentencia 117/1994, de 25 de abril, con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al mismo tiempo, “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”. Si el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, dicha intervención, en el derecho de la propia imagen, “puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado”. Los derechos a la intimidad y a la propia imagen, son expresión de la persona misma, y como tales “disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular”²⁶⁵.

²⁶³ Esta Sentencia 170/1987, de 30 de octubre, es denominada “de la barba” por Martínez de Pisón, pues en ella se desestimó un recurso de amparo interpuesto por un trabajador que había sido despedido por dejarse barba. Martínez de Pisón Caveró, José (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Cívitas. pág. 173

²⁶⁴ STC 99/1994, de 11 de abril, FJ5

²⁶⁵ STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3.

Por tanto, la intimidad de una persona puede quedar afectada mediante la captación y reproducción de su imagen.

Mas ¿qué significa a los efectos que ahora interesan, el hecho de que mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad? Pues que podrán resultar lesionados uno de los dos derechos o los dos simultáneamente. Así lo explica el Alto Tribunal en su sentencia 156/2001, de 2 de julio, resultará afectado el derecho a la intimidad pero no el de la propia imagen cuando mediante las reproducciones gráficas “se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos”. En segundo lugar, se vulnerará el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, “cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad”. Por último se lesionarán ambos derechos cuando la imagen “revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada”²⁶⁶.

En definitiva, según hemos visto, la dimensión físico-corpórea de la intimidad nos remite al concepto psicológico de ésta, en su dimensión de control. En el capítulo primero vimos como la intimidad, en cuanto control, significa que la persona tiene la necesidad de regular tanto el contacto con los demás como la información acerca de sí misma.

La necesidad de controlar el acceso físico a uno mismo, hace que se impida la indagación o pesquisa sobre el propio cuerpo, así como la exhibición de la desnudez, con lo que se protege el sentimiento de pudor. Con la prohibición de las intervenciones corporales leves no sólo se imposibilita el acceso físico sino también la obtención de información personal que se conseguiría con los mismos.

El ámbito íntimo corporal comprende la sexualidad, la salud, el dolor y la muerte del individuo. Es decir todo aquello que, como también vimos en el capítulo

²⁶⁶ STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 3. En el mismo sentido SSTC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 14/2003, de 28 de enero, FJ 4 ; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 12/2012, de 30 de enero, FJ 5, y 29/2013, de 11 de febrero, FJ 8.

primero, sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar ni mostrar, y que por ello se encierra en lo privado.

Por último la imagen, aunque protegida por un derecho fundamental autónomo, es también un elemento configurador de la intimidad. Nuestra propia imagen al conformarnos físicamente permite identificarnos y reconocernos como individuos únicos, por lo que se integra en la esfera privada que es objeto de protección.

3.4.- La dimensión espacial de la intimidad

Aunque dotados de entidad propia y diferenciada, los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, art. 18.1 CE, y a la inviolabilidad del domicilio, art. 18.2, están muy vinculados.

Así lo declara nuestro Alto Tribunal en la Sentencia 160/1991, de 18 de julio, FJ8, cuando califica de estrecha “la relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar” en la Constitución española²⁶⁷.

El domicilio es considerado como ámbito de intimidad y como elemento básico de la intimidad personal.

La irrupción en el domicilio se considera una “irrupción en el ámbito de la intimidad”²⁶⁸.

La entrada en un domicilio sin el consentimiento de su titular exige la especificación del propio domicilio y los motivos de su registro, para garantizar “ese básico elemento de intimidad personal”²⁶⁹.

Como ya hemos visto en la dimensión interior de la intimidad, el domicilio, además de un espacio físico, contiene la emanación de una persona física y de su esfera privada.

²⁶⁷ En este sentido dice Cabezudo Bajo que “la vida privada y familiar ha sido admitido pacíficamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Cabezudo Bajo, María José (2004) *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*. Madrid. Iustel.pág. 108.

²⁶⁸STC 76/1992 de 14 de mayo, FJ3.

²⁶⁹ STC 290/1994, de 27 de octubre, FJ3.

Cuando la Constitución protege el domicilio de las personas físicas, no sólo preserva un espacio físico sino también “lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada”. El núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio “en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar”²⁷⁰.

La sentencia 94/1999, de 31 de mayo de 1999, considera domicilio constitucionalmente protegido un “espacio apto para llevar vida privada”, donde sus moradores pueden vivir sin sujeción a usos y convenciones sociales, sino “ejerciendo su libertad más íntima”²⁷¹.

El domicilio es uno de los ámbitos de intimidad “excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros”, y que se delimita “en función del libre desarrollo de la personalidad”²⁷².

El desarrollo de la personalidad, que el domicilio como ámbito íntimo propicia, puede verse impedido por un agente como el ruido²⁷³.

De este modo, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que el domicilio dispensa, debe estar protegido frente a una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables “en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo

²⁷⁰ STC 69/1999, de 26 de abril, FJ2. En el mismo sentido SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ5, y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ5.

²⁷¹ STC 94/1999, de 31 de mayo de 1999, FJ7. En el mismo sentido SSTC 119/2001, FJ5, y 150/2011, FJ 5.

²⁷² STC 119/2001 FJ 6. En el mismo sentido SSTC 16/2004, de 23 de febrero de FFJJ 3 y 4, y 150/2011 FJ6.

²⁷³ Destaca Gómez Montoro la importancia del alcance de los principios rectores de la política social y económica, tanto en el plano político como en el de las decisiones judiciales, con la tendencia de dotarlos de una eficacia que trasciende la prevista en el art. 53.3 CE; ello con los intentos de *iusfundamentalizar* algunos de esos principios como la tutela del medio ambiente o el derecho a la salud, como sucede en el caso de la tutela frente al ruido –incluso olores– y el daño bienes protegidos por derechos tales como la integridad física y moral (art. 15 CE), la intimidad (art. 18.1 CE) o incluso la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), (2007) Encuesta sobre derechos fundamentales, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20 (págs.. 11-57) pág. 29.

provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”²⁷⁴.

La protección a la intimidad también se extiende a lugares donde, aun no siendo domicilio, la persona tiene la expectativa de estar al resguardo, como pueden ser una consulta profesional, un paraje inaccesible o un lugar solitario.

Veamos alguno de estos supuestos que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de conocer.

Un reportaje grabado con cámara oculta fue el supuesto fáctico de la sentencia 12/2012, de 30 de enero²⁷⁵. En la misma el Tribunal explica cómo el modo en que se recoge una información puede resultar lesiva para los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Así sucede cuando una información se obtiene mediante videograbación subrepticia y en un ámbito “indudablemente privado”, como es el despacho de un profesional, donde lo comunicado tiene carácter confidencial. En un paraje inaccesible, en un lugar solitario o en una consulta profesional, la persona tiene la expectativa razonable de “encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno”. Esta confianza se convierte en “criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas”.

En suma, en el ámbito de la intimidad se incluye el espacio físico, donde la persona tiene la confianza en estar a salvo de la mirada ajena. El hombre necesita de ese espacio privado, donde, a diferencia del espacio público, puede expresarse con espontaneidad, donde puede, en definitiva, ser él mismo y desarrollarse en libertad.

El domicilio es el espacio íntimo por excelencia, que se define como el espacio apto para llevar vida privada. Lejos de ser un simple continente del desenvolvimiento de la vida privada, es un lugar con significado, merced a la impronta que la persona, en cuanto ser espiritual, deja en él.

²⁷⁴ STC 119/2001, FJ 5. En el mismo sentido SSTC 16/2004, FJ 6, y 150/2011, FJ6.

²⁷⁵ STC 12/2012, de 30 de enero, FFJJ 5 y 7

Además del domicilio, el espacio íntimo pueden serlo otros lugares, donde la persona alberga la razonable expectativa de estar al abrigo de observadores extraños.

3.5.- Las comunicaciones

Aunque gozan de la protección de un derecho fundamental específico²⁷⁶, las comunicaciones son manifestación de la intimidad. La observación de las comunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal. Para proteger la intimidad se garantiza la impenetrabilidad y el secreto de las comunicaciones, tanto de la identidad de los interlocutores como de lo comunicado, sea cual sea su contenido y el cauce tecnológico utilizado.

Las comunicaciones constituirán una cuestión de interés en el ámbito penitenciario, dada su especificidad y las limitaciones que pueden sufrir.

El Tribunal entiende como una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida “La observación de las telecomunicaciones”²⁷⁷.

El secreto de las comunicaciones guarda un estrecho parentesco con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar “por ser una de sus manifestaciones fenoménicas”.

El secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial “consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva”.

El concepto jurídico de lo secreto tiene un carácter formal y abstracto, “ya que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. El

²⁷⁶ Rodríguez Ruíz insiste en “la conveniencia de reconocer el secreto de las comunicaciones como un derecho con fronteras propias y desvinculadas de las de la intimidad”. Rodríguez Ruiz, Blanca (1998) *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid. McGraw-Hill, Interamericana de España. págs. 20 y 21.

²⁷⁷ STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ3. En el mismo sentido STC 123/1997, de 1 de julio, FJ4.

secreto no sólo alcanza al mensaje sino también a otros elementos del mismo como son “la identidad de los interlocutores o los corresponsales”. En definitiva, el secreto de las comunicaciones garantiza la “impenetrabilidad de la comunicación por terceros con eficacia erga omnes, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos”²⁷⁸.

El secreto de las comunicaciones es un instrumento eficaz para proteger la intimidad, tal y como lo señala la sentencia que acabamos de ver en su fundamento jurídico 5: “Al objeto de dar la máxima protección a los derechos constitucionales al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.), para cuya efectividad el secreto de las comunicaciones es un instrumento constitucionalmente previsto (art. 18.3 C.E.)”²⁷⁹.

Y, por supuesto, la protección de la intimidad en las comunicaciones atraviesa los muros de las prisiones.

Al referirse a las limitaciones que pueden experimentar las comunicaciones genéricas²⁸⁰, el Alto Tribunal recuerda como el art. 51.1 de la L.O.G.P., “impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad”²⁸¹, sentencia 175/1997, de 27 de octubre, FJ3; en el mismo sentido STC 128/2013, de 3 de junio, FJ4.

²⁷⁸ STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ4.

²⁷⁹ Martín Morales afirma que “Así como el derecho a la intimidad se comporta constitucionalmente como garantía de la libertad, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantía de la intimidad, pero adquiriendo, además, la función de garantía de una gran variedad de derechos y libertades”. Martín Morales, Ricardo (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid. Civitas.

²⁸⁰ Aunque serán objeto de amplio desarrollo más adelante, se hace necesario precisar que la Ley Orgánica General Penitenciaria distingue dos clases de comunicaciones: las llamadas genéricas y las denominadas especiales. Las genéricas están reguladas en el artículo 51 LOGP y son aquellas que el interno mantiene con familiares, amigos, representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, abogado defensor, abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, procuradores que lo represente, profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, asistentes sociales y sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Las comunicaciones especiales, por su parte, están reguladas en el artículo 53 LOGP, se mantienen con familiares y allegados íntimos y se celebran sin barreras. Se desarrollan en el Reglamento Penitenciario (art. 45) y se distinguen entre “íntimas”, “familiares” y “de convivencia”..

²⁸¹.STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ3. En el mismo sentido STC 128/2013, de 3 de junio, FJ4.

Las nuevas tecnologías, en concreto la informática, además de un medio de comunicación, es un soporte de información privada que debe garantizarse. El acceso al contenido del ordenador personal puede vulnerar tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como el derecho a la intimidad personal. Así se expresa en la sentencia 173/2011, de 7 de noviembre: Toda la información personal o profesional que se puede ir acumulando, a través del tiempo, en un ordenador personal “no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano”. Los datos que guarda un ordenador personal, considerados aisladamente, pueden ser irrelevantes, pero puestos en relación todos ellos pueden configurar “un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”.

Además, dado que un ordenador es un instrumento para la emisión y recepción de correos electrónicos, puede quedar afectado, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos quedan almacenados en la memoria del ordenador. “Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información”²⁸².

3.6.- La intimidad relacional

Una vez contemplado el individuo en sí mismo, como interioridad y como realidad corporal, una vez observadas su proyección en el espacio y su expresión en las comunicaciones; la intimidad se ocupa de sus relaciones. Cuando la persona sale de sí misma y entra en relación con los otros también se abren parcelas de intimidad.

²⁸² STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3

La intimidad del individuo no sólo es la personal sino que se extiende a la intimidad de las personas con las que está vinculado, como son los familiares²⁸³.

Así la sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, afirma que el derecho a la intimidad personal y familiar del individuo se extiende a aspectos de la vida de otras personas con las que guarda una vinculación estrecha, como es la familiar²⁸⁴. El vínculo hace que esos aspectos incidan en la propia esfera de la personalidad del individuo, resultando para éste un derecho a la intimidad propio, no ajeno, pues “no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible”²⁸⁵.

Se atribuye, por tanto, a la persona “el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”²⁸⁶.

Las relaciones conyugales, la elección del cónyuge y la forma de celebración matrimonial son cuestiones íntimas.

La sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, califica de muy privada la relación conyugal y de “peculiarmente” íntimas las relaciones sexuales

²⁸³ Carrión Olmos puntualiza al respecto que “ociosa resulta desde luego la consideración de en la actualidad la exacta y precisa delimitación de qué haya de entenderse por la toma en consideración de los distintos tipos de familia (o “modelos familiares”) en la actualidad existentes en la realidad social de nuestro país”. Carrión Olmos, Salvador (2007) El derecho a la intimidad. En Verda y Beamonde, José Ramón de (coord.) (2007) *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. (págs. 93-118). Aranzadi. pág. 99.

²⁸⁴ Una vinculación estrecha se puede mantener asimismo con personas ajenas a la familia, como son los amigos. En este sentido ya en 1995, Ruiz Miguel, se hacía eco de las opiniones doctrinales que extendían la intimidad familiar a la amistad. Ruiz Miguel, Carlos (1995) *La configuración constitucional del derecho de intimidad*. Madrid. Tecnos. pág. 84

²⁸⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ4. En el mismo sentido SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ3; 190/1996, de 25 de noviembre, FJ2, y 134/1999, de 15 de julio, FJ5.

²⁸⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11.

extramatrimoniales mantenidas por la esposa “que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E”²⁸⁷.

Una publicación que afirma una relación adúltera de una persona constituye “una ofensa grave contra su honor y el de su cónyuge”, y afecta a la intimidad personal y familiar”²⁸⁸.

En el seno de una peculiar relación laboral como es la de los profesores de religión de los centros públicos²⁸⁹, donde los docentes deben ser propuestos por el obispo correspondiente, cabe destacar la sentencia 51/2011, de 14 de abril, FJ12. En el supuesto de hecho, la decisión de no renovar la propuesta para impartir docencia se fundamentó en que la profesora había optado por contraer matrimonio en forma civil. El Tribunal Constitucional declarará que la elección de la forma de matrimonio se sitúa en la esfera de la intimidad personal y familiar, y en consecuencia la decisión de no renovación, no está justificada, ya que “esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”.

Y en materia impositiva merece destacar la sentencia 45/1989, de 20 de febrero, donde se enjuiciaba la constitucionalidad del art. 34.3 de la Ley 44/1978, reguladora del IRPF, que obligaba a los cónyuges a suscribir conjuntamente una declaración única, o, en todo caso, cuando no hubiese acuerdo entre ellos, formular cada uno de ellos una declaración comprensiva de todas las rentas de la unidad familiar. Extremo este último que imponía a los esposos el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre su respectivo cónyuge en la estimación de sus propias rentas, lo que suponía “la

²⁸⁷ STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5

²⁸⁸STC 200/1998, de 14 de Octubre, FJ8.

²⁸⁹ Una reflexión sobre los derechos fundamentales de este colectivo docente se puede encontrar en Brage Camazano, Joaquín (2007) La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador) *Teoría y realidad constitucional* nº 20 (págs. 633-654)

obligada manifestación pública de una discordia en el seno de la familia”. El Tribunal llegó a la conclusión de que el precepto debía ser declarado inconstitucional, por violentar “tanto la intimidad individual de los propios cónyuges, como la de la familia”²⁹⁰.

Incluso en la relación conyugal se reconoce un espacio reservado para la persona.

Sirva para ilustrar esta afirmación, la sentencia 47/2001, de 15 de febrero de 2001, recaída también en materia impositiva. El Tribunal parte “del reconocimiento de que en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos” y que este derecho a la intimidad personal “no puede desconocerse en el ámbito de las relaciones matrimoniales”. El Tribunal arguye en fundamento de su afirmación la existencia en nuestro derecho de disposiciones que permiten a los cónyuges “mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas”; así lo pone de manifiesto no sólo la libertad de capitulaciones del art. 1315 CC, sino también “la existencia de bienes privativos de cada uno de los cónyuges (arts. 1346, 1348 a 1361 y 1381 CC), respecto de los cuales la ley no establece ningún deber de información”²⁹¹.

Otras relaciones afectivas distintas a las matrimoniales se integran también en la esfera privada.

Así lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 121/2002, de 20 de mayo, donde los datos publicados en el relato de un crimen, relativos a las relaciones afectivas de alguno de los implicados, lleva al Tribunal a señalar que “su revelación nos sitúa básicamente en el ámbito de la intimidad”²⁹².

El origen y la filiación, de igual forma, se incluyen en el ámbito de lo íntimo.

²⁹⁰ STC 45/1989, de 20 de febrero, FFJJ 9 y 10

²⁹¹ STC 47/2001, de 15 de febrero de 2001 FFJJ 8 y 9

²⁹² STC121/2002, de 20 de mayo, FJ2

Es claro el Tribunal, a este respecto, al considerar que desde la perspectiva de la dignidad de la persona “la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado” forman parte de “de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo”; lo que además coadyuva a alcanzar el objetivo constitucional de la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, establecido en el artículo 39.2 C.E. -art. 178.1 C.C)²⁹³.

También las relaciones y costumbres familiares, las características de los enseres y del ajuar del hogar se integran en la intimidad personal y familiar.

En la sentencia 115/2000, de 5 de mayo²⁹⁴, se valora la divulgación de datos sobre una persona relevante socialmente. Estos datos hacían referencia, entre otros, a las relaciones entre los miembros de la familia de la persona pública afectada, al carácter y la vida de sus hijos, a sus hábitos domésticos cotidianos, a los regalos navideños y al dinero del que dispone una de sus hijas. El Tribunal es rotundo al afirmar que dichos datos al pertenecer al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar “están directamente vinculados con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”; y que por esa simple pertenencia a la esfera íntima gozan de la protección que la Constitución dispensa a “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -

²⁹³ STC 197/1991 de 17 de octubre, FJ3).

²⁹⁴ El caso de esta sentencia suscitó importantes diferencias entre el Tribunal Constitucional y la Sala Primera del Tribunal Supremo, dando lugar al intercambio de varias resoluciones entre ambos Tribunales. En esta sentencia 115/2000, de 5 de mayo, el Tribunal Constitucional anuló la STS, Sala Primera, de 31 de diciembre de 1996, al entender, en contra del criterio mantenido por el Tribunal Supremo, que la revelación por una revista de determinados aspectos de la vida familiar de Isabel Preysler lesionaba su derecho a la intimidad personal y familiar. Además, el Tribunal Constitucional, devolvió el caso a la Sala Primera del Tribunal Supremo para que valorase la indemnización de la intromisión ilegítima en el derecho fundamental lesionado. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de julio de 2000, fijó una indemnización de veinticinco mil pesetas, atendiendo al “carácter insignificante” del daño moral causado. La resolución del Supremo fue nuevamente recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional que, en la STC 186/2001, de 17 de septiembre, lo estimó. Sin embargo, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional no devolvió el asunto a la Sala Primera del Supremo, sino que fijó directamente como quantum indemnizatorio la cantidad de diez millones de pesetas, cuya fundamentación resultaba “acorde con las exigencias del derecho fundamental expresadas en la STC 115/2000”. Véase un estudio de esta controversia en Delgado del Rincón, Luis E. (2007) Los conflictos entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: Génesis, evolución y algunas propuestas de solución *Revista general de derecho constitucional* n° 4 (págs.1-35)

según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana"²⁹⁵.

Finalmente, el contexto y las circunstancias ayudan a calificar un documento como privado y familiar.

De este modo unas fotografías de una persona pública se consideran pertenecientes al “ámbito personal y privado”, al tener en cuenta que dichas instantáneas fueron tomadas por un amigo con la cámara del propio interesado, en una playa en compañía de amigos y con destino a un recuerdo íntimo. En este contexto “queda evidenciado dicho carácter personal, privado y reservado de las expresadas fotografías, cualesquiera que fueran las personas a las que reproducían y el lugar en que se hubieran hecho”²⁹⁶.

3.7.- La intimidad económica

La llamada intimidad económica fue planteada, por primera vez, en la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre²⁹⁷, dónde el Tribunal se preguntaba “en qué medida entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida los datos relativos a la situación económica de una persona y a sus vicisitudes”²⁹⁸.

Sin embargo, la inclusión de los datos económicos en la esfera íntima, constitucionalmente protegida, no tuvo su reconocimiento hasta casi una década después, en la sentencia 142/1993, de 22 de abril. Allí el juzgador constitucional consideró los datos económicos como íntimos y vinculó su protección a la protección de la privacidad entendida como libertad y autorrealización del individuo, “pues los datos económicos son aptos para, en un análisis detallado y

²⁹⁵ STC 115/2000, de 5 de mayo, FFJJ 5,6 y 8

²⁹⁶ STC 83/2002, de 22 de abril, FJ4.

²⁹⁷ Sentencia catalogada por la doctrina como “del secreto bancario o de las cuentas corrientes”. Martínez de Pisón Cervero, José (1993). op. cit. página 176

²⁹⁸ STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ3

conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativas directamente a su vida íntima personal y familiar”²⁹⁹.

Y dando un paso más, también se considera que la información con trascendencia tributaria puede incidir en la intimidad.

Así se afirma en la sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, cuando dice que “los hechos con trascendencia tributaria que se pongan de manifiesto en el curso de las actuaciones inspectoras inciden en aspectos de la intimidad tutelada en el art. 18.1 C.E.”³⁰⁰.

En una sentencia posterior, la 47/2001, de 15 de febrero, se señala también con claridad que “en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos”³⁰¹.

Por último la sentencia 233/2005, de 26 de septiembre, llega a la conclusión de que “la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario” forma parte del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido y repara en el dato de que a través de la investigación de dicho gasto “puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o, lo que es lo mismo, en los aspectos más básicos de la autodeterminación personal” del individuo”³⁰².

3.8.- La intimidad laboral

Nos adentramos ahora en un ámbito diferente, el laboral, donde las implicaciones y dimensiones de la intimidad se entremezclan con los claroscuros de las relaciones sociales y profesionales.

Si en un principio se podría afirmar que los hechos concernientes a estas relaciones no se integran en la esfera privada, lo cierto es que si se analizan más

²⁹⁹ STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 8

³⁰⁰ STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ7

³⁰¹ STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ8,

³⁰² STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10

profundamente, las mismas pueden facilitar información que afecte a la intimidad personal y familiar³⁰³.

En este sentido se expresa la sentencia 98/2000, de 10 de abril³⁰⁴, que considera que “también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores” y señala como una intrusión concreta “la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral”, pues las mismas “se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo”³⁰⁵.

Resulta claro que las personas no tenemos compartimentos estancos donde podamos aislar las distintas facetas de nuestra vida; antes al contrario, nuestras dimensiones son permeables entre sí; de ahí que en el desempeño de nuestro trabajo o profesión surgen relaciones con otras personas en las que podemos compartir una intimidad que debe ser objeto de protección.

Así lo reconoce la sentencia 12/2012, de 30 de enero, cuando, tomando como referencia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, afirma que la protección de la vida privada no sólo tiene como objeto el núcleo familiar sino que se extiende a otros círculos de interacción social. Y refiriéndose en concreto al ámbito laboral asevera que no es posible desconocer que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, “se

³⁰³ García-Perrote Escartín y Mercader Uguina hablan de una sociedad transparente que “no puede prescindir de un trabajo, también transparente”. García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2008) *La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después*. En Lucas Murillo de la Cueva, Pablo y Carmona Cuenca, Encarna (Coords.) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*. (págs.105-156) Valencia. Tirant lo Blanch pág. 128

³⁰⁴ Un estudio sobre las SSTC 98/1998 y 186/2000 se puede ver en Desdentado Bonete, Aurelio y Muñoz Ruiz, Ana Belén (2012) *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid. Lex Nova. págs. 19-72. Los autores son críticos con la doctrina constitucional por no contribuir a la claridad en un panorama judicial “confuso e insatisfactorio” (pág.40).

³⁰⁵ STC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 8 y 9. En el mismo sentido SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ6, y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3

desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada”³⁰⁶.

No se puede obviar el dato de que para desempeñar ciertos trabajos, se exige la práctica de determinadas pruebas médicas, las cuales pueden afectar a la intimidad personal del trabajador. Tal afectación sólo puede encontrar su justificación en el diagnóstico de patologías contraindicadas para el trabajo³⁰⁷.

En estos casos la afectación de la intimidad personal del trabajador, al que por imperativo legal se le practican pruebas y controles médicos necesarios para el acceso o el mantenimiento del puesto de trabajo, “sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo”. Todo uso extensivo de los datos privados del trabajador, obtenidos en virtud de esas habilitaciones legales, vulneraría su intimidad personal, pues supondría la sustitución de “la finalidad de la norma hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga”³⁰⁸.

3.9.- El carácter íntimo de los datos personales

Los datos obrantes en una agenda, en papeles personales, en el ordenador o en el teléfono móvil pueden afectar a la intimidad y deben ser objeto de protección. Así lo ha entendido el Tribunal en los casos que ha tenido ocasión de conocer.

Con absoluta claridad señala que “la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella inciden en el derecho a la intimidad”³⁰⁹.

³⁰⁶ STC 12/2012, de 30 de enero, FJ5

³⁰⁷ A este respecto dice García García que “a la empresa sólo le es reconocida la investigación sobre las condiciones o cualidades profesionales del aspirante a pertenecer a la misma, e incluso conocer los antecedentes laborales. Más allá de tales principios sólo caben excepciones (puestos de seguridad y antecedentes penales, por ejemplo)”. García García, Clemente (2003) *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Universidad de Murcia. pág. 200.

³⁰⁸ STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 7

³⁰⁹ STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9

Un ordenador personal almacena datos y permite la comunicación con otras personas a través de internet; por eso el acceso al mismo “podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación”³¹⁰.

La vida cotidiana de los últimos años se ha visto transformada por la aparición de elementos tecnológicos. Mención especial merecen los teléfonos móviles, que se han convertido en verdaderos apéndices de gran parte de nuestra población.

Como dice la sentencia 115/2013, de 9 de mayo, los teléfonos móviles se han convertido “en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.)”. Tal cúmulo de funciones hace que el acceso al contenido de un teléfono móvil puede significar, según los diferentes supuestos, bien la afectación “no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)”. El acceso a la agenda de contactos telefónicos de un terminal móvil equivale a la apertura de una agenda en soporte de papel y la lectura de los papeles encontrados en ella, por lo que “constituye una injerencia en el derecho a la intimidad personal”, pues “ofrece información que pertenece al ámbito privado de su titular”³¹¹.

³¹⁰ STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3.

³¹¹ STC 115/2013, de 9 de mayo, FFJJ 4 y 5. En este sentido resulta de interés una reciente sentencia del Tribunal Supremo que ha declarado que “no concurre vulneración alguna del derecho a la intimidad, tanto de la menor (ya fallecida) como del recurrente, por el hecho de que los sucesores legítimos de la joven accediesen a su documentación privada (mensajes SMS) para conocer a los responsables de haberle proporcionado las drogas que acabaron ocasionando su muerte, y en su caso para promover el castigo de los responsables”. Sentencia

Igualmente, los antecedentes penales de una persona pueden aportar datos sobre su vida privada o la de su familia, de modo que la intimidad resulte afectada. La divulgación de los mismos puede dañar la reputación de la persona afectada por la información.

Así se pone de manifiesto en la sentencia 52/2002, de 25 de febrero, que resalta cómo los antecedentes penales hacen referencia a un aspecto muy sensible de la vida de una persona. Según sean el modo y las circunstancias de la información sobre los antecedentes penales de una persona, se puede llegar a lesionar su intimidad “en la medida en que puedan convertirse en una fuente de información sobre la vida privada de una persona o su familia”³¹².

Por otra parte, el artículo 18.4 C.E., establece la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; lo que supone el control de la información sobre la persona. Es un derecho fundamental autónomo que, dado su objeto, guarda una estrecha relación con el derecho a la intimidad, del que constituye un instituto de garantía. El derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la intimidad comparten el mismo objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar. Son varias las sentencias que así lo afirman.

La sentencia 11/1998, de 13 de enero, dice que el art. 18.4 del texto constitucional “consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona”, independientemente que “pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”³¹³.

La coetánea sentencia 94/1998, de 4 de mayo, afirmará, por su parte, que dicho artículo “incorpora un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad” y que esta garantía de la intimidad tiene actualmente un

del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal de 26 de noviembre de 2014. Fundamento de derecho Noveno.

³¹² STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ4. En el mismo sentido STC 144/1999, de 22 de julio, FJ8.

³¹³ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5

significado positivo en cuanto representa “un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”³¹⁴.

Sin embargo el derecho fundamental a la protección de datos tiene un objetivo más extenso que el derecho a la intimidad, ya que su garantía no sólo alcanza a la intimidad que protege el art. 18.1 CE, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no.

De ahí la especial singularidad del derecho a la protección de datos como apuntará la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre³¹⁵, pues su objeto tiene un carácter más amplio que el del derecho a la intimidad. Su garantía no se reduce “sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE”, sino que se extiende “a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales”³¹⁶.

Pero es el derecho de intimidad el que acaba indirectamente confirmando relevancia al de protección de datos, sentencia 29/2013, de 11 de febrero, “al recordar cómo amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole)”³¹⁷.

Por último, dentro de este elenco de sentencias sobre el derecho fundamental a la protección de datos, la sentencia 143/1994, de 9 de mayo, hace una interesante distinción entre las dimensiones positiva y negativa del derecho de intimidad en cuanto control de acceso a la información. La dimensión positiva

³¹⁴ STC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4. En el mismo sentido STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ2.

³¹⁵ Sentencia comentada por Galán Juárez, Mercedes (2007) Comentario a la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Protección de datos de carácter personal. Los derechos civiles individuales. En Dorrego de Carlos, Alberto (Coord.) *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. 25 sentencias fundamentales comentadas* (págs. 117-125) Madrid. Difusión jurídica y temas de actualidad

³¹⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 5, 6 y 7. En el mismo sentido SSTC 96/2012, de 7 de mayo, FFJJ 6 y 7; 29/2013, de 11 de febrero, FFJJ 6 y 7; 30/1999, de 8 de marzo, FJ Único, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7.

³¹⁷ STC 29/2013, de 11 de febrero, FJ9

estaría representada por la garantía de preservación y la negativa por la facultad de exclusión.

Dice la sentencia referida que "no es posible aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión"; por lo que un sistema normativo que, autoriza "la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro", debe incluir garantías efectivas frente a un uso de esos datos "potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico". En caso contrario, se "vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta"³¹⁸.

3.10.- La intimidad especial de determinados colectivos de personas: menores, personas públicas y personas en prisión.

Analizaremos ahora, sumariamente, el acercamiento del Alto Tribunal al derecho de intimidad de determinados grupos de personas, como son los menores, las personas o personajes públicos y el colectivo objeto de nuestro estudio, que está constituido por las personas internas en centros penitenciarios.

3.10.1.- La intimidad de los menores tiene una especial protección.

Como hemos visto en el capítulo precedente la protección de la intimidad de los menores es una preocupación de la sociedad internacional. Reflejo de esta preocupación es la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución

³¹⁸ STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7.

Sobre el derecho a la protección de datos existe en los últimos años una extensísima bibliografía. Destacamos aquí ahora únicamente uno de los trabajos más recientes construido desde una amplia óptica, Rallo Lombarte, Artemi y García Mahamut, Rosario -Eds.- (2015) *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Valencia, Tirant.

44/25, de 20 de noviembre de 1989; la cual declara el derecho del niño a la protección legal contra las injerencias en su vida privada.

Nuestra Constitución hizo suyo este amparo en su artículo 39.4; y señala la protección de la infancia como uno de los límites, entre los que también se encuentra el derecho a la intimidad, a las libertades del artículo 20.

De todo ello es fiel reflejo la sentencia 71/1990, de 5 de abril, que considera conveniente la limitación de la publicidad en aras de preservar “los intereses del menor y del entorno familiar” frente a “una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar”. Y haciendo referencia expresa a la protección internacional, señala que dicha exteriorización o publicidad sería “innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños, con arreglo a lo que dispone el art. 39.4 de la Constitución y los Convenios Internacionales a los que se remite dicho mandato”³¹⁹.

La sentencia 127/2003, de 30 de junio, al estudiar unos reportajes periodísticos, parte de que la delimitación del ámbito propio y reservado que constituye la intimidad es algo “opinable”, pero frente a esto, afirma, con rotundidad, que es “incuestionable” que “el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar” sí forma parte de ese ámbito propio y reservado. De esta manera ese interés legítimo del menor se erige “por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz”³²⁰.

Por su parte, la sentencia 158/2009, de 25 de junio, en un supuesto de difusión de fotografías de niños, recuerda la importancia del límite recién citado y califica de “especial” la protección del interés “superior” del menor. Más adelante hace referencia a las normas internacionales de protección de la infancia; entre ellas, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un

³¹⁹ STC 71/1990, de 5 de abril, FJ7

³²⁰ STC 127/2003, de 30 de junio, FFJJ 7 y 9

tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor”³²¹.

Una persona adulta puede voluntariamente excluir de su esfera privada determinados hechos de la intimidad familiar, pero esta exclusión nunca puede afectar a los menores.

Así se expresó en la sentencia 134/1999, de 15 de julio, cuando el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre unas publicaciones que hacían referencia a ciertas circunstancias de la adopción del hijo de la famosa actriz, conocida como Sara Montiel; “quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de la esfera de su intimidad”. Pero a pesar de ello “prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos” en lo referente a otras circunstancias de la adopción no reveladas, que por su propia naturaleza, “han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo”. La identificación de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales, dadas a conocer por un periódico fueron datos que los padres adoptivos no habían hecho públicos, y por tanto no pueden “considerarse como una noticia de interés público, al ser sólo un hecho estrictamente personal y privado, incluíble en la reserva protegible de la intimidad”³²².

El respeto a la intimidad del menor hace que las sentencias del Tribunal Constitucional no contengan los datos identificativos del mismo.

Sentencia 163/2009, de 29 de junio, “La publicación en el "Boletín Oficial del Estado" de la presente sentencia se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor, al objeto de respetar la intimidad de aquél”³²³.

La sentencia 174/2011, de 7 de noviembre, respecto de un proceso penal donde la víctima era menor de edad, recuerda el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como

³²¹ STC 158/2009, de 25 de junio, FJ4

³²² STC 134/1999, de 15 de julio, FJ7

³²³ STC 163/2009, de 29 de junio, FJ8. En el mismo sentido, STC 64/2011 de 16 de mayo, FJ4.

Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en cuya conformidad procede no incluir “en esta resolución el nombre y los apellidos completos de la víctima menor de edad ni los de sus padres, al objeto de respetar su intimidad”³²⁴.

Asimismo, la protección de la intimidad de los menores justifica la limitación de su presencia en los juicios de delitos contra la libertad sexual de los que han sido víctimas. Pues la naturaleza del delito investigado puede “reclamar una mayor garantía de su intimidad”, así como “la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal”³²⁵.

3.10.2.- *Personas públicas*

Dentro de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho de intimidad, el mayor número de ellas ha tenido como objeto el conflicto entre este derecho y la libertad de información. Nosotros hemos estudiado más de una treintena de estas sentencias. En lo que aquí nos interesa queremos dejar constancia de la doctrina constitucional sobre la cuestión, y las características especiales que reviste la intimidad de las personas públicas.

La libertad de información goza, en general de una posición preferente frente al derecho a la intimidad. La información transmitida debe ser veraz y referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública³²⁶.

³²⁴ STC 174/2011, de 7 de noviembre, FJ1

³²⁵ STC 174/2011, de 7 de noviembre, FJ3. En el mismo sentido SSTC 57/2013, de 11 de marzo, FJ1, y 75/2013, de 8 de abril, FJ4.

³²⁶ Hace ya un cuarto de siglo, Cruz Villalón escribía que “El problema de fondo, ineludible, es el de ir creando una opinión jurídica acerca del contenido de cada uno de los derechos fundamentales implicados. En este sentido es indudable que la tarea principal concernirá a la delimitación correcta del honor y de la intimidad personal y familiar que la Constitución ha venido a reconocer tanto como derecho fundamental como en cuanto límite a las libertades de expresión...La veracidad de la noticia, con sus distintas matizaciones, la relevancia pública de la misma, la disponibilidad del ámbito de intimidad, han venido siendo objeto de gradual puntualización por parte del Tribunal Constitucional”. Cruz Villalón, Pedro (1992) Los derechos al honor y a la intimidad como límite a las libertades de expresión, en la doctrina del Tribunal Constitucional. En Edición especial del Ministerio de Justicia e Interior, *Honor, intimidad y propia imagen*. (págs. 91-104). Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

La libertad de información, dada su función institucional, goza de una posición preferente; de ahí que cuando colisione con el derecho a la intimidad y al honor, las restricciones que deriven de dicho conflicto “deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”. Cuando se transmite información acerca de hechos o de personas con relevancia pública, el derecho a transmitir información prevalece sobre el derecho a la intimidad y al honor. En la confrontación de estos derechos “el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública”³²⁷.

La trascendencia pública de la información varía según la relevancia pública o privada de la persona implicada en la misma³²⁸.

El criterio para valorar esta relevancia de la información varía, no sólo según la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información, sino también en el grado de proyección pública que el interesado “haya dado, de manera regular, a su propia persona”.

En este sentido, se hace necesario distinguir entre aquellos personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública, de las personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública. Los primeros “aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas”. A los segundos, es decir, a las personas que se ven envueltas ocasionalmente en un hecho con relevancia pública, se les debe reconocer “un ámbito superior de privacidad”. En cambio, en relación con los primeros el derecho de información

³²⁷STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ5. En el mismo sentido SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ3; 200/1998, de 14 de octubre, FJ6; 134/1999, de 15 de julio, FJ8, y 52/2002, de 25 de febrero, FJ4.

³²⁸ STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ2.

alcanza “su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad”.

De esta manera se puede sostener que las personas con relevancia pública ven reducido su ámbito de libertad. Esta relevancia puede deberse a la ocupación de un cargo público, al desarrollo de una actividad, a difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada o a verse involucradas en un suceso de proyección pública.

La sentencia 297/1994, de 14 de noviembre, apuntará así que la realización de actividades públicas “implica la sujeción, mayor si cabe, a la crítica”³²⁹.

Otro factor para detectar la relevancia pública de la información, será señalado por la sentencia 76/1995, de 22 de mayo: el grado de proyección pública que la propia persona, protagonista de la información, se haya dado a sí misma “con carácter habitual y permanente”. La proyección pública puede deberse al puesto ocupado en la estructura social, o “ser sobrevenida, circunstancialmente, por razón de acaecimientos ajenos a su voluntad”. Unos y otros han de aceptar, como contrapartida, las opiniones y las revelaciones de circunstancias profesionales y personales. Esto es predicable con toda su intensidad para los que ocupan cargos públicos “como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático”³³⁰. El ámbito de la intimidad en este caso se reduce respecto de los ciudadanos particulares.

Lo anterior no supone que los personajes públicos vean sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, debe ser interpretado restrictivamente; sin embargo, ello no significa que “los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad”. Los hechos contenidos en

³²⁹ STC 297/1994, de 14 de noviembre, FJ7

³³⁰ STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ6

una información publicada referida a un personaje público “no implica de por sí que” no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad de esa persona³³¹.

La sentencia 138/1996, de 16 de septiembre, hace referencia a un supuesto donde una persona privada se vio involucrada en un suceso de relevancia pública, y con este pretexto “se comunicaron unos hechos que afectaron a su honor o a su intimidad manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información”. El Tribunal declara que esta persona “no tiene que soportar legítimamente un debate público sobre su fama y reputación”³³².

El derecho a la libertad de información prevalece sobre el de la intimidad, cuando unos hechos son divulgados por los propios afectados por la información, ya que a la persona le corresponde administrar su ámbito de intimidad personal y familiar reservado al conocimiento ajeno. Sin embargo, “más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable del derecho a la libre información.”³³³.

No obstante, las personas que minoran su ámbito de intimidad personal y se instalan en el mundo de la fama mediante la exhibición de sus vidas, deben de soportar el enjuiciamiento público.

Dice la sentencia 23/2010, de 27 de abril, que quien “hace de la exposición personal a los demás su modo de vida y acepta instalarse en el mundo de la fama”, aparte de delimitar el terreno reservado a su intimidad personal, se somete al escrutinio de la sociedad. Entonces el juicio y la opinión sobre los personajes públicos “entran dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión”; pero siempre con el límite de que “no afecten innecesariamente a otros derechos fundamentales, en especial los referidos en el art. 20.4 CE”³³⁴.

³³¹ STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ4.

³³² STC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ6. En el mismo sentido STC 134/1999, de 15 de julio, FJ7

³³³ STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ9. En el mismo sentido STC 83/2002, de 22 de abril, FJ5.

³³⁴ STC 23/2010, de 27 de abril, FJ5

3.10.3.- *Personas en prisión y en centros de internamiento*

Las personas en prisión constituyen el tercer colectivo cuyo derecho de intimidad hemos calificado de especial. El estudio del mismo es el objeto central de nuestro trabajo.

En páginas posteriores tendremos la oportunidad de analizar con detalle la gran peculiaridad que reviste el derecho de intimidad de las personas privadas de libertad; ahora sólo haremos un breve apunte, al objeto que el presente recorrido por la jurisprudencia constitucional no quede incompleto y permita dibujar un esquema o panorámica lo más completa posible.

Por razones de orden y seguridad, la intimidad de las personas en prisión y en centros de internamiento sufre importantes restricciones.

Con que acierto dirá la sentencia 89/1987, de 3 de junio³³⁵ que “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” y que muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas quedan “expuestas al público e incluso necesitadas de autorización”.

Por tanto, las medidas que reduzcan la intimidad, más allá de lo que la ordenada vida de la prisión se pueden “considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes”³³⁶.

Es por ello que las restricciones de la ya, de por sí, reducida intimidad de las personas internas en un centro penitenciario, deben de ser justificadas “en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida

³³⁵ Para Rebollo Delgado esta sentencia 89/1987 pone de manifiesto la interconexión de la libertad con la vida privada, pues el Tribunal Constitucional “entiende que el derecho a la intimidad aparece como garantía constitucional de la libertad vital del individuo”. Rebollo Delgado, Lucrecio. (2008) *Los límites a la libertad de comunicación pública*. Madrid: Dykinson. pág. 102.

Véase, también, Lucas Murillo De La Cueva, Pablo (1997) *El derecho a la intimidad, Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruíz Rico*. Madrid. Tecnos.

³³⁶ STC 89/1987, de 3 de junio, FJ2. En el mismo sentido SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ5, 195/1995, de 19 de diciembre, FJ3; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ4; 89/2006, de 27 de marzo, FJ2, y 196/2006, de 3 de julio, FJ5

digna y para el desarrollo de la personalidad al que también de debe servir la pena (art. 25.2 CE)³³⁷.

En la misma línea, los extranjeros que se encuentran en un centro de internamiento, también ven afectado su derecho a la intimidad personal “habida cuenta de las necesidades de organización y seguridad”. No obstante no hay que olvidar que las limitaciones establecidas a este respecto se encuentran, en principio, “anudadas” “a la finalidad propia del centro en cuestión.”³³⁸. Cabe destacar, aunque no corresponde entrar ahora en este punto, que muy recientemente (febrero de 2015) el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto contra el Real Decreto 162/2014 por el que se aprobó el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, en el punto relativo a la afección de la unidad e intimidad familiar que provocaban alguna de sus disposiciones³³⁹.

3.11.- Datos no íntimos

Uno de los objetivos que nos planteamos al iniciar este capítulo fue conocer el contenido del ámbito que para el Tribunal Constitucional constituye el derecho a la intimidad. Hasta aquí hemos visto las dimensiones de la persona, que el Alto Tribunal ha ido declarando como integrantes de ese ámbito. Sólo queda hacer referencia a aquellos espacios que el propio Tribunal considera fuera del ámbito.

En primer lugar son aquellos que el propio interesado excluye de su esfera de intimidad.

La comunicación, que el propio interesado hace a la prensa, de la sanción que le ha sido impuesta “no puede ser considerada como un “dato privado” en el sentido de lo previsto por el art. 7.4 de la L.O. 1/1982.

³³⁷ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ6

³³⁸ STC 17/2013, de 31 de enero, FJ14.

³³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 807/2015, de 17 de febrero (rec. 373/2014)

A partir de ese momento, la cuestión se convierte de particular “en algo noticiable, de interés público, con el evidente consentimiento del afectado”. Este consentimiento se interpreta “como una decisión consciente de excluir de su esfera de intimidad el hecho mismo de la existencia del expediente”³⁴⁰.

Al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, el Tribunal declara que la ley “ha sido respetuosa con la intimidad de quienes integran una unión de hecho”, ya que, dicha ley, para su aplicación, define la pareja estable no sólo como unión libre, sino también “pública”. Este carácter de público “implica que quienes integran la pareja han realizado profesión públicamente de su condición de pareja estable”. En su consecuencia, no cabe entender vulnerado el derecho a la intimidad personal porque la manifestación pública de la existencia de la pareja estable implica un consentimiento por parte de los interesados “en cuanto a permitir el conocimiento ajeno de una parte de su intimidad”³⁴¹.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 151/2014 de 25 de septiembre, también sobre una Ley Foral, en este caso la 16/2010, que creó un registro de profesionales, objetores de conciencia, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal considera que no es inconstitucional “la necesidad de que el objetor consienta expresamente la recogida y tratamiento de los datos relativos a su objeción de conciencia”, pues el art. 7.2 de la LOPDCP “únicamente permite el tratamiento de datos que revelen la ideología de una persona si esta ha manifestado previamente su consentimiento de forma expresa y por escrito” (FJ 5ª).

Tampoco son íntimos los datos de la participación de los ciudadanos en la vida política.

Los datos referentes a la participación de los ciudadanos en la vida política no están integrados dentro de “las informaciones protegidas frente a una publicidad no querida por el art. 18.1 CE” que se corresponden con los aspectos más básicos de la autodeterminación personal. La actividad política, por su propia

³⁴⁰ STC 227/1992, de 14 de diciembre, FJ4.

³⁴¹ STC 93/2013, de 23 de abril, FJ9

naturaleza, “se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática, con excepción del derecho de sufragio activo dado el carácter secreto del voto”. En consecuencia, el ejercicio del derecho de participación política (art. 23.1 CE) “implica en general la renuncia a mantener ese aspecto de la vida personal alejada del público conocimiento”³⁴².

El mismo criterio sostiene la sentencia 163/2011, de 2 de noviembre, cuando afirma que “la libre decisión de concurrir a unas elecciones por una determinada candidatura supone la voluntaria manifestación de la ideología política”. Esta publicidad es consustancial al proceso electoral y al ejercicio del derecho de participación política, e “implica, en general, la renuncia a mantener ese aspecto de la vida personal alejado del público conocimiento”³⁴³.

Las expresiones vertidas en una discusión pública, sobre asuntos públicos que atañen a personas públicas, no afectan, en principio, a la intimidad”³⁴⁴.

Por último la sentencia 190/2013 de 18 de noviembre, señala que un dato íntimo no deja de estar protegido por el hecho de que, “en un momento determinado, haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular” y siempre que “dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental”³⁴⁵. En consecuencia su titular goza de tutela jurídica ante una posterior publicación del mismo.

4.- RECAPITULACIÓN

Al inicio de este capítulo señalábamos como meta de nuestro estudio, la determinación del concepto o conceptos de intimidad que el Tribunal Constitucional utiliza en su jurisprudencia. Para esta empresa contábamos con las distintas concepciones de intimidad examinadas en el capítulo primero.

³⁴² STC 85/2003, de 8 de mayo FJ21; en el mismo sentido, SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ13; 110/2007, de 10 de mayo, FJ9; 43/2009, de 12 de febrero, FJ 12, y 44/2009, de 12 de febrero, FJ18.

³⁴³ STC 163/2011, de 2 de noviembre, FJ8

³⁴⁴ STC 127/2004, de 19 de julio, FJ3.

³⁴⁵ STC 190/2013 de 18 de noviembre, FJ 7

Después del análisis de las distintas sentencias, creemos estar en la disposición de hacer algunas afirmaciones.

Los conceptos de intimidad que el Juzgador constitucional formula, de modo expreso, presentan una gran similitud con la concepción sociológica de privacidad.

La utilización expresa de un concepto sociológico de intimidad no es óbice para descubrir las concepciones filosófica y psicológica que el Alto Tribunal, de manera implícita, esgrime en sus resoluciones. Antes al contrario, el concepto filosófico está presente y podemos sostener que el concepto psicológico es el que más subyace en la jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido precisando el contenido del ámbito íntimo.

La intimidad como consciencia o fuero interno, que es la concepción filosófica, se encuentra en varias sentencias. Siempre que en las resoluciones se relaciona la intimidad con la conciencia, se está utilizando el mismo concepto de intimidad de la Filosofía.

Conciencia, aparte, todas las demás manifestaciones de la intimidad se pueden reconducir al control del acceso bien físico bien a la información sobre uno mismo³⁴⁶.

De ahí, que se pueda afirmar que la concepción psicológica de intimidad, es la que prevalece en el Alto Tribunal a la hora de delimitar el ámbito propio y reservado.

Como hemos tenido ocasión de constatar, el Tribunal Constitucional ha ido incorporando distintas dimensiones de la vida humana, al ámbito propio y reservado que el hombre siente el instinto de controlar. Y en parte, no olvidemos,

³⁴⁶ Es lo que Mieres Mieres denomina las dos dimensiones básicas del bien jurídico intimidad: intimidad territorial e intimidad informacional. La intimidad territorial protege espacios o zonas de aislamiento frente a la intrusión de extraños, es decir un "área espacial o funcional de la persona"; y la intimidad informacional tiene por objeto las informaciones relativas a la vida privada de las personas. Mieres Mieres, Luis Javier (2002) *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*. Navarra. Aranzadi. pág.25

conectado al diálogo entre tribunales, de forma particular con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como bien se encarga de señalar López Guerra³⁴⁷.

De esta manera, la intimidad corporal garantiza al individuo el control del acceso físico a su persona, al mismo tiempo que protege el sentimiento de pudor.

La protección del domicilio supone el control del acceso físico al espacio personal y a la territorialidad. Este control se extiende a la información que se puede obtener mediante dicho acceso.

La intimidad familiar nos recuerda que el control de acceso es tanto a uno mismo como al endogrupo o grupo al que se pertenece.

Las comunicaciones, los datos económicos, el entorno laboral, los datos personales, obrantes en cualquier soporte, pueden ser fuente de información sobre la vida privada que es necesario controlar.

Por último, hemos considerado intimidades especiales, las de los menores, por su mayor protección, y las de las personas públicas y personas privadas de libertad por la reducción de su ámbito de intimidad.

³⁴⁷ López Guerra, Luis (2007) El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20.

Véase también sobre esta cuestión, y en este mismo número monográfico de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, Queralt Jiménez, Argelia (2007) Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales. En el ámbito iberoamericano, y plasmando de forma específica este diálogo respecto del mundo penitenciario, puede verse Morales Antoniazzi, Mariela (2013) Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionale commune* en clave de diálogo, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Ferrer McGregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso, Valencia. Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO IV: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA I: UNA INTIMIDAD LIMITADA

1.-PRELIMINAR

En el capítulo anterior hemos considerado la intimidad de las personas privadas de libertad como especial, dada la reducción que sufre su ámbito íntimo. Procede ahora analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta intimidad singular.

Esta investigación se hará en dos momentos. En el primero se estudiará la doctrina del Juzgador Constitucional, respecto de las razones de las limitaciones del derecho de intimidad en el ámbito penitenciario y los requisitos que deben cumplir las mismas. En el segundo se analizará la aplicación de dicha doctrina a los supuestos concretos.

Desde la temprana y primera sentencia 29/1981, de 24 de julio, hasta la actualidad, el Tribunal Constitucional ha dictado más de un centenar largo de sentencias en materia penitenciaria; y en cerca de veinte ocasiones se ha acercado a alguna de las dimensiones del derecho a la intimidad de las personas internas en los centros penitenciarios.

Son muchos y variados los aspectos del derecho de intimidad que han sido objeto de estas sentencias; en un anexo a este estudio hacemos una detallada descripción de todas y cada una de las mismas. Allí las hemos agrupado bajo los siguientes cinco títulos: comunicaciones, comunicaciones especiales, intimidad corporal, celda e intimidad familiar.

Como ahora iniciamos el estudio de esta jurisprudencia constitucional, interesa, al menos, conocer cuáles han sido estas resoluciones; las relacionamos a continuación, agrupadas según el criterio indicado.

Sentencias sobre comunicaciones: sentencias 73/1983, de 30 de julio; 183/1994, de 20 de junio; 197/1994, de 4 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre, y 141/1999, de 22 de julio.

Sentencias sobre comunicaciones especiales o “vis a vis”: sentencias 89/1987, de 3 de junio, y 128/2013 de 3 de junio.

Sentencias sobre intimidad corporal: sentencias 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 57/1994, de 28 de febrero; 35/1996, de 11 de marzo; 204/2000, de 24 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre; 196/2006, de 3 de julio, y 171/2013 de 7 de octubre.

Sentencias sobre celda: sentencias 195/1995, de 19 de diciembre; 89/2006, de 27 de marzo, y 106/2012, de 21 de mayo.

Sentencias sobre intimidad familiar: sentencia 201/1997, de 25 de noviembre.

2.- LA RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL.

2.1.- *Doctrina jurisprudencial*

El Tribunal Constitucional en su polémica sentencia 120/1990, de 27 de junio, donde se abordó la compleja cuestión de la alimentación forzosa de los reclusos, afirmó con claridad que es la propia Constitución la que configura la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas en un centro penitenciario, como una relación de sujeción especial³⁴⁸.

Una previsión que no era nueva sino que ya había apuntado poco tiempo atrás por el propio Tribunal, aunque en un caso mucho menos problemático; así en la sentencia 2/1987, de 21 de enero³⁴⁹, al amparo de un supuesto de disciplina penitenciaria, ya apuntó expresamente que “no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza”.

³⁴⁸ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 6).

³⁴⁹ Fue en esta misma Sentencia donde el Tribunal apuntó por primera vez la conocida y repetida apelación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a la que hizo referencia por primera vez en su sentencia *Campbell y Fell v. Reino Unido* -STEDH, de 28 de junio de 1984-), de que la justicia no debe detenerse a la puerta de las prisiones.

A esta categórica afirmación llega el Alto Tribunal, porque considera que la Constitución, en su art. 25.2, al contemplar el estado de reclusión de las personas que cumplen penas de privación de libertad, “admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones”.

Unas limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que pudieran estar contenidas en la ley penitenciaria, que es la que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios.

En la misma sentencia se admite que “el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso” y en las sentencias 137/1990, de 19 de julio³⁵⁰, y 35/1996, de 11 de marzo, declara que la relación de especial sujeción “origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso”; y que debe ser entendida en “un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde también a la población reclusa”.

Como hemos visto, la consideración de la relación penitenciaria como de especial sujeción es una afirmación clara y categórica del Constitucional. Así lo volvemos a constatar en el fundamento jurídico 8 de la ya vista sentencia 120/1990, de 27 de junio, cuando torna a señalar que se trata de una “relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria”; y también en la sentencia 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, donde dice que “en el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria”.

Sólo en una alguna sentencia puntual podemos encontrar expresiones alternativas, en ocasiones con un sentido –a nuestro juicio- de mayor intensidad en la relación y en otras con menor intensidad.

De esta forma, en la 89/2006, de 27 de marzo, se puede ver como la expresión “relación de sujeción especial” es sustituida por la de “intenso control público”. Así es, en el fundamento jurídico segundo se decía expresamente que “el ingreso

³⁵⁰ STC 137/1990, de 19 de julio (FJ 4) y STC 35/1996, de 11 de marzo (FJ 2). Aquella primera Sentencia hubo de abordar también un supuesto de posible alimentación forzosa de los reclusos, consecuencia de una huelga de hambre de los mismos.

en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público³⁵¹”.

Por su parte en la sentencia 83/1997, de 22 de abril, se utiliza la interesante expresión “peculiaridades del tratamiento”: “tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, resultando además evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones».

La ausencia de referencia al concepto de relación de sujeción especial en muchas sentencias, así como el uso ocasional de esa terminología alternativa llevaron a que algún sector de la doctrina apuntara en algunos momentos un cierto abandono del abuso de esta catalogación³⁵².

Sin embargo, lo cierto es que no parece que esos cambios terminológicos puntuales haya significado un distanciamiento del Alto Tribunal de su postura tradicional, aunque es cierto que en los últimos años las referencias expresas a las mismas en este ámbito son menores. Cabe apuntar así que en la interesante STC 106/2012, de 21 de mayo, que nos acerca al complejo tema de los registros en celda (diarios en los internos en departamentos especiales), la negativa a la configuración de la celda como domicilio, etc. el Tribunal Constitucional no apelará en momento alguno a esta caracterización cuando en las instancias inferiores sí se había hecho de forma expresa y destacada. Una cuestión muy problemática y con muchas aristas (los registros diarios apuntados) en la que luego volveremos con detalle³⁵³.

³⁵¹ La cursiva es nuestra.

³⁵² Téllez Aguilera, Abel (1998) *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, Edisofer, Madrid.

³⁵³ Aunque el Tribunal denegará el amparo, destacará la necesidad de que no pueda ser obviada la exigencia constitucional de comunicación *a posteriori* al interno del resultado del registro, en tanto que las eventuales incidencias habidas en la práctica de la diligencia suponen una limitación del poder de disposición del interno sobre su ámbito personal de intimidad, autónoma e independiente al mero conocimiento del registro, STC 106/2012, de 21 de mayo, FJ 4.

2.2.- El artículo 25.2 CE

A pesar de la rotunda aseveración del juzgador constitucional, el artículo 25.2 CE no menciona expresamente la expresión “relación de sujeción especial”. Lo que el artículo 25 en su número 2 dice literalmente es que “Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”³⁵⁴.

Como dice Reviriego Picón el artículo 25.2 CE, en cuanto regulador de los derechos de los reclusos es un precepto singular, innovador y casi sin parangón en el ámbito comparado³⁵⁵.

En este sentido Alzaga Villaamil, diputado constituyente ya señaló en el primer comentario sistemático al texto constitucional, que este precepto no tiene un precedente claro ni en nuestro derecho constitucional ni en el derecho constitucional universal³⁵⁶. De forma más específica, con relación al último de los apartados del referido artículo 25, este autor señalará también que estamos ante una de las “declaraciones más candorosas que hemos encontrado a lo largo del extenso texto constitucional”, una “poco feliz solución técnica” pero que en todo

³⁵⁴ Sobre esta previsión recomendamos la lectura del trabajo de Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, María Isabel (2012) *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*.

³⁵⁵ Reviriego Picón, Fernando (2008) *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Universitas. pág. 24

³⁵⁶ Alzaga Villaamil, Óscar (1978) *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid. El Foro. págs. 242 y 244

caso mostraría la “preocupación que embargó a los parlamentarios constituyentes por la situación de la población reclusa”³⁵⁷.

Para Cobo del Rosal y Quintanar Díez este precepto, al hallarse encuadrado entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, “sólo cabe concebirlo como derecho fundamental del condenado a poder ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, así como a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad”³⁵⁸. Derecho que, en realidad, es un derecho generalizado a todos los miembros del Estado y una exigencia dirigida a los poderes públicos en los términos que establece el artículo 9.2 CE; todo ello en sintonía con el Estado social diseñado por la CE.

Para Delgado del Rincón la constitucionalización de la reinserción como finalidad de la pena en nuestro ordenamiento, “es una manifestación de una tendencia que ya se había constatado en los ordenamientos de los países occidentales de abandonar progresivamente la retribución penal en favor de la prevención mediante la resocialización del penado”, pero no considera que pueda “hablarse de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social” sino que el art. 25.2 CE es un precepto orientador de la política penal y penitenciaria³⁵⁹.

En relación a este precepto, el Tribunal Constitucional, en las sentencias aquí estudiadas, ha desarrollado la siguiente doctrina:

1.- El artículo 25.2 CE establece que los reclusos son titulares de los derechos fundamentales (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ4), a excepción de los que se

³⁵⁷ Enrique Belda, más recientemente al hilo de un trabajo más extenso sobre la reforma constitucional, nos hablará respecto de esta disposición de una materia “claramente insustancial”, encuadrada sin sentido en el bloque de artículos del artículo 168.1 CE, Belda Predero, Enrique (2012) Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 29 (págs. 261-287) pág. 277.

³⁵⁸ Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel (1996) Artículo 25. Garantía penal. En Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo III (págs. 128-144). Madrid. Edersa. pág. 141.

³⁵⁹ Delgado del Rincón, Luis E. (2004) El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad. *Revista jurídica de Castilla y León* nº Extra 1 (págs. 339-370) págs.5,14 y 15 de la versión digital

vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ2).

Con esta declaración se preserva para las personas privadas de libertad el ejercicio de los derechos fundamentales del capítulo segundo, título I de la Constitución (STC 128/2013, de 3 de junio, FJ3).

La excepción referida al sentido de la pena es entendida por Cobo del Rosal y Quintanar Díez como privación de ciertos derechos que son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio³⁶⁰.

2.- Las finalidades de las penas privativas de libertad son la reeducación y reinserción social (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ6), además del desarrollo de la personalidad “al que también debe de servir la pena” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ6).

Respecto de estas finalidades, el artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; mandato que puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes” (STC 128/2013, de 3 de junio, FJ3).

Por lo tanto, el art. 25.2 CE no configura derechos subjetivos protegibles a través del recurso de amparo, sino mandatos de orientación dirigidos a los poderes públicos. Estos mandatos pueden condicionar la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria por parte de la Administración penitenciaria y los órganos judiciales, pero no pueden sustentar demandas de amparo constitucional (STC196/2006, de 3 de julio, FJ3).

La vulneración del art. 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno, indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (STC 128/2013, de 3 de junio FJ3)³⁶¹.

³⁶⁰ *Ibidem*. pág. 142

³⁶¹ La Sentencia 172/1989, de 19 de octubre, FJ 4, no apreció infracción del art. 25.2 de la C.E. en un recurso de amparo donde el actor alegaba la lesión del derecho fundamental a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social, que estimaba reconocido en dicho

3.- Las limitaciones de los derechos constitucionales de estas personas se especifican en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley habilitada por el propio art. 25.2 C.E., a tal efecto. (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ6A; 183/1994, de 20 de junio, FJ5; 201/1997, de 25 de noviembre, FJ6; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ4C; 89/2006, de 27 de marzo, FJ3, y 171/2013, de 7 de octubre, FJ2). Tales limitaciones cuando no provienen directa o indirectamente de la pena —de su contenido o de su sentido—, han de ser “penitenciarias” y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad. Que hayan de ser limitaciones penitenciarias supone que su finalidad “tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ3). Si tal finalidad no fuera “penitenciaria”, quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el art. 25.2 CE (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ4).

Por último y, como acabamos de ver, esta limitación de derechos, configura, a juicio del juzgador constitucional, la relación penitenciaria como de sujeción especial.

Lo anterior supone que todo un colectivo de personas, el de las privadas de libertad, se integra en el marco conceptual que representa la categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial.

precepto constitucional. Cabo Martín ve en esta sentencia un ejemplo de la desaparición de los caracteres de universales y absolutos de los derechos fundamentales, ya que el Tribunal los hace desaparecer, al negarles el carácter de derechos subjetivos y remitir su disfrute a circunstancias coyunturales. Cabo Martín, Carlos de (2004) *La Constitución del más débil*. En Balaguer Callejón, M^a Luisa (Ed.) *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas* (págs.27-53) Málaga. Centro de ediciones de la Diputación provincial de Málaga.pág.47.

2.3.- Las relaciones de sujeción especial

2.3.1.- Las relaciones de sujeción especial: una figura controvertida

Una figura controvertida ésta de la relación especial de sujeción, donde la doctrina no se pone de acuerdo ni sobre su naturaleza ni sobre la utilidad de su existencia.

La primera aproximación al estudio de las relaciones de especial sujeción requiere detenernos en el adjetivo “especial”. Si hay relaciones de sujeción “especial” es porque hay relaciones de sujeción “general”. Si se llega a considerar que las relaciones de sujeción especial son una categoría jurídica, esta se encuadraría, como específica, dentro de la genérica constituida por las relaciones de sujeción general.

Ambas relaciones de sujeción, generales y especiales, se convierten en objeto de estudio cuando se intentan definir las distintas situaciones jurídicas en las que un ciudadano se puede encontrar respecto de los poderes públicos.

De este modo y manera se distinguen las relaciones de sujeción general de las relaciones de sujeción especial.

En virtud de las relaciones de sujeción general los ciudadanos están sometidos a los poderes públicos, en el ámbito territorial en que esos poderes ejercen su soberanía. Esa sumisión o sujeción no es absoluta, sino que está limitada por los derechos de los ciudadanos y por los principios jurídicos que regulan la actuación de los poderes públicos, en especial de la Administración Pública³⁶².

La sujeción existe como consecuencia de la potestad que es una especie del género “poder jurídico” caracterizada porque “procede directamente del

³⁶²Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid. Civitas. pág. 148.

ordenamiento” y consiste en “la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos”. La sujeción es “el sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados de la potestad”. Las potestades, y en consecuencia también las sujeciones pueden ser de supremacía general y de supremacía especial. “Las primeras sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de título concreto. Las segundas sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación organizatoria determinada de subordinación, derivada de un título concreto”³⁶³ .

La principal característica de la sujeción denominada especial consistiría en que en ella, no serían de plena aplicación las garantías o principios que rigen en la sujeción general.

Para García Macho la razón de la especialidad de las relaciones de sujeción especial radicaría en que la relación de sujeción general no podría resolver “las situaciones que cotidianamente surgen, por ejemplo, entre la Administración penitenciaria y los presos, ni entre los alumnos y maestros”. En estos casos se deben garantizar tanto los derechos como la seguridad jurídica de estos grupos, “pero dentro de unos límites, puesto que intervienen los intereses generales, lo cual exige una ponderación de los bienes en juego”³⁶⁴.

Como hemos visto en la definición de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el concepto de relación de sujeción especial se vincula a la inserción de un administrado en la organización administrativa, o, en palabras de Lasagabaster, “al ejercicio de potestades domésticas”, donde la Administración actúa “dentro de un círculo de intereses que son propios de ella en cuanto organización que, sin embargo, está pensada para defender el interés general”³⁶⁵ .

³⁶³García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2011) *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. Madrid. Civitas (decimoquinta edición). págs. 465-468.

³⁶⁴García Macho, Ricardo (1992) *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*. Madrid. Tecnos.pág.17.

³⁶⁵ Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 153

En torno a las relaciones de especial sujeción las distintas posturas doctrinales oscilan entre los que las consideran una construcción innecesaria³⁶⁶ o abogan directamente por su abandono definitivo³⁶⁷; y los que piensan que puede ser una categoría funcional para explicar determinadas situaciones jurídicas.

Para algunos autores la relación de sujeción especial trae su causa bien en la Constitución, bien en una previsión legislativa conforme con aquélla, y es una categoría jurídica que habilita una suerte de debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos y de los propios sistemas institucionalmente previstos para su garantía.

Son consecuencias graves que afectan sobre todo al principio de legalidad, a los derechos fundamentales y a la protección judicial.

Así lo hizo ver Gallego Anabitarte, el importador de este concepto germánico, en la ya lejana fecha de 1961, cuando escribió que “dentro del ámbito que abarca el concepto de relación especial de sujeción se plantean, por lo menos, tres problemas: la validez del Principio de Legalidad de la Administración, la validez de los Derechos Fundamentales y la cuestión de la protección jurídica”³⁶⁸.

Tiempo después, Lasagabaster lo volvería a recordar diciendo que “en virtud de las relaciones de sujeción especial se limita el alcance del principio de legalidad, se desconocen los derechos fundamentales o se reduce su alcance, se aminoran las garantías judiciales”³⁶⁹.

Otro sector, encabezado por López Benítez, sostiene que las relaciones de sujeción especial constituyen una categoría medular dentro del Derecho Administrativo en la “que resultan implicadas nociones tan vertebrales como el principio de legalidad o el mismo concepto de Administración Pública, amén de complicar las instituciones propias de la Teoría General del Derecho, como la

³⁶⁶Reviriego Picón, Fernando (2008) op. cit. pág.37

³⁶⁷ Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 426.

³⁶⁸ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) .Las relaciones de especial sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de Administración Pública* 34-36 (11-51). págs. 11 y 12.

³⁶⁹Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 25

relación jurídica, o del Derecho constitucional, como la dogmática de los derechos fundamentales”³⁷⁰.

2.3.2.- Origen de las relaciones de sujeción especial

Doctrinalmente el concepto de “relaciones de especial sujeción” tuvo los primeros antecedentes en la primera mitad del siglo XIX, pero fue menester esperar hasta 1888, para que se impusiera rápidamente, merced a la obra de Otto Mayer³⁷¹.

Las relaciones de sujeción especial tuvieron su origen en la monarquía constitucional alemana del siglo XIX³⁷², y han logrado mantener su vigencia en un contexto histórico y constitucional muy distinto a aquel que las vio nacer. Un contexto, donde la soberanía era compartida por el parlamento y el monarca, aunque en virtud del principio monárquico, institución propia de la estructura constitucional alemana³⁷³, se concebía al monarca como órgano supremo con primacía sobre la representación popular encarnada por el parlamento.

La posición central del monarca le situó como dominus único del ejecutivo³⁷⁴. A partir de entonces ejecutivo y Estado se identificaron, formando un bloque representado por el rey, su administración, su ejército y su funcionariado. Frente a este bloque se constituyó otro, integrado por el parlamento, el pueblo y la sociedad.

³⁷⁰López Benítez Mariano (1994) *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas. pág. 37.

³⁷¹ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit. pág. 13.

³⁷² García Macho señala precedentes anteriores reconocibles en la relación de vasallaje de la antigua Germania, en la que señor y vasallo se vinculaban por medio de relaciones personales y familiares sobre la base del principio de lealtad. La conexión se concretaba en una relación de servicios voluntaria, en la cual el vasallo ponía a disposición del señor su puesto de trabajo. García Macho, Ricardo (1992) op. cit. págs.23 y ss.

³⁷³ También García Macho incide en el carácter funcional del principio monárquico como elemento unificador en Alemania, mientras que en otras latitudes, Francia o Inglaterra, la unidad de la nación ya era un hecho. García Macho, Ricardo (1992) op. cit. pág. 31.

³⁷⁴ López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 47

Dos bloques o dos esferas, la externa y la interna. En la esfera externa se sitúan las relaciones de sujeción general, en las que el Estado crea Derecho con obligaciones para los ciudadanos y donde es posible el conflicto entre éstos y aquél. Sin embargo, las relaciones de especial sujeción se residen en la esfera interna del Estado, donde no hay confrontación.

Lo mismo que el nacimiento de la intimidad, como necesidad de una esfera privada, tiene lugar cuando aparece la esfera pública; las relaciones de sujeción especial ven la luz cuando irrumpen las relaciones de general sujeción, las unas son presupuesto de las otras.

García Macho afirma que los colectivos sometidos a relaciones de especial sujeción, como el ejército y el funcionariado, experimentaron incluso un aumento de sus obligaciones y de su vinculación al monarca, al constituir, cada vez más, un “apoyo sólido” de éste³⁷⁵.

El bloque del Estado se configuró como el espacio interior, íntimo, del mismo. En este espacio, donde imperaba la voluntad absoluta del monarca, el Derecho quedaba excluido y, por lo tanto, las relaciones no eran jurídicas. “De este modo, importantes facetas de la vida estatal, como el ejército, la administración, los establecimientos, el régimen de los funcionarios, etc., son retenidas por el monarca que dispone de ellas con entera libertad... todo lo que se produzca en el interior de la personalidad del Estado es tan indiferente jurídicamente como es lo que sucede en el interior de cada persona individual”³⁷⁶.

Circunscribiéndonos al objeto de nuestro estudio, resulta llamativo cómo el conjunto de los reclusos, colectivo clásico inmerso en una relación de sujeción especial, se integra en la esfera íntima del Estado. La inmersión en una intimidad más amplia, puede ser la causa de la gran afectación o incluso la desaparición de la intimidad personal; como si la intimidad menor, la del individuo, no fuera posible dentro de una intimidad mayor, la del Estado, en la que se diluye.

³⁷⁵ García Macho, Ricardo (1992) op. cit. pág.31.

³⁷⁶ López Benítez Mariano (1994) op. cit. págs.50 y 52.

Las dos esferas estatales se contraponían en buena medida. En la esfera externa, la ley material, identificada con la libertad y la propiedad, regulaba las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, y las de estos entre sí.

En la esfera interna, donde se desarrollaban las relaciones de sujeción especial, se acentuó la dependencia del súbdito frente al Estado en favor de un determinado fin de la Administración Pública.

La citada dependencia significó al mismo tiempo, un estado de libertad restringida; la imposibilidad de establecer con anterioridad la extensión y el contenido de las prestaciones, la sustitución del acto administrativo por la instrucción; y el hecho de que el individuo tuviese que obedecer órdenes que no tenían su origen en la Ley, sino en el derecho, creado por la Ley, para ordenar. Todas estas circunstancias constituyeron para la doctrina las notas esenciales caracterizadoras del concepto de relación de sujeción especial³⁷⁷.

La esfera interna quedó al margen de la regulación de la ley, el poder ejecutivo ejercía su potestad sin restricciones legales.

En consecuencia, las relaciones que afectaban a los servidores del Estado y las que se desarrollaban en torno a un establecimiento público quedaron al margen del Derecho. De este modo los funcionarios, los presos, los militares y la escuela, integrantes clásicos de las relaciones de sujeción especial, permanecieron intramuros del Ejecutivo.

En palabras de Lasagabaster, las materias o relaciones calificadas como de sujeción especial “exigían un ámbito de actuación desregulado, para fortalecer tendencias autorreguladoras en esos campos de actividad de la Administración”³⁷⁸.

García Macho hace ver como en la sujeción especial el poder ejecutivo dictaba normas internas que se ajustaban a los objetivos y necesidades estatales, pero sin consideración al principio de legalidad o a la existencia de normas jurídicas. El imperio de la ley significa primacía de la misma y tiene como corolario la

³⁷⁷ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit.pág.14

³⁷⁸Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. 17

reserva de ley, en cuya virtud, el poder ejecutivo está vinculado en su actuación a la ley, pero esto sucedía tan “sólo cuando se trate de cuestiones importantes que afecten a los derechos de libertad y propiedad”. En lo demás, el poder ejecutivo actúa con libertad y no sobre la base de la ley. Lo que “implica que la Administración tiene un amplio campo de acción y que en todo lo que no esté reservado a la ley el acto administrativo actúa con autonomía”³⁷⁹; o como diría Gallego Anabitarte en un “ámbito de libre conformación por la Administración”³⁸⁰.

A partir de entonces quedó expedita la vía para que las relaciones especiales de sujeción viesan la luz.

Las personas al entrar en una relación de sujeción especial se encontraban, como ya hemos visto, en una situación de dependencia acentuada respecto de la Administración, que se manifestaba en un estado de libertad restringida. Dependencia y restricción que, como hemos dicho, no eran caprichosas sino que hallaban su razón de ser en el fin público que la Administración debía perseguir con eficacia.

En un principio, frente a las relaciones de general sujeción, donde las garantías jurídicas aseguran una esfera de libertad a los individuos, las personas inmersas en una relación de sujeción especial sufren una triple quiebra, la invalidez del principio de legalidad de la Administración, la inexistencia de derechos fundamentales y la desprotección judicial.

En las relaciones de sujeción especial lo que cuenta es la institución no el individuo. Las personas en sujeción especial han abandonado la sociedad donde impera la ley y se han adentrado en el ámbito íntimo estatal, allí no son titulares de derechos fundamentales pues la Administración no actúa sometida al Derecho. No habiendo normas jurídicas generales, la esfera interna queda fuera del control judicial, pues los tribunales sólo conocen de asuntos regidos por el Derecho.

³⁷⁹ García Macho, Ricardo (1992) op. cit. 37 y 38.

³⁸⁰ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit. pág. 35

En las relaciones de especial sujeción el mayor sometimiento era experimentado por el colectivo de las personas presas. Los reclusos, por mor de sus actos, eran excluidos de la comunidad jurídica; como ciudadanos perdían prácticamente sus derechos. Los centros penitenciarios se preocupaban más de garantizar la seguridad de la comunidad que la rehabilitación del interno, un concepto de difícil cabida en un sistema penitenciario meramente retributivo.

En este contexto, en el que los derechos de los reclusos son inexistentes, el preso carece de protección frente a una potestad disciplinaria arbitraria. El Derecho no ofrece garantías cuando los poderes fácticos comenten infracciones en el centro penitenciario. La persona privada de libertad se encuentra en una relación, donde no tiene más que obligaciones y, por ello, no se pueden vulnerar sus derechos, porque “sencillamente no los tiene”³⁸¹.

2.3.3.- La evolución de las relaciones de sujeción especial en Alemania

Fue necesario llegar al período de entreguerras para que, con la Constitución de Weimar de 1919, las relaciones de sujeción especial fueran revisadas. Es una evidencia señalar que Weimar significó un cambio radical en la estructura político-constitucional de Alemania. Se declaró la soberanía popular, desapareció la monarquía y con ella el principio monárquico, se estableció la supremacía de la ley y la vinculación de la Administración a aquélla.

Estos cambios tan sustanciales tuvieron su lógica repercusión en las relaciones de sujeción especial. Desde Weimar, el hecho que grupos concretos, inmersos en una institución estatal, estén sometidos a una relación de especial sujeción, sólo se puede justificar en virtud de los fines que dichas instituciones deben cumplir. Los derechos fundamentales únicamente se pueden restringir en base al cumplimiento de esos fines “En los demás casos prevalece el derecho fundamental”³⁸².

³⁸¹ García Macho, Ricardo (1992) op. cit. págs.53 y 54.

³⁸² Ibídem.pág. 59.

La historia alemana sufrió las vicisitudes del tiempo de entreguerras y la segunda guerra mundial, con las terribles consecuencias por todos conocidas. En 1949, la aprobación de una nueva constitución, La Ley Fundamental de Bonn, consagró de forma destacada el Estado social y de Derecho. El Estado social supuso a juicio de López Benítez una extensión de las relaciones especiales de sujeción; pues requirió un aumento de los establecimientos públicos “en aras de asegurar a los particulares una serie de prestaciones 383.

El debate doctrinal tuvo un antes y un después tras la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 14 de marzo de 1972³⁸⁴. Desde entonces se multiplicaron las voces en contra de la subsistencia de las relaciones de sujeción especial.

Esta sentencia tiene un especial interés para el objeto de nuestro estudio, pues tuvo como supuesto de hecho la interceptación por parte de la dirección de la prisión, de una carta en la que un preso denunciaba irregularidades en el centro.

La sentencia del Alto Tribunal alemán llegó a importantes conclusiones.

Primero, que los derechos fundamentales de los presos sólo pueden ser restringidos por Ley o sobre la base de una Ley. Como la Ley Fundamental no establece una autorización para desarrollos reglamentarios de derechos fundamentales en la esfera del régimen penitenciario y, como no existe una ley que se haya ocupado del tema, los actuales preceptos existentes, es decir la Ordenanza de Prisiones, son sólo reglamentos administrativos, que en ningún caso pueden restringir derechos fundamentales de los presos. A este respecto, García Macho señala cómo hasta este momento “las intervenciones administrativas en el régimen penitenciario no habían necesitado una ley previa” al considerarse un ámbito sujeto al tipo de relaciones de sujeción especial³⁸⁵.

³⁸³ López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 119

³⁸⁴ Véase la sentencia en BVerfGE 33, 1 pp. 1 y también en Schwabe, Jürgen (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Berlín. Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. Sentencia BVerfGE 33, 1 págs. 48 y ss. Sentencia que Reviriego Picón califica de “referencia inexcusable”. Reviriego Picón, Fernando (2004) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. *Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* nº 13 (págs. 87-108)

³⁸⁵ García Macho, Ricardo (1992) op. cit. pág. 84

Segundo, la invocación de la categoría de las relaciones especiales de sujeción no es argumento suficiente para justificar una limitación de los derechos fundamentales.

Y si bien no es inconstitucional que se controlen las cartas de los presos en determinadas circunstancias, no puede admitirse que no se respeten las garantías formales, la reserva de Ley, establecidas en beneficio de los derechos fundamentales.

En conclusión las relaciones de especial sujeción sólo están justificadas desde la Constitución, por lo que deben respetarse los derechos fundamentales y el principio de legalidad.

Algo que ahora nos parece tan evidente, no lo fue durante mucho tiempo.

Después de esta sentencia, la doctrina alemana se dividió entre los que abogaron por la desaparición de la figura de la relación de sujeción especial, por incompatibilidad con los principios constitucionales, y los que optaron por su conservación, como categoría válida pero con la necesidad de revisión y de desligarla del contexto en el que había nacido.

Los partidarios de la preservación de las relaciones de sujeción especial, la justifican en la necesidad de resolver las situaciones que se originan cuando el contacto entre determinados grupos y la administración es cotidiano y no ocasional.

2.3.4.- La recepción de las relaciones de sujeción especial en España

En España el concepto de relación de especial sujeción no se conoce como tal; “ni tan siquiera hay una conciencia de su existencia durante el siglo XIX y principios del XX, que es cuando se consolida en Alemania. Sin embargo, sí hay funcionarios, soldados y presos localizados en el ámbito doméstico de la

Administración española a los que se les aplica restricciones semejantes en sus garantías a como se hace allí”³⁸⁶.

En España, se recibió la categoría de las relaciones de sujeción especial en el año de 1961, merced a un artículo de Alfredo Gallego Anabitarte, al que ya nos hemos referido, y que se publicó en la Revista de Administración Pública, bajo el título “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”³⁸⁷.

El Derecho español importó el concepto no como era entendido entonces en el Derecho alemán, sino conforme a su concepción antigua y “con los límites que tenía en la época clásica”³⁸⁸.

Desde entonces la jurisprudencia española comenzó a aplicar las consecuencias de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, no sólo al limitado grupo que la doctrina alemana incluía tradicionalmente en este tipo de relaciones, a saber, funcionarios, estudiantes, presos, jueces y usuarios de un establecimiento público; sino también a otros sectores muy diversos, que nunca históricamente habían estado sometidos a tal tipo de relación; como “los cosecheros de vinos que tienen una denominación de origen; los promotores de viviendas e incluso a los ciudadanos que compran viviendas de protección oficial; los agentes de aduanas; los auto-taxis; los miembros de profesiones tituladas integrados en colegios profesionales; los banqueros y todos aquellos que se inscriban en un registro administrativo con vigilancia administrativa posterior; los detectives privados; los concesionarios de servicios públicos; las personas que de un modo u otro participan en la organización de una corrida de toros, incluidos los espectadores; los expendedores de tabaco; todos los ciudadanos que tengan una relación jurídico-tributaria con el Estado”³⁸⁹.

³⁸⁶ *Ibíd.* pág. 18

³⁸⁷ Gallego Anabitarte (1961) *op. cit.*.

³⁸⁸ García Macho, Ricardo (1992) *op. cit.* 109.

³⁸⁹ Brage Camazano, Joaquín (2004) *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid. Dykinson.pág.434.

Esta indiscriminada aplicación tuvo graves consecuencias, al restringir derechos fundamentales y crear inseguridad jurídica³⁹⁰.

2.3.5.- *La necesidad de un concepto de relación especial de sujeción*

Para López Benítez la extensión del ámbito subjetivo de las relaciones especiales de sujeción se debió a la falta de “una debida conceptualización de la categoría, lo que hace que se identifiquen las relaciones especiales de sujeción con cualquier tipo de relación jurídica en la que intervenga la Administración”³⁹¹.

Sin embargo, García Macho sostiene que la extensión del concepto de sujeción especial tuvo su causa más importante en el contexto político de la época, un régimen que no se caracterizaba, precisamente, por el respeto de las garantías individuales. Si esto era así en la esfera de la relación Estado-ciudadano, menores garantías se podían esperar para los grupos que se incardinaban en la esfera de la autoorganización administrativa. En aquellos momentos hablar de relaciones de especial sujeción significaba hablar de ámbitos externos de legalidad. De este modo “fue muy cómodo para la jurisprudencia tapar los déficits de legalidad utilizando ese unguento mágico de las relaciones de especial sujeción”³⁹².

Tanto este autor como Lasagabaster llaman la atención sobre la poca atención que la doctrina española ha dedicado al concepto de relación de especial sujeción en contraste con la entidad de los efectos que su aplicación produce. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo utilizan la categoría de sujeción

³⁹⁰Jiménez-Blanco en 1988 criticaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo por extender las relaciones de sujeción especial y producir “literalmente, el resultado de una succión de los principios constitucionales”. Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio (1988). Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.2. (págs.989-993). págs. 989 y 990.

³⁹¹López Benítez Mariano (1994) op. cit. págs. 41 y 42.

³⁹² García Macho, Ricardo (1992) op. cit.págs.155 y 169.

especial como un comodín, sin conceptuarla; su simple cita sirve para justificar decisiones judiciales, sin mayor esfuerzo argumentativo³⁹³.

La no existencia de un concepto suficientemente elaborado, sigue Lasagabaster, impide fijar el alcance de la categoría y su funcionalidad. Las relaciones de sujeción especial se siguen identificando por las características de “dependencia acentuada” o “libertad disminuida”, referencias meramente descriptivas, que dan razón de la institución, pero no aclaran su contenido. La categoría jurídica no se utiliza como un “concepto”, sino como un “descriptor”³⁹⁴.

Sin embargo ya Gallego Anabitarte en 1961, afirmaba la imposibilidad de definir la relación de sujeción especial; al no existir “ninguna relación especial de sujeción, sino relaciones especiales de sujeción, o mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas”. Para él, la gran diferencia que reina entre las relaciones especiales de sujeción “ahorra tanto el esfuerzo de una definición como la búsqueda de una única cualidad como nota esencial de la relación de especial sujeción”.

Para ilustrar la gran variedad de las notas caracterizadoras de las relaciones especiales de sujeción, el mismo autor señalaba las siguientes: acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones; estado general de libertad limitada; existencia de una relación personal; imposibilidad de establecer de antemano la extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de la necesidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados; el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la Ley; el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo; la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento; el admitir expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa³⁹⁵.

³⁹³ Ibídem. pág.17 y Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. págs. 147 y 171.

³⁹⁴Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 145.

³⁹⁵ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit.págs. 24 y 25

A pesar de la opinión contraria a la posibilidad de formular un concepto de relaciones de especial sujeción, que mantenía su introductor en España, tanto López Benítez como Lasagabaster insisten en la necesidad y posibilidad de hallar este concepto.

López Benítez aboga por proporcionar un concepto omnicomprendivo de estas relaciones, “un concepto que se extraiga de la conexión de los diversos rasgos comunes que se presentan en cada una de estas relaciones”; y de esta manera evitar “esa extensión desproporcionada de la categoría de las relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia”³⁹⁶.

Lasagabaster Herrarte, por su parte, “considera metodológicamente más acertado proceder al análisis de cada una de las características que se imputan a las relaciones especiales de sujeción”, para así después formular “una concepción que se ajuste a los resultados de tal análisis”³⁹⁷.

Siguiendo a estos dos autores, con sus diferentes matices, procede ahora identificar estos rasgos o características de las relaciones de sujeción especial.

Las relaciones especiales de sujeción son relaciones jurídico-administrativas que se caracterizan por una efectiva y duradera inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración.

En las relaciones especiales de sujeción se crea una íntima inmediatez entre la Administración y el administrado. El administrado penetra en los dominios de la Administración, bien para servir y cumplimentar los objetivos de ésta, caso de los funcionarios o de los militares, bien para beneficiarse de las ventajas que el establecimiento administrativo proporciona, caso de determinados usuarios de ciertos servicios públicos.

De esta forma puede decirse que el elemento característico de estas relaciones, el cual las distingue de las relaciones de sujeción general, es la incorporación del administrado a la organización administrativa.

³⁹⁶López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 42.

³⁹⁷Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 171

Los administrados quedan sometidos a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, y de instituciones, como la reserva de Ley y el principio de legalidad, que constituyen en nuestro ordenamiento jurídico la garantía máxima de esa libertad y de esos derechos fundamentales.

Las relaciones jurídicas, de especial sujeción, tienen como elemento común la permanente, duradera y estrecha relación entre la Administración y el administrado. “Esta íntima inmediatez no busca sólo la satisfacción de los intereses del administrado, sino el mejor cumplimiento de los intereses generales que la Administración tiene constitucionalmente confiados. Es el efectivo logro de estos intereses generales el título que justifica el estrechamiento de la relación y la imposición de especialidades”³⁹⁸.

2.3.6.- El concepto de relación de sujeción especial

López Benítez nos ofrece el siguiente concepto de relaciones de sujeción especial, son: “relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”³⁹⁹.

La definición de López Benítez no parece diferir mucho de la de Obermeyer, recogida por Gallego Anabitarte en 1961, según la cual, relación de especial sujeción es “aquella relación jurídico-pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del

³⁹⁸López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 348.

³⁹⁹ Ibídem. págs. 161 y 162

Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo”⁴⁰⁰.

En ambas definiciones destacan dos elementos, la calificación de las relaciones de sujeción especial como relaciones jurídicas y la designación de un fin que, dentro del plan general del Estado, es señalado por el ordenamiento jurídico para cada una de estas relaciones.

La calificación de “jurídicas” supone desterrar la idea de que las relaciones especiales de sujeción constituyen espacios ajurídicos o exentos de Derecho, donde impere la arbitrariedad de la Administración. Las relaciones de sujeción especial, son relaciones jurídicas y, concretamente, son relaciones jurídico-administrativas, al tener como una de sus partes a la Administración que, como tal, ostenta privilegios y poderes que la constituyen en el sujeto fuerte de la relación. Esta supremacía de la Administración es una constante en las relaciones jurídico-administrativas, pero en las llamadas relaciones especiales de sujeción, se hace más intensa en aras de una mayor operatividad de la Administración.

Lo anterior no es compartido por Prieto Álvarez que no ve que esta intensidad de la supremacía tenga “algo de especial” ni que requiera “una categoría abarcante”.⁴⁰¹.

Brage Camazano, en cambio, considera que lo especial no es la relación en sí, sino precisamente la intensidad de la sujeción, “que no es la común de los restantes ciudadanos”⁴⁰².

La finalidad específica perseguida por cada una de las relaciones de sujeción especial, determina su régimen jurídico y crea la relación de inmediatez entre determinados colectivos de administrados y la Administración. Es la finalidad la que hace necesario un aumento de los poderes de la Administración respecto de dichos colectivos.

⁴⁰⁰ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit. pág.17

⁴⁰¹ Prieto Álvarez, Tomás (2009) La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. *Revista de Administración Pública* 178 (215-247) pág. 225

⁴⁰² Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág.426.

La relación de inmediatez es para López Benítez la característica que hace de una relación jurídico administrativa una relación de sujeción especial pues deriva de “la necesaria inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración”. Así se puede distinguir al administrado común o simple en las relaciones generales de sujeción, del administrado cualificado en las relaciones especiales de sujeción. La doctrina y la jurisprudencia se han afanado en el empleo de fórmulas lingüísticas que expresan esta proximidad. Así, se ha hablado “del ámbito interno o externo de la Administración, del círculo interior de ésta; de la esfera propia administrativa; o del circuito cerrado que deriva de toda relación especial de sujeción”⁴⁰³.

Debemos reparar en la gran similitud de todas expresiones con los conceptos sociológicos de intimidad, que hemos estudiado en capítulos anteriores. De nuevo nos recuerdan que las relaciones de especial sujeción se desenvuelven en la intimidad de la Administración.

Lo que acontece es que el sujeto administrado traspasa físicamente las fronteras territoriales de la Administración y se sitúa dentro del campo doméstico de aquélla.

Las causas por las que un administrado se puede ver inmerso en la organización administrativa y trabar con ésta una relación de intimidad se corresponden con las figuras clásicas de relaciones de especial de sujeción, a saber, el funcionario, el militar, el escolar y el estudiante y el preso⁴⁰⁴.

El funcionario y el militar se integran voluntariamente en la Administración y hacen del servicio a ésta su medio de vida. El escolar y el estudiante utilizan los medios de la Administración para su desarrollo vital⁴⁰⁵. Los presos se integran forzosamente en la Administración porque su conducta resultó peligrosa para la sociedad.

⁴⁰³ López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 194.

⁴⁰⁴ Gallego Anabitarte, Alfredo (1961) op. cit. págs. 24 y 25.

⁴⁰⁵ López Benítez asimila a este supuesto la situación de la persona hospitalizada. López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág. 197.

En definitiva el individuo se inserta en la organización administrativa bien para servir a la Administración, bien para beneficiarse de las prestaciones de ésta. Hasta en el caso de la institución penitenciaria se puede identificar este beneficio, dadas las finalidades básicas de la misma, que son la rehabilitación y la seguridad. De la rehabilitación y reinserción se benefician las personas presas, y de la seguridad se beneficia el conjunto de los ciudadanos, que mediante la retención y custodia de las personas que han delinquido, se ven protegidos del peligro que éstas pueden representar.

Para que la integración de una persona en la Administración genere una relación especial de sujeción, debe de reunir las características de responder a una causa en sentido jurídico y ser duradera. La causa de la integración se corresponde con el sentido y finalidad económico-social de la organización. La duración de la integración supone su prolongación durante el tiempo necesario para que el administrado se haga a ese clima o medio ambiente que destila la organización⁴⁰⁶.

Por último, tiene cierto interés destacar que en sede normativa se ha evitado conscientemente la plasmación de la previsión de relación de sujeción especial; así durante la elaboración del Reglamento Penitenciario vigente se consideró oportuno no incluir dicha referencia en el texto definitivo aunque inicialmente sí se contenía en el Anteproyecto. La razón de dicha desaparición se produjo al considerarse poco conveniente al tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos⁴⁰⁷.

2.3.7.- El principio de legalidad y los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial

⁴⁰⁶ *Ibidem*. pág. 588.

⁴⁰⁷ Ver Dictamen 3131/95/2797/95 emitido por la Comisión Permanente el 11 de enero de 1996; cfr., Téllez Aguilera, Abel (1998) *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, Edisofer.

Tradicionalmente, la vigencia y validez del principio de legalidad y de los derechos fundamentales dentro del ámbito de las denominadas relaciones especiales de sujeción ha constituido la preocupación fundamental de la doctrina.

El principio de legalidad significa el sometimiento de los poderes públicos, de la Administración, a la ley y al Derecho y, en consecuencia, al control judicial. Este sometimiento es una garantía para los derechos de los ciudadanos, que no se verán afectados por un poder arbitrario. De este modo, la vinculación de la Administración a las leyes es total, de manera que la configuración de espacios libres y francos de Derecho se ve como un imposible jurídico.

La primera conclusión es rotunda: el principio de legalidad tiene plena vigencia en las relaciones de sujeción especial.

No obstante, a juicio de Lasagabaster, esta afirmación debe ser modulada; ya que según este autor el principio de legalidad viene constituido por otros dos principios: la primacía de la ley, siempre en el respeto de la Constitución, y la reserva de ley. La reserva de ley puede ser total o no. En el primer caso, se exige que toda actividad administrativa encuentre habilitación en una norma con rango de ley. En el segundo, se considera que la actividad de la Administración está juridificada, lo que exige que su actividad esté prevista en una norma jurídica, sin necesidad de que esa norma tenga el rango de ley, pudiendo ser una simple norma administrativa, de rango reglamentario. En conclusión, las relaciones de sujeción especial permiten “modelar el alcance del principio de legalidad, no para negar su vigencia”, ello en función del ámbito concreto que regulan.

Respecto a la importante cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales, el mismo autor señala que la integración en una relación de sujeción especial conlleva la limitación de los derechos fundamentales. Pero esta limitación ni es absoluta ni afecta a todos los derechos fundamentales, sino que debe responder al sentido y la finalidad de la relación de sujeción especial de que se trate. “Debe ser al mismo tiempo necesaria, adecuada y proporcional a la finalidad que se persigue mediante la relación de sujeción especial”.

Por último, y para concluir su reflexión sobre la plenitud de las garantías jurídicas en las relaciones de sujeción especial, afirma el autor que “los derechos de los ciudadanos, dentro de una relación de sujeción especial tienen las mismas garantías judiciales, de defensa ante los tribunales, que los correspondientes a la relación ciudadanos-Estado en general”⁴⁰⁸.

2.3.8.- *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución de 1978*

Nuestro texto constitucional vigente, todavía joven pero que cuenta casi con cuatro décadas de vigencia, estableció, qué duda cabe, un nuevo orden jurídico político.

En su virtud la revisión total de la categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial se hace imprescindible.

Al no existir en España la doble legitimidad que dio origen a las relaciones de sujeción especial -soberanía compartida por el monarca y el parlamento- desaparece el fundamento de esta categoría.

La vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico hace imposible en la actualidad la pervivencia de zonas francas o libres de Derecho, en donde la Administración pueda moverse con entera y absoluta libertad.

Lo anterior sería suficiente para considerar que las relaciones de sujeción especial habrían desaparecido con el nuevo orden constitucional; más aún, las propias previsiones del art. 25 del texto constitucional valdrían para tratar de evitar apelar a nociones jurídicas ya superadas.

Sin embargo, no lo han entendido así ni el Tribunal Constitucional, tal y como hemos visto más arriba, ni parte de la doctrina.

Ambos rastrean y encuentran en la Constitución el fundamento de las relaciones especiales de sujeción.

⁴⁰⁸ Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid. Cívitas. págs.139, 145 y 415.

Así, García Macho⁴⁰⁹, aunque reconoce que “los principios constitucionales sitúan sobre bases muy diferentes las relaciones de especial sujeción en relación con la época anterior” considera que las relaciones de especial sujeción se han constitucionalizado en diversos preceptos de nuestra Norma Suprema.

A este respecto cita los siguientes: el artículo 25.2 que limita algunos derechos fundamentales a los presos; los artículos 28.1 y 103.3 que restringen el derecho de sindicación de algunos cuerpos, como Fuerzas o Institutos armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar y funcionarios públicos; el artículo 29.2 que niega el derecho de petición colectiva a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y de los Cuerpos sometidos a disciplina militar; y los artículos 127 y 159.4 que restringen derechos fundamentales concretos a Jueces, Magistrados, Fiscales y miembros del Tribunal Constitucional.

Para López Benítez, la finalidad de cada relación de sujeción especial sigue señalando los límites de los derechos fundamentales. Estas limitaciones serán sólo las imprescindibles para el mejor cumplimiento de dicho fin. Pero “partiendo siempre del mayor valor de los derechos fundamentales también en esta clase de relaciones”⁴¹⁰.

2.3.9.- *Recapitulación*

Llegados a este punto de nuestro estudio consideramos conveniente hacer una recapitulación de las posturas doctrinales respecto de las relaciones de sujeción especial y exponer después nuestro particular punto de vista.

Díez Ripollés considera que nuestros presupuestos constitucionales y penitenciarios “cierran nítidamente el paso” al concepto de relación de sujeción especial⁴¹¹.

⁴⁰⁹ García Macho, Ricardo (1992) op. cit. págs.169, 208 y 209.

⁴¹⁰ López Benítez Mariano (1994) op. cit. pág.410

⁴¹¹ Díez Ripollés, José Luis (1986) La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. *Cuadernos de política criminal* nº 30 (págs.603-659) pág.616

Para Lasagabaster Herrarte la categoría de las relaciones de sujeción especial “provoca más problemas de los que evita, es caprichosa y, especialmente, produce una gran inseguridad jurídica”. De aquí que proponga su definitivo abandono. La Constitución y las normas generales de la interpretación aportan los instrumentos suficientes para no tener que “acudir a las denominadas, descriptivas y, jurídicamente, difícilmente definibles relaciones de sujeción especial”⁴¹².

López Benítez, sin embargo, mantiene que “las relaciones especiales de sujeción siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria”. Si se rechaza su concepto habrá que acudir a otros que respondan a la misma finalidad: “que nuestros hospitales funcionen, que nuestros cuarteles no se fosilicen y puedan ser operativos, que nuestras escuelas y universidades, que nuestra Administración puedan cumplir con eficacia los fines que tienen encomendados”. Las relaciones de sujeción especial, continúa el mismo autor, sin dejar de ser una categoría jurídico-administrativa, se han constitucionalizado en la misma medida en que ha quedado constitucionalizada la propia Administración, “con la renuncia a la teoría de las relaciones especiales de sujeción se pierde un modo satisfactorio de explicar dogmáticamente determinados fenómenos que acaecen en el seno del ordenamiento”⁴¹³.

También García Macho estima que es la propia Constitución la que acoge el concepto de relaciones de especial sujeción en diversos preceptos. Lo anterior significa el reconocimiento de la permanente peculiaridad de este tipo de relaciones y, también, el de una cierta forma de utilización del principio de legalidad en las mismas; una utilización que toma en cuenta el fin típico de cada relación diseñado también por la Carta Magna. Para este autor la conservación del concepto de relación de especial sujeción es necesaria para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la Administración

⁴¹² Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 426.

⁴¹³ López Benítez Mariano (1994) op. cit. págs. 40, 43, 351 y 352.

y el administrado conviven todo el día (soldados, presos) o la mayor parte del día (funcionarios, estudiantes)⁴¹⁴.

Desde el Derecho Constitucional, Cámara Villar afirma que las relaciones de sujeción especial, a las que también denomina “status especiales” son un objeto real “porque de manera explícita o implícita, están en la Constitución, aunque no como categoría general unitaria”; relaciones cuya nota más general es la instalación de ciertos sujetos en un estado de libertad restringida. El autor aboga por su mantenimiento y señala que el problema reside en encontrar los criterios para armonizar las exigencias del ámbito funcional que supone toda relación de sujeción especial” con el valor preferente de los derechos fundamentales y ello tanto en su dimensión subjetiva como objetiva⁴¹⁵.

Para Brage Camazano la categoría de las relaciones de especial sujeción no es una categoría jurídica insustituible, “pues casi ninguna lo es”, pero si puede ser una categoría funcional para explicar determinadas situaciones jurídicas. Calificada una relación con la Administración como de especial sujeción y determinada su concreta finalidad, “podrá saberse también qué concretos derechos fundamentales pueden tener una modulación especial, y con qué intensidad, en el seno de esa relación”. La categoría de relación de sujeción especial también puede ser útil en la “aplicación diaria del Derecho y el control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales”⁴¹⁶.

Cotino Hueso, por su parte, considera que “la noción de especial sujeción resulta, pues inútil y confusa y por lo tanto descartable”⁴¹⁷.

Más severo es el juicio de Jiménez-Blanco que define la relación de sujeción especial como “voz” y critica su aplicación “sin base normativa alguna, allí donde

⁴¹⁴ García Macho, Ricardo (1992) op. cit.págs.17, 253 y 254.

⁴¹⁵ Cámara Villar, Gregorio (2001) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. (págs. 117-139). Barcelona. Cedecs. págs. 118, 134 y 137.

⁴¹⁶ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit.pág.433.

⁴¹⁷Cotino Hueso, Lorenzo (1999) Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. *Revista del Poder Judicial* nº 55. (págs. 291-323) pág. 323.

se quiere”, con consecuencias “que contradicen los principios y las garantías del Estado de Derecho”⁴¹⁸.

Aba Catoira, vincula la naturaleza jurídica de la relación especial de sujeción al significado de su regulación que “responde a la consecución de los intereses propios de la Administración que se organiza para la defensa de los intereses generales”⁴¹⁹.

Por último Martínez Escamilla aunque considera innegable que las personas condenadas a una pena de prisión poseen un status jurídico sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres, no ve necesario acudir a la fórmula de las relaciones de especial sujeción, para explicar jurídicamente una realidad que ya es contemplada expresamente por la Constitución y “desde esta perspectiva, al menos en el ámbito penitenciario, la analizada construcción teórica se muestra innecesaria”⁴²⁰.

Ya en el ámbito penitenciario, son varios los autores críticos con la calificación de la relación penitenciaria como de sujeción especial.

Subijana Zunzunegui al valorar las sentencias del Tribunal Constitucional que conceptúan la relación penitenciaria como relación de sujeción especial, considera que “lo relevante para el entramado de derechos de las personas privadas de libertad no es la calificación que se emplee para denominar a su relación con la Administración Penitenciaria, sino la utilización de tal categorización como fuente de restricciones de sus derechos fundamentales desvinculada del específico régimen contenido en el sistema constitucional”⁴²¹.

Duque Villanueva introduce un interesante matiz, para él lo relevante no es la calificación de la relación penitenciaria como relación de sujeción especial, sino

⁴¹⁸ Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio (1988) op. cit. pág. 993.

⁴¹⁹ Aba Catoira, Ana (2001) *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*. Madrid. Tecnos. pág. 243.

⁴²⁰ Martínez Escamilla, Margarita (1998) Derechos fundamentales entre rejas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* nº 51 (págs. 245-272) pág.9

⁴²¹ Subijana Zunzunegui Ignacio José (1998) Los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nº 12 Extraordinario - Diciembre (págs.167-186) págs. 168 y 169.

“el hecho de que se emplee como punto de partida para determinar el alcance y las limitaciones de los derechos fundamentales de los internos”, cuando para el autor este punto de partida es el artículo 25.2 CE⁴²².

Como dice González García “pese a la singular posición que ocupa la Administración penitenciaria con respecto al recluso, su actuación no puede exceder los límites del principio de legalidad ni vulnerar derechos fundamentales, aun dentro de las restricciones que padece el preso, y que dichas restricciones han de servir al cumplimiento de los fines de la Administración, y no como coartada para justificar cualquier vulneración de los derechos, aun restringidos, del preso”⁴²³.

En este sentido dice Rivera Beiras que la vieja doctrina de la relación especial de supremacía “aparece y desaparece como fundamentadora del status jurídico del penado según conviene”. Si tal fundamentación se vincula a la condición de penados nos encontraríamos ante una reducción de sus libertades que se ven supeditadas a la “diligencia de la Administración en cumplir los mandatos constitucionales”. La justificación de las limitaciones de derechos en la relación especial de sujeción “hace que el preso sea jurídicamente algo distinto a un ciudadano”⁴²⁴.

Por nuestra parte, nosotros somos contrarios a la utilización de la categoría jurídica de relación de sujeción especial.

Entendemos que una categoría jurídica es una abstracción intelectual cuya finalidad es facilitar la aplicación del Derecho a la realidad. Si esto no sucede la categoría jurídica pierde su razón de ser.

⁴²² Duque Villanueva, Juan Carlos (1996) El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario. En López Ortega, Juan José (Dir.). *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*. (págs.101-156) Madrid. Consejo General del Poder Judicial. pág. 108.

⁴²³ González García, José María (1999) Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado: Derecho de inviolabilidad de la celda de un recurso (TS 2ª S 515/1998, de 6 de abril). *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal* nº 2 (págs.184-192).pág. 191.

⁴²⁴ Rivera Beiras, Iñaki (2000) La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario. En Muñagorri Laguía, Ignacio; Pinto de Miranda Rodrigues, Anabela, y Rivera Beiras, Iñaki *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. (págs. 65-118).Barcelona. Bosch.pág.109.

El origen, la historia y las consecuencias de la aplicación de las relaciones de sujeción especial las lastran de tal manera, que su utilización como categoría, más confunde que facilita una labor de aplicación y entendimiento.

Como hemos visto las relaciones de sujeción especial tuvieron su nacimiento en Alemania, en una realidad político constitucional, no sólo ajena a la española, sino donde, además, se reconocía una legitimidad distinta a la democrática. El fundamento de estas relaciones radicó en el reconocimiento de soberanía al monarca. Esto constituye a nuestro juicio un vicio de raíz, que las deslegitima en el actual contexto de soberanía popular.

Históricamente, las personas que se hallaban inmersas en una relación calificada como de sujeción especial, sufrían las consecuencias de una triple quiebra, la no vigencia del principio de legalidad para la Administración, la inexistencia de derechos fundamentales y la desprotección judicial. Esta triple y grave fractura es inadmisibles en un Estado de Derecho.

La recepción de esta categoría en España tuvo lugar a partir del año de 1961, cuando ya en su patria de origen, se debatía sobre la necesidad de su desaparición por incompatibilidad con los principios constitucionales. Para crear una mayor confusión la categoría se recibió conforme a su concepción clásica y se aplicó por la jurisprudencia de manera indiscriminada y acrítica con las desafortunadas consecuencias de restricción de derechos fundamentales y producción de inseguridad jurídica.

La categoría de las relaciones de especial sujeción lleva inserta en su código genético el cuestionamiento de la no vigencia del principio de legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de los sistemas previstos para su garantía. Son consecuencias muy graves que hacen peligrosa su utilización.

A pesar de las afirmaciones que hacen el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, que hemos examinado, de la literalidad de las normas constitucionales no se desprende la asunción expresa de la categoría de las relaciones de sujeción especial. Así lo expresa el propio Tribunal en sentencia 132/2011 de 8

de junio, “Lo importante ahora es afirmar que la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional”⁴²⁵.

En este sentido, señala Prieto Álvarez que “sobre la sustantividad de las relaciones de sujeción especial ha de concederse al Tribunal Constitucional que, efectivamente, éstas no constituyen una taxativa categoría constitucional, ni siquiera legal”⁴²⁶.

En realidad, creemos que lo que la Constitución hace, en determinados preceptos, es limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a colectivos de personas por mor de una finalidad o en virtud de la función pública que desempeñan. Estos colectivos son, básicamente, los presos por un lado y los funcionarios, los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de seguridad, y los jueces, fiscales y magistrados, por otro.

Los presos ven limitados el ejercicio de sus derechos en virtud de la finalidad que debe cumplir la institución penitenciaria en la que están internados; los demás colectivos están constituidos por profesionales cuya actividad es una función pública, por causa de la cual, ven restringidos ciertos derechos fundamentales.

En el caso específico de los presos, el artículo 25.2 CE declara rotundamente la vigencia de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título Primero, y solamente exceptúa aquellos expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Asimismo el artículo 25.2 de la Constitución sitúa la relación penitenciaria bajo la reserva de Ley. Además la ubicación sistemática de este precepto obliga a que su regulación se acometa a través de la Ley orgánica. Esta habilitación al legislador orgánico sólo le autoriza a limitar los derechos fundamentales en la medida en que no se perjudiquen los fines de la institución penitenciaria que son la reeducación y reinserción social del recluso.

⁴²⁵ STC 132/2011 de 8 de junio FJ4

⁴²⁶ Prieto Álvarez, Tomás (2009) op. cit. pág. 244.

Podemos concluir diciendo, que tanto la vigencia de los derechos fundamentales, como el principio de legalidad y la reserva de ley, rigen, sin ningún tipo de duda, en la relación penitenciaria. En consecuencia, se puede prescindir de una categoría como la de relación especial de sujeción que, por las razones ya dichas, pone en solfa los institutos de garantía que acabamos de citar.

Por todo ello nos sumamos al sector doctrinal que propugna el abandono de las relaciones de sujeción especial y hacemos nuestras las ingeniosas palabras del profesor Tomás-Ramón Fernández, que con glosa de una bienaventuranza de Benavente “Bienaventurados sean nuestros imitadores porque de ellos serán nuestros defectos”, afirma que “si los iuspublicistas alemanes conocieran esta inteligente y afortunada sentencia de nuestro dramaturgo la repetirían con indisimulada satisfacción al ver a qué extremos hemos llevado su vieja teoría de las relaciones especiales de sujeción, de la que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa ha querido encontrar durante muchos años la solución a todos los déficits de cobertura legal, que no eran pocos, de la actividad de la Administración del régimen político anterior, yendo con ello mucho más lejos de lo que nunca pudieron pensar quienes la idearon, y, por supuesto, quien la divulgó entre nosotros”.

Ni siquiera la aprobación de nuestra Carta Magna, continua el ilustre profesor, “pudo frenar en un primer momento este desatinado abuso de una construcción nacida en un contexto histórico-político radicalmente diferente”.

Y concluye esta autorizada voz proponiendo como “exigencia de nuestra propia Norma Fundamental...una rápida depuración de los abusos de todo tipo que hemos venido padeciendo en el pasado a cuenta de esta singular construcción doctrinal, tan acrítica, como entusiásticamente asimilada”⁴²⁷.

Más aún, en palabras de Mapelli, pese a tal caracterización respecto de la relación entre el recluso y la Administración Penitenciario, el Tribunal Constitucional no ha extraído “las consecuencias que lógicamente debieran de extraerse, sencillamente porque de hacerlo así una reflexión coherente en un

⁴²⁷ Tomás-Ramón Fernández. Prólogo en García Macho, Ricardo (1992) op. cit. págs. 13 y 14.

plano teórico, pero radicalmente contraria a la legislación penitenciaria e, incluso, al propio texto constitucional⁴²⁸, no en vano, y siguiendo a Díez-Picazo, al amparo de una reflexión sobre las polémicas sentencias de los GRAPO, esta noción doctrinal “no siempre resulta coherente con los postulados básicos del Estado democrático de derecho”⁴²⁹.

3.- LOS REQUISITOS DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE INTIMIDAD EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL

3.1.- Introducción

De las sentencias del Tribunal Constitucional sobre intimidad penitenciaria, más de la mitad hacen referencia y aplican el principio de proporcionalidad; además, algunas de ellas aluden al concepto de contenido esencial de los derechos.

Respecto de estas dos importantes cuestiones, principio de proporcionalidad y contenido esencial, vamos a considerar la doctrina que el Alto Tribunal establece en dichas resoluciones. Las conclusiones que de aquí obtengamos nos serán de utilidad para seguir analizando la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de intimidad de las personas presas.

El presupuesto del que se parte, evidentemente, es la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales; pues ninguno de ellos es absoluto sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, como así nos lo recuerda, por ejemplo, la sentencia 89/2006, de 27 de marzo⁴³⁰, que conoció de un registro de celda.

⁴²⁸ Mapelli Caffarena, Borja (1994) El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, VVAA, Bosch, Barcelona. Bosch.

⁴²⁹ Díez-Picazo, Luis María (2005) *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Cívitas, Madrid, pág. 231.

⁴³⁰ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

Los derechos fundamentales pueden ceder ante los límites que la propia Constitución establece, bien de modo expreso, bien tácitamente. Los límites expresos son los que la Norma Suprema impone cuando define cada derecho. Los límites tácitos se infieren “de manera mediata o indirecta” de la Constitución “al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos”⁴³¹.

3.2.- Condiciones de los límites de los derechos fundamentales

Los límites a los derechos fundamentales deben cumplir una serie de condiciones. Destacan, entre ellas, la exigencia de la proporcionalidad de los límites y el respeto al contenido esencial como último valladar de la restricción.

Dice el Alto Tribunal que “Las limitaciones establecidas para un derecho no lo pueden obstruir más allá de lo razonable”⁴³²; y también que el recorte que un derecho fundamental puede experimentar ha de revelarse “como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”⁴³³.

La proporcionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales es la lógica consecuencia de la dimensión objetiva de los mismos y de su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico. Estas cualidades de los derechos fundamentales “imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio”⁴³⁴.

Como bien recuerda Aguiar de Luque este principio de proporcionalidad surge en el contexto de intentar construir una teoría constitucionalmente adecuada de los límites de los derechos fundamentales, siendo adoptado dicho principio

⁴³¹ STC 137/1990, de 19 de julio, F J6

⁴³² STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 6

⁴³³ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3).

⁴³⁴ STC 196/2006, de 3 de julio, FJ6).

siguiendo la estela de la elaboración llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como la doctrina sentada por diversas cortes constitucionales europeas, entre las que destacaría la del Tribunal Constitucional Federal alemán⁴³⁵. Y ello teniendo en cuenta, como nos seguirá apuntando este autor, que la primera doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia respondió más a una utilización un tanto intuitiva, espontánea, no formalizada, aludiendo a un principio de proporcionalidad no estrictamente identificable con el contenido que se viene reconociendo al mismo en el momento actual.

Es doctrina consolidada del Alto Tribunal que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales está determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad; a cuyo tenor, una medida limitadora de un derecho fundamental debe superar el juicio de proporcionalidad, cumpliendo los tres requisitos de éste, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

La idoneidad supone que ‘tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto’; la necesidad significa que no existe ‘otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia’⁴³⁶; y la proporcionalidad en sentido estricto, se traduce en que la medida es ‘ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto’⁴³⁷.

⁴³⁵ Aguiar de Luque Luis (2007) Encuesta sobre derechos fundamentales, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20. (págs. 11-57) pág. 41

⁴³⁶ La palabra necesidad no parece la más adecuada, pues según el diccionario de la Real Academia, necesidad es ‘impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido’ y también ‘aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir’. Parece más apropiada la expresión ‘intervención mínima utilizada por Villaverde Menéndez, Ignacio (2004) Los límites a los derechos fundamentales. En Bastida Freijedo, Francisco J.; Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Presno, Miguel Ángel; Aláez, Benito y Fernández Sarasola, Ignacio. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. (págs.120-150). Madrid. Tecnos. pág. 147.

⁴³⁷ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

En definitiva, el análisis de la constitucionalidad de la limitación de un derecho es un análisis de su proporcionalidad⁴³⁸; y para ello, el juzgador constitucional cuenta con el juicio de proporcionalidad como herramienta principal.

En el ámbito concreto de la Administración Penitenciaria, el Tribunal Constitucional deberá enjuiciar si los acuerdos de aquella que limitan un derecho se producen en los supuestos legalmente previstos de acuerdo con la Constitución; que son un fin constitucionalmente legítimo previsto por la ley, el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos y “si la medida era idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido”⁴³⁹.

La proporcionalidad también es regla tanto para la configuración legal, como para la aplicación de las limitaciones derivadas del artículo 25.2 CE.

De este modo, las limitaciones que contempla el art. 25.2 CE han de estar configuradas legalmente, ser penitenciarias “cuando no provienen directa o indirectamente de la pena —de su contenido o de su sentido—, y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad”⁴⁴⁰.

Finalidad penitenciaria y proporcionalidad, por tanto, son los requisitos de las limitaciones a los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario.

Respecto a la finalidad se considera que es penitenciaria cuando está “anudada” a las propias de la institución penitenciaria⁴⁴¹, que son “la garantía de la seguridad y buen funcionamiento del centro penitenciario”⁴⁴².

Por su parte, la constitucionalidad de las limitaciones se cumplirá si se observan las exigencias del principio de proporcionalidad “por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido

⁴³⁸ La sentencia 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4, dice expresamente que “Hemos de convenir en que el examen de constitucionalidad del registro efectuado que debemos realizar es un examen de su proporcionalidad”.

⁴³⁹ STC 200/1997, de 24 de noviembre, F J2)

⁴⁴⁰ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

⁴⁴¹ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

⁴⁴² STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 5

estricto”⁴⁴³. O dicho de otra manera si la restricción no se extiende más allá de “lo estrictamente preciso”⁴⁴⁴.

El Tribunal Constitucional llama la atención respecto a cómo el principio de proporcionalidad es tenido en cuenta por la propia legislación penitenciaria. Así la sentencia 171/2013, de 7 de octubre, cita el art. 71.1 del Reglamento penitenciario que prescribe que “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas”⁴⁴⁵.

Los actos y las resoluciones que imponen medidas limitadoras de derechos fundamentales también deben cumplir el principio de proporcionalidad⁴⁴⁶.

En aras a la constatación del cumplimiento del principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal hace hincapié en la importancia de la motivación de las medidas limitadoras de derechos fundamentales⁴⁴⁷. La exigencia de esta motivación se recoge en la legislación penitenciaria⁴⁴⁸.

La motivación de la restricción de un derecho fundamental es una exigencia constitucional, ya que la ausencia o la insuficiencia de la misma afecta al propio derecho, en la medida en que, el recluso desconoce la razón de la limitación del ejercicio de su derecho, y los órganos jurisdiccionales, que son los encargados

⁴⁴³ STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3

⁴⁴⁴ STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 5

⁴⁴⁵ STC 171/2013, de 7 de octubre, FJ 3. En el mismo sentido, STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ5.

⁴⁴⁶ En este sentido SSTC 207/96, de 16 de diciembre, FJ 4 E; 201/1997, de 25 de noviembre, FJ7, y 196/2006, de 3 de julio, FJ5.

⁴⁴⁷ STC 137/1990, de 19 de julio, FJ6

⁴⁴⁸ SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4 y 141/1999, de 22 de julio, FJ 5. A este respecto, el art. 51. 5 LOGP dice que “. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas *motivadamente* por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”; y el art. 43.1 RP., que “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria , las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en *resolución motivada*, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos opresos.

de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, carecen de los datos indispensables para llevar a cabo esta tarea⁴⁴⁹.

El propio Tribunal Constitucional necesita de la motivación para un correcto control de la proporcionalidad, dada su falta de inmediación y “la sujeción del mismo a los hechos probados en el proceso a quo”. La motivación permite conocer no sólo la razón de la medida restrictiva, sino también “las circunstancias concretas del caso y del recluso” y “cuál de las tres finalidades legalmente previstas - seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- es la perseguida con la adopción de la medida”⁴⁵⁰.

Por último en las sentencias estudiadas se hace referencia al respeto al contenido esencial de los derechos como límite último de su restricción⁴⁵¹.

De todo lo expuesto se deduce la extrema importancia de la observancia del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial cuando la limitación del derecho fundamental de intimidad se hace imprescindible. Consideramos inexcusable, por tanto, detenernos en el estudio de estos dos principios, que, al igual que las relaciones de sujeción especial, tienen su origen en Alemania.

3.3.- El principio de proporcionalidad

3.3.1- Origen y expansión del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, también llamado de ponderación, razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad⁴⁵², hizo su aparición en la Prusia

⁴⁴⁹ STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4

⁴⁵⁰ STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4. En el mismo sentido STC 141/1999, FJ 4.

⁴⁵¹ SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ7; 137/1990, de 19 de julio, FFJJ 5 y 6, y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3)

⁴⁵² Javier Barnés señala que el principio de proporcionalidad también se denomina de forma muy expresiva “prohibición de exceso”. Barnés, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública* nº 135 (págs.495-522) pág.500.

del siglo XIX, ante la necesidad de moderar los efectos que la intervención de los poderes públicos producía en las personas.

La jurisdicción contencioso-administrativa de la época, al tener que controlar la actividad administrativa policial sobre los individuos, diferenció “entre la posibilidad de realizar tal intervención y la intensidad de la misma”⁴⁵³; esta intensidad se comenzó a valorar mediante la técnica de la proporcionalidad.

Fueron tiempos donde la importancia de los derechos individuales y su reivindicación frente al Estado propició la aplicación del principio de proporcionalidad. El individuo era el fin último del ejercicio de todo poder político; por ende “cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debía ser proporcionada”⁴⁵⁴.

Con la evolución del constitucionalismo el principio de proporcionalidad se comenzó a utilizar para fiscalizar la actividad del legislador.

La jurisdicción constitucional tomó prestada del Derecho Administrativo la técnica de la proporcionalidad para realizar su tarea de hacer efectiva la vinculación de todos los poderes públicos a las normas, valores y principios constitucionales. Desde entonces hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas y constitucionales europeas.

Como señala Alguacil González-Aurioles, a partir de 1950, la doctrina alemana intentó reconocer el postulado de la proporcionalidad como un principio de rango constitucional⁴⁵⁵.

En este sentido, Medina Guerrero, afirma que se asumía que el principio de proporcionalidad no estaba expresamente reconocido en la Ley Fundamental,

⁴⁵³Alguacil González-Aurioles, Jorge (2010). El Tribunal Constitucional, la Ley y el principio de proporcionalidad. *Revista General de Derecho Constitucional* nº 10 (págs.1-31).pág. 3

⁴⁵⁴Bernal Pulido, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. pág. 44.

⁴⁵⁵ Alguacil González-Aurioles, Jorge (2010) op. cit.pág.4

pero “al derivar del principio del Estado de derecho e incluso de la esencia de los derechos fundamentales”⁴⁵⁶ se le otorgaba el rango constitucional fácilmente.

La transformación del antiguo Estado de Derecho en Estado social de Derecho requiere una mayor actividad estatal para cumplir con su dimensión prestacional. La técnica de la proporcionalidad adquiere, entonces, un nuevo matiz, pues se utiliza para controlar que la intervención del Estado en su dimensión social, que intenta ampliar la libertad de las personas, no suponga un menoscabo de esa misma libertad.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha venido utilizando el parámetro de proporcionalidad a partir de los años cincuenta del siglo pasado. En la Sentencia 5 de agosto de 1966 (la Spiegelurteil BVerfG 20, 162) aplicó y desarrolló de forma diferenciada por primera vez los tres subprincipios de la proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴⁵⁷.

El principio de proporcionalidad ha conocido una incesante expansión en el Derecho público europeo, que lo ha llevado a convertirse en un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios.

La utilización del principio de proporcionalidad se ha extendido tanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo utilizó por vez primera en su sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* (17 de diciembre de 1970)⁴⁵⁸. Desde entonces los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo recurren con frecuencia al principio de proporcionalidad en sus sentencias.

En este sentido, dice Barnés, que la jurisprudencia comunitaria ha venido desarrollando sistemáticamente el principio de proporcionalidad, desde dicho

⁴⁵⁶ Medina Guerrero, Manuel (1996) *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill. pág. 118

⁴⁵⁷ El texto en alemán se puede encontrar en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv020162.html#> consultado el 21 de octubre de 2014; y la traducción inglesa del mismo en http://www.presserecht.de/images/Urteile/spiegel-entscheidung_bverfg_en.pdf consultado asimismo el 21 de octubre de 2014.

⁴⁵⁸ El texto de esta sentencia se puede encontrar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0011> consultado el 21 de octubre de 2014

año de 1970, en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que le han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como “el principio más importante en el ámbito del derecho económico del Mercado Común”, y de que fuese considerado, ya tempranamente, como un supraprincipio que sirvió para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamen emanada en su seno⁴⁵⁹.

Más recientemente, el mismo autor afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia europea (del Convenio y Comunitaria), la proporcionalidad de la injerencia tiene su fundamento último en la cláusula del Estado de Derecho y en los derechos fundamentales. Lo cual es lo mismo que decir que el principio de proporcionalidad significa “la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado”⁴⁶⁰.

Fernández Nieto señala como objetivo del principio de proporcionalidad la racionalización de la “actividad jurídica de cada uno de los órganos comunitarios”⁴⁶¹.

La misma autora observa en la evolución de la jurisprudencia comunitaria el papel relevante que el principio de proporcionalidad “puede ostentar en el control de los actos comunitarios relativos a los derechos fundamentales en la Unión Europea”⁴⁶².

El desarrollo jurisprudencial del principio de proporcionalidad tuvo su repercusión en el Derecho positivo, donde ha sido incorporado.

⁴⁵⁹ Barnés, Javier (1994) op. cit. pág. 498.

⁴⁶⁰ Barnés, Javier (1998) El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar *Cuadernos de Derecho Público* nº 5 (págs.5-49) pág. 19.

⁴⁶¹ Fernández Nieto, Josefa (2008) *La aplicación europea del principio de proporcionalidad*. Madrid. Dykinson. pág. 301.

⁴⁶² *Ibidem*. pág. 116. Además en la página 192 recoge la definición que del principio de proporcionalidad hace el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a cuyo tenor “el principio de proporcionalidad es un principio de rango jurídico-constitucional propio de un Estado de Derecho, por el que sólo los derechos pueden ser restringidos por el poder público correspondiente en la medida en que ello sea indispensable para la protección de los intereses públicos. En ese sentido, el Tribunal Europeo, identifica el principio de proporcionalidad, con la idea de una sociedad libre o también con la idea de una sociedad basada en el Estado de Derecho”.

Así, el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone lo siguiente: “Alcance de los derechos garantizados. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Pese a la poca fortuna del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma en octubre de 2004⁴⁶³, resulta significativo que en el texto constitucional también se incorporaba el principio de proporcionalidad en dos artículos, el art. II.109.3 y 112.1.

En ellos se estableció por un lado que la intensidad de las penas no debería ser desproporcionada en relación con la infracción, y, en segundo lugar, que cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta habría de ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades; de esta forma, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrían introducirse limitaciones cuando fueran necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás.

3.3.2.- La utilización del principio de proporcionalidad en España

En España, el Tribunal Constitucional usa el concepto jurídico de proporcionalidad, cada vez con más frecuencia, en la motivación de sus decisiones. Esta utilización es mayor en las sentencias de recursos de amparo, entre las que se encuentran las aquí estudiadas, donde el objeto de control lo

⁴⁶³ El Tratado fue sometido a referéndum en algunos Estados, entre los cuales, en Francia y Holanda, fue rechazado, lo que ha impedido su entrada en vigor.

constituye la actuación de la Administración penitenciaria y de los jueces en materia de derechos fundamentales.

Los jueces ordinarios y la Administración aplican el principio de proporcionalidad para colmar las lagunas legales. El Tribunal Constitucional, a su vez, controla dicha aplicación. Gran parte de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad trae causa de estos tipos de control; gracias a los mismos, se ha ido configurando el principio y concretando su eficacia. “El juez debe extraer, dentro de su sumisión a la ley, la regla concreta que sirva para resolver el conflicto”⁴⁶⁴.

En palabras de Aguiar de Luque, anticipando algunas de las ideas que veremos a continuación, con el principio de proporcionalidad nos encontramos ante un criterio de interpretación instrumental, de carácter relacional, que permite el análisis de la medida restrictiva desde el parámetro de su finalidad, condicionada por las circunstancias fácticas del caso, y negativo, en la medida en que para permitir concluir la inconstitucionalidad de la restricción no resulta exigible que la medida que es objeto de control sea la más proporcional sino que no lleve a la desproporción⁴⁶⁵.

De forma más específica, aplicada al ámbito penitenciario, y sin salirnos de la disciplina del Derecho constitucional, Cámara Villar nos destaca que “es precisamente en el seno de estas relaciones de sujeción especial donde cabe encontrar una justificación autónoma, indispensable y estricta, para la aplicación de los mencionados test de proporcionalidad. Porque sólo su superación podría justificar suficientemente una medida restrictiva, primero, del legislador, a la hora de regular el ejercicio de los derechos y, eventualmente, en sede de aplicación mediante cualquier resolución o intervención administrativa o judicial, en su caso, limitadora de un derecho”⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Alguacil González-Aurioles, Jorge (2010). op. cit. pág 7.

⁴⁶⁵ Aguiar de Luque Luis (2007) op. cit.pág. 44.

⁴⁶⁶ Cámara Villar, Gregorio (2001) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. (págs.17-139). Barcelona. Cedecs. pág. 117.

a) Los tres subprincipios

De acuerdo con la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina el principio de proporcionalidad se articula en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Siguiendo a Bernal Pulido⁴⁶⁷ cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

Según el subprincipio de idoneidad, también llamado de adecuación, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada o idónea para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad⁴⁶⁸, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁶⁹, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Villaverde Menéndez señala que este criterio requiere probar que el daño del bien o interés jurídico que pretende garantizarse con el límite del derecho fundamental fue real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción, “es decir, que hubo un riesgo cierto y actual y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético. Y,

⁴⁶⁷Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. págs. 37 y ss.

⁴⁶⁸Como hemos visto ut supra, Villaverde Menéndez denomina a la exigencia de necesidad también “intervención mínima”. Villaverde Menéndez, Ignacio (2004) op. cit. pág.147.

⁴⁶⁹ Brage Camazano denomina al principio de proporcionalidad en sentido estricto “ponderabilidad o equilibrio moderado”. Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág. 364

una vez probada la realidad del riesgo, que los sacrificios entre los bienes están compensados respecto al objeto perseguido”⁴⁷⁰.

Cuando una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido, incurre en inconstitucionalidad y, como tal debe ser declarada.

Fue en la Sentencia 66/1995 de 8 de mayo (FJ5), donde el Tribunal Constitucional español hizo explícita la estructura tripartita del principio de proporcionalidad. De esta manera “depuró su aplicación técnica y dotó al principio de proporcionalidad de una estructura precisa”⁴⁷¹ en la secuencia de idoneidad o adecuación, necesidad o intervención mínima, y proporcionalidad en sentido estricto.

Cuando el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad sigue la serie de los tres subprincipios enunciados.

b) La doctrina acerca del principio de proporcionalidad

La doctrina es mayoritaria en aceptar esta técnica de control que es la proporcionalidad, y que el Tribunal Constitucional utiliza para supervisar la actuación de jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Sin embargo, existen autores muy críticos con la utilización del principio de proporcionalidad.

Para De Otto la ponderación introduce inseguridad y subjetividad en la determinación del alcance de los derechos y bienes. Si la relación entre bienes no resulta de la propia Constitución de manera expresa, utilizar la ponderación a favor de uno u otro bien, es comparar los bienes “sin que existan criterios teóricos reconocibles que permitan valorar correctamente sus magnitudes”⁴⁷².

⁴⁷⁰ Villaverde Menéndez, Ignacio (2004) op. cit. pág. 148.

⁴⁷¹ Brage Camazano, Joaquín (2004.) op. cit. pág.364

⁴⁷² Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En Otto y

La misma postura crítica mantiene Sánchez González frente a la utilización del principio de proporcionalidad dada la imprecisión que conlleva. El autor añade que la división del principio en sus tres subprincipios se traduce “en la ampliación de la discrecionalidad para nuestro Tribunal Constitucional”⁴⁷³.

El propio Tribunal Constitucional ha asumido estas objeciones al principio de proporcionalidad señalando que “La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación” (STC 62/1982, FJ 5)⁴⁷⁴.

Parte de la doctrina considera innecesario el juicio de proporcionalidad, pues opera con el presupuesto falso de la existencia de un conflicto de derechos.

Ignacio de Otto parte del principio de que un derecho limitado no es un derecho, y por tanto niega la limitación de los derechos “pues cualquier derecho o libertad... ampara aquello que ampara y nada más”⁴⁷⁵. De lo anterior se deriva que para proteger un bien constitucional no es necesario limitar los derechos y las libertades.

Son varios los autores que consideran que los conflictos entre derechos no son reales sino ficticios. Estos supuestos conflictos se resuelven con la delimitación de los derechos en aparente lid, no siendo precisa la restricción de un derecho para proteger a otro. Entre estos autores se encuentran De Otto, Martínez Pujalte y Sánchez González.

Pardo, Ignacio de. *Obras completas*. (págs.1471-1513) Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pág. 1488.

⁴⁷³Sánchez González, Santiago (2006) Los derechos fundamentales de la Constitución Española de 1978. En Sánchez González, Santiago (Coord.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. (págs.17-69) Valencia. Tirant lo Blanch. págs. 64 y 65.

⁴⁷⁴ Desde la doctrina alemana, Winfried Kluth decía que “la principal función del principio de “prohibición de exceso” es garantizar la justicia del caso concreto, lo que indirectamente genera un efecto jurídico negativo consistente en la pérdida de eficacia de los mandatos abstractos de las leyes y, consecuentemente, en una progresiva inseguridad jurídica. Kluth, W. (1998) Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. *Cuadernos de derecho público* nº 5 (págs.219-237) pág.237.

⁴⁷⁵Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1502

La cuestión de los límites de los derechos fundamentales para De Otto, no se puede plantear en términos de colisión entre derechos, o entre derechos y bienes, sino como un problema de interpretación para intentar delimitar los derechos fundamentales, tal y como los configura la propia Constitución. No es un problema de limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de “delimitación conceptual del contenido del derecho”⁴⁷⁶.

Hay supuestos en los que la protección de un bien constitucional exige el sacrificio de facultades que, aparentemente, pertenecen a un derecho fundamental. Sin embargo tras un examen de dichas conductas se llega a la conclusión de que no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental. Al no pertenecer a derecho fundamental alguno, este no padece ninguna limitación en aras de un bien constitucional.

De Otto pone varios ejemplos tomados de la jurisprudencia constitucional:

El derecho de reunión no comprende el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; “tal coacción no forma parte del derecho de reunión y penalizarla no es, en consecuencia limitar este derecho” (STC 2/1982, FJ 5).

El derecho de reunión tampoco comprende la disposición de las dependencias del centro de trabajo y del horario laboral; por tanto limitar esta disposición “no es limitar el derecho” (STC 91/1983, FJ 3).

En el fundamento jurídico 17 de su sentencia 11/1981, de 8 de abril, el Alto Tribunal dice que ni el derecho de huelga ni el de reunión comprenden el derecho a ocupar incondicionalmente los locales del centro de trabajo, “en consecuencia, la prohibición de esta ocupación al no ser una limitación de aquellos derechos, no requiere justificación”⁴⁷⁷.

Una vez delimitados los contenidos de los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo sus ámbitos de protección, los problemas de limitación de derechos para proteger otros bienes constitucionales se convierten en problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución.

⁴⁷⁶Ibidem. pág. 1495.

⁴⁷⁷ Ibidem. págs. 1495 y 1496.

Frente a la jerarquización de bienes y valores, De Otto propone el examen pormenorizado de cada una de las normas, pues es con una norma como la Constitución delimita “la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho”⁴⁷⁸.

Martínez Pujalte señala que una vez delimitado el contenido de los derechos aducidos, es posible concluir, “cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho”⁴⁷⁹.

Para Sánchez González la delimitación del contenido de un derecho deberá hacerse mediante la identificación del ámbito de realidad que el derecho menciona y la especificación del contenido de protección constitucional. Entonces será posible la determinación precisa del contenido objetivo de cada derecho fundamental y en consecuencia establecer las facultades en que se concreta su ejercicio y “dejar fuera de su campo conceptual y de su ámbito protector las conductas que no constituyan un ejercicio del mismo”⁴⁸⁰.

Sin embargo, la doctrina en su mayoría acepta el principio de proporcionalidad.

Medina Guerrero considera que el principio de proporcionalidad es un instrumento objetivo que permite revisar si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales se ha efectuado correctamente “procurándose en la medida de lo posible que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien con el que colisiona”⁴⁸¹.

Barnés considera el principio de proporcionalidad como irrenunciable, pues su adecuado manejo y su sólida fundamentación, permite un uso equilibrado y eficaz y, lo que es más importante, una reducción de las posibilidades “de

⁴⁷⁸ *Ibíd.* pág. 1498.

⁴⁷⁹ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. págs. 134 y 141.

⁴⁸⁰ Sánchez González, Santiago (2006) *op. cit.* pág. 55.

⁴⁸¹ Medina Guerrero, Manuel (1996) *op. cit.* pág. 119.

prestación de una tutela deficiente de los derechos y libertades frente a la injerencia”⁴⁸² .

Para Brage Camazano el principio de proporcionalidad es una técnica estructurada que permite examinar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales; “no es ninguna solución mágica” pero sí es un sistema preciso que facilita la aplicación del Derecho. El juez al aplicar la técnica de la proporcionalidad hace expreso el razonamiento de su decisión, mediante interpretaciones, argumentaciones y valoraciones tanto argumentativas como axiológicas. De esta manera estas decisiones “quedan así abiertas a la crítica y el control racionales de la comunidad jurídica y la opinión pública”⁴⁸³.

La misma función legitimadora del principio de proporcionalidad es considerada por González Beilfuss, al contribuir a legitimar las constantes y necesarias injerencias de los poderes públicos en “posiciones garantizadas –prima facie– por las normas constitucionales”⁴⁸⁴.

Díez-Picazo parte de la observación de que la mayor parte de los derechos fundamentales están formulados como principios y no como reglas. Los principios al ser “mandatos de optimización de valores jurídicos” admiten la graduación en su aplicación. La técnica de la proporcionalidad cuando hay que hacer una ponderación “permite un notable grado de tecnificación a la hora de buscar un punto de equilibrio entre principios en colisión, que encarnan respectivamente intereses públicos y derechos individuales”⁴⁸⁵.

Bernal Pulido también acepta el principio de proporcionalidad porque, aunque su aplicación no constituya un procedimiento objetivo, “sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad”⁴⁸⁶.

⁴⁸² Barnés, Javier (1998) op. cit. págs. 34 y 35.

⁴⁸³ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. págs. 364 y 365.

⁴⁸⁴ González Beilfuss, Markus (2003) *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra. Aranzadi. pág. 96.

⁴⁸⁵ Díez-Picazo, Luis María (2005) *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson. Civitas. pág. 115

⁴⁸⁶ Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. pág. 807.

Finalmente Martínez Alarcón considera que los parámetros del principio de proporcionalidad son parámetros indeterminados y cargados de juicios de valor, lo que conduce al Tribunal Constitucional a “decidir casuísticamente sobre su concurrencia con altas dosis de discrecionalidad”, sin embargo valora positivamente la construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad realizada por el Alto Tribunal, pues enmarca jurídicamente decisiones de naturaleza fundamentalmente política, lo que “permite reconocer la decisión del Tribunal Constitucional como acto jurisdiccional y no como un acto de naturaleza política”⁴⁸⁷.

Sánchez Gil abandonando una “concepción conflictivista de los principios constitucionales que los ve como opuestos y obliga a imponer uno de ellos sobre el otro”, propone el principio de proporcionalidad como búsqueda de la “vigencia armoniosa en la realidad de ambos contendientes”, pues entiende los bienes y derechos constitucionales desde una “visión coexistencial” que permite conjugar sus respectivas finalidades⁴⁸⁸.

En este sentido matiza Prieto Sanchís diciendo que los distintos principios “sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás”⁴⁸⁹.

En nuestro estudio, nosotros queremos tener en cuenta, tanto el principio de proporcionalidad, en cuanto técnica apta para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, como la interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, recomendada por los que niegan la existencia de estos conflictos, por entender que no son tales, sino la consecuencia de una incorrecta delimitación de los derechos.

Por tanto los criterios de limitación de los derechos conforme al principio de proporcionalidad y de delimitación de derechos según una correcta

⁴⁸⁷ Martínez Alarcón, María Luz (2011) El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales. *Revista española de Derecho Constitucional* nº 92 págs. 144 y 145.

⁴⁸⁸ Sánchez Gil, Rubén (2007). *El principio de proporcionalidad*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. págs. 22 y 23.

⁴⁸⁹ Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. pág. 191

interpretación constitucional, nos acompañarán en el análisis de los supuestos concretos, que la jurisprudencia constitucional nos brinda respecto al derecho fundamental de intimidad de las personas presas.

Lo mismo que Brage Camazano considera que “la ponderación que se lleva a cabo en aplicación del subprincipio de proporcionalidad estricta es, casi siempre, una ponderación que se efectúa con relación a un caso concreto es decir, casuística”⁴⁹⁰. Casuístico también será nuestro estudio de las limitaciones de la intimidad penitenciaria para comprobar en cada caso concreto la efectividad de los criterios de limitación de los derechos fundamentales que acabamos de estudiar.

Por último queremos traer aquí la afirmación de Díez-Picazo, en el sentido de que la aplicación consciente del principio de proporcionalidad hace que el concepto del contenido esencial quede comprendido dentro de aquél. De ahí “el escaso uso que, al menos de manera expresa, el Tribunal Constitucional hace del concepto del contenido esencial”⁴⁹¹.

Esta interesante reflexión nos sirve de bisagra para iniciar el estudio de la cuestión del contenido esencial que, como hemos visto, es el último valladar para la limitación de un derecho fundamental.

3.4.- La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

La expresión “contenido esencial” aparece recogida en el artículo 53.1 CE., donde después de declarar que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, establece que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

⁴⁹⁰ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág.381.

⁴⁹¹ Díez-Picazo, Luis María (2005) op. cit. pág. 116

3.4.1.- Origen de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales la podemos encontrar originariamente en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, a tenor del cual “1.Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o sobre base de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además la ley tiene que designar el derecho fundamental. 2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

Esta garantía surgió “de la desconfianza ante los excesos en que puede incurrir el legislador ordinario”⁴⁹²; “con la finalidad de evitar un nuevo vaciamiento de los derechos fundamentales a través del legislador tal y como se produjo durante el período nazi”⁴⁹³.

Peter Häberle indica, que el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn es, al mismo tiempo, una norma constitucional declarativa y una institución de tutela para la defensa de la libertad. De esta manera el artículo 19.2 LF interviene cuando se desvanece la conciencia general de las “ligazones teórico-constitucionales” respecto de los derechos fundamentales, que son la observancia de su condición de norma constitucional; la limitación material de la legislación en el ámbito de los mismos; la consideración de su carácter regla-principio y de su función social, al considerarlos tanto como derechos individuales como institutos objetivos de las libertades fundamentales⁴⁹⁴.

⁴⁹² Alzaga Villaamil, Óscar, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, Reviriego Picón, Fernando y Salvador Martínez, María (2012) *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 I, Derechos fundamentales y órganos del Estado* (págs.33-47) Madrid. Edersa. pág. 217.

⁴⁹³ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág. 408.

⁴⁹⁴Häberle, Peter (2003) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid. Dykinson. págs. 220 y 222.

3.4.2.- La concepción de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en España

A pesar de que del artículo 53.1 CE se desprende, claramente, que el contenido esencial de las libertades y derechos fundamentales deberá ser respetado por la ley que regule su ejercicio, en España se ha concebido el contenido esencial no en este sentido, sino como límite de la acción del legislador cuando pueda limitar un derecho. Es decir se ha interpretado nuestro artículo constitucional como el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que sí habla de limitar un derecho.

Esta interpretación se debe, según Ignacio De Otto, a que la garantía alemana del contenido esencial se ha recibido en nuestra Constitución “sin tener en cuenta ni su contexto ni su función”. Mientras el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn limita el poder del legislador, el artículo 53.1 de nuestra Constitución, atribuye un nuevo poder al legislador.

Así es, el artículo 53.1 reserva a la ley la regulación del ejercicio de todos los derechos. Y esta reserva, siempre según De Otto, se sujeta al límite del contenido esencial. “En un solo precepto se llevan a cabo dos operaciones, añadiendo así un nuevo y específico problema que no plantea el art. 19 de la Ley Fundamental alemana”⁴⁹⁵.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia constitucional interpreta el contenido esencial del art. 53.1 como garantía de los derechos y libertades frente a la actividad legislativa limitadora de los mismos. La garantía del contenido esencial se entiende como “límite de los límites”, como “barrera infranqueable” que el legislador no puede atravesar sin incurrir en inconstitucionalidad.

Esta interpretación jurisprudencial, que también ha hecho suya la doctrina, no deja de ser sorprendente, pues, como hemos adelantado, el artículo 53.1 habla de “regular el ejercicio” no de “limitar”, “expresiones que no pueden en modo alguno considerarse coincidentes”⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. págs. 1479 y 1480.

⁴⁹⁶ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág.19.En el mismo sentido se manifiesta Villaverde Menéndez cuando afirma que “regular el ejercicio de un derecho fundamental no es lo

3.4.3.- La expresión “regular el ejercicio de un derecho”

La primera cuestión a abordar es definir qué significa “regular el ejercicio de un derecho”⁴⁹⁷. Regular el ejercicio de un derecho o libertad no es determinar el contenido de los mismos. Por lo tanto la actividad de regulación del ejercicio de un derecho no incluye la determinación del contenido del mismo.

Así lo han considerado, tanto De Otto en su día, como posteriormente Medina Guerrero; para los cuales el contenido de los derechos ya está definido y delimitado por la Constitución.

Para De Otto, el legislador “se halla ante un poder jurídico definido que no puede alterar en su contenido”, se circunscribe a declarar ese contenido⁴⁹⁸.

Medina Guerrero, por su parte afirma que la norma constitucional es la única “que provee la sustancia de la que se componen los límites de los derechos”, el legislador se encarga de “darles forma y engastarlos en su contenido”⁴⁹⁹.

Esta delimitación constitucional de los derechos, unida a la vinculación que a los mismos tienen los poderes públicos ex art. 53.1 es lo que permite “imponer a la Administración y a los Tribunales, la inmediata aplicación de los derechos sin necesidad de interpositio legislatoris”⁵⁰⁰.

Dicho lo anterior, antes de determinar el alcance de la potestad legislativa consistente en regular el ejercicio de los derechos, se hace necesario hallar la

mismo que limitar su contenido”. Villaverde Menéndez, Ignacio (2002) Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. En *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. (págs. 317-363) Madrid. Congreso de los Diputados. Tribunal Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Ortega y Gasset. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pág. 352.

⁴⁹⁷ Para Villaverde Menéndez ejercer un derecho fundamental es realizar su contenido, es decir “concretar en un tiempo, lugar, espacio y de un modo determinado el objeto y/o el contenido, en sentido estricto, del derecho fundamental en cuestión”, regular el ejercicio no afecta al contenido del derecho fundamental, “regular el ejercicio de un derecho fundamental es concretar espacio-temporal y modalmente el contenido de un derecho fundamental”. Villaverde Menéndez, Ignacio (2002) op. cit. pág. 353

⁴⁹⁸ Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1504.

⁴⁹⁹ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. págs. 31 y 74.

⁵⁰⁰ *Ibíd*em pág.4

definición constitucional de esos mismos derechos. Tarea nada fácil, pues las normas constitucionales se caracterizan “por la brevedad y pobreza de detalle o densidad normativa”⁵⁰¹.

Lo anterior supone para nuestro estudio la necesidad de hallar un concepto de intimidad. Es más un concepto de intimidad penitenciaria.

La tarea de determinación del contenido del derecho, es atribuida por De Otto a la jurisprudencia porque su función en el sistema de producción normativa es precisar la norma constitucional en su significado⁵⁰².

Aba Catoira llama la atención al respecto de que, aun cuando el artículo 53.1, relaciona la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, con la actividad del legislador “lo cierto es que el contenido esencial ha de ser respetado por todos los poderes públicos, ya sea en la aplicación judicial de la ley o en cualquier otra actuación estatal”⁵⁰³.

La extensión al Poder Judicial tiene su explicación, según Brage Camazano, en que el contenido esencial se identifica o confunde con el principio de proporcionalidad y, como éste se aplica tanto frente al poder legislativo como frente al juez, la Administración o los particulares, “ello lleva a aplicar el contenido esencial también en todos estos casos”⁵⁰⁴.

3.4.4.- *La expresión “respetar”*

Siguiendo con la interpretación de la garantía del contenido esencial del artículo 53.1, corresponde ahora analizar el significado de la expresión “respetar”.

⁵⁰¹ Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1504.

⁵⁰² *Ibíd.* pág. 1505.

⁵⁰³ Aba Catoira, Ana (2001.) op. cit. pág. 45.

⁵⁰⁴ Brage Camazano, Joaquín (2004.) op. cit. pág. 408. La misma observación hace Díez-Picazo según vimos más arriba.

Hemos visto cómo el respeto al contenido esencial ha sido entendido por nuestra jurisprudencia constitucional como límite a la actividad legislativa limitadora de los derechos. De ahí las expresiones que utiliza para referirse a esta garantía del contenido esencial como “límite de los límites” o “barrera infranqueable”.

Creemos que esta interpretación se debe, de nuevo, al peso de la influencia de la Ley Fundamental alemana, donde la garantía del contenido esencial sí que opera como límite a la ley cuando puede limitar un derecho. Recordemos que la Ley de Bonn dice expresamente en el apartado 2 de su artículo 18 que “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que nuestro artículo 53.1 obliga al legislador, a que cuando regule el ejercicio de los derechos y libertades respete el contenido esencial de los mismos.

Si la prohibición de “afectar el contenido esencial” puede ser entendida como un límite, no parece tan claro el carácter de limitación en la expresión “respetar el contenido”. Lo mismo que, como hemos visto, “regular el ejercicio” no es “limitar”, tampoco “respetar” es “afectar”.

Si acudimos al diccionario podemos comprobar que respetar es “venerar, acatar, tener miramiento, consideración o deferencia”. Significado este que hace que el respeto al “contenido esencial” pueda abandonar su condición de límite, para ser entendido en sentido positivo.

Así lo ha considerado buena parte de la doctrina.

A título de ejemplo, para Medina Guerrero, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales ex art. 53.1, es una vinculación positiva, en virtud de la cual, el legislador puede “mejorar” el contenido de los derechos fundamentales, para lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia y “con ello, su más plena implantación en el cuerpo social”⁵⁰⁵.

Martínez Pujalte, por su parte, interpreta el respeto al contenido esencial de los derechos como desarrollo adecuado y protección eficaz de los mismos⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. págs. 4 y 36.

⁵⁰⁶ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág. 85

Para Díez-Picazo, los poderes públicos y, sobre todo, el legislador, están obligados a promocionar los derechos fundamentales pues considera que “hay, sin duda, un mandato constitucional de hacer todo lo posible en favor de la plena efectividad de los derechos fundamentales”⁵⁰⁷.

Balaguer Callejón concibe la garantía del contenido esencial como una técnica de protección integral del derecho. No hay un contenido mínimo protegido frente a otro accesorio que quedaría sin protección. Cuando se garantiza el contenido esencial se garantiza “el derecho mismo en su contenido propio que no puede ser desnaturalizado cuando en su regulación haya que conciliar su ejercicio con el de otros derechos constitucionales”. El contenido esencial tiene una función positiva como “impulso de nuevas ampliaciones de los derechos fundamentales y la integración en ellos de nuevos elementos”⁵⁰⁸.

Goig Martínez hace derivar la garantía del contenido esencial del art. 10.1, cuando afirma que los derechos inherentes a la dignidad de la persona son fundamento del orden político y de la paz social; por tanto el respeto al contenido esencial que preceptúa el artículo 53.1 ya no sería un límite a la actividad reguladora del legislador “sino que se constituiría en el instrumento más adecuado para dotarles de la eficacia necesaria”⁵⁰⁹.

El art. 9.2 CE favorece esta interpretación al disponer que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Goig Martínez encuentra fundamento de esta exégesis positiva en todos aquellos preceptos en los que la Constitución, al reconocer derechos y libertades remite su regulación a la ley. Con esta remisión, la norma suprema impone “al legislador la necesidad de desarrollar positivamente, y de la manera más adecuada al contenido esencial declarado”. Cita como ejemplos los artículos

⁵⁰⁷Díez-Picazo, Luis María (2005) op. cit. págs. 120 y 121.

⁵⁰⁸ Balaguer Callejón, Francisco (2001) Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. (págs. 93-116). Barcelona. Cedecs. págs. 100 y 116.

⁵⁰⁹ Goig Martínez, Juan Manuel (2008) *Inmigración y derechos fundamentales*. Madrid. Universitas Internacional. pág. 86

17.4, 20.3, 30.4 y 24.1; además del artículo 25. 2, de tanto interés para nuestro estudio, que según este autor, al establecer que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”, está imponiendo al legislador y a la propia Administración, la obligación de adoptar las medidas adecuadas para dar efectividad y cumplimiento a la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes⁵¹⁰.

Por último, Villaverde Menéndez parte de que la Constitución es garantía de posibilidades y por ello “todo derecho fundamental es también una garantía de todo lo posible”. Los derechos fundamentales son entonces “condición del carácter abierto de la Constitución democrática, dando todo su sentido a su función de marco de diferentes opciones”⁵¹¹.

A pesar de estas interpretaciones positivas, la mayor parte de la doctrina entiende la expresión “respetar su contenido esencial”, en negativo, como un límite al legislador cuando limita derechos fundamentales; el legislador puede restringir los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete su contenido esencial.

3.4.5.- Teorías absoluta y relativa

La naturaleza de este límite se explica tanto en la doctrina española como en la alemana conforme a dos teorías: la teoría relativa y la teoría absoluta.

⁵¹⁰ *Ibidem*. pág. 87. La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus (art. 17.4) “para dotar de efectividad al derecho a la libertad personal”; la ley determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional (art. 17.4) “al objeto de evitar privaciones del derecho a la libertad que sean manifiestamente inconstitucionales”; la ley garantizará el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier medio público...respetando el pluralismo. (art. 20.3) “como manifestación del derecho a la libertad de pensamiento y en cumplimiento del valor pluralismo; mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en caso de grave riesgo (art. 30.4) “para dar efectividad a los derechos de los demás”; la prohibición de la indefensión (art. 24.1) “está imponiendo al legislador y a la propia Administración, la obligación de adoptar las medidas adecuadas para dar efectividad y cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁵¹¹ Villaverde Menéndez, Ignacio (2002) *op. cit.* pág. 328

La teoría relativa parte de que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación. Esta justificación puede tener un fundamento expreso en la Constitución, o derivarse de ella, de forma indirecta “en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

En la teoría relativa “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación” con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación⁵¹².

Ello significa que para apreciar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales es preciso hacer un juicio acerca de la justificación de tal intromisión en el derecho fundamental. Este juicio se apoya en el test de razonabilidad o “principio de proporcionalidad en sentido amplio”⁵¹³, con sus tres elementos o subprincipios que acabamos de estudiar.

Si el juicio tiene como resultado que la limitación es razonable, se considera respetado el contenido esencial.

Esta relación entre principio de proporcionalidad y contenido esencial es valorada como identificación por Martínez Pujalte⁵¹⁴ y como confusión por Brage Camazano, para el que “la cláusula del contenido esencial no se refiere a un contenido absoluto y objetivo, sino subjetivo y relativo, confundiéndose así con el principio de proporcionalidad”⁵¹⁵.

La consecuencia de la teoría relativa es que no existe ningún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho. El juicio de justificación de la medida limitadora pivota sobre ésta, no sobre el derecho y la posible lesión que pueda sufrir. La mirada se detiene en el límite, no en el derecho. Se produce entonces una relativización del contenido de los derechos

⁵¹²Alexy, Robert (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. pág. 288.

⁵¹³ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág.21.

⁵¹⁴ *Ibidem*.pág.22

⁵¹⁵ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág. 408

fundamentales. Al no tener en cuenta el derecho afectado, la conclusión resultante es la misma que si no se hubiese considerado el contenido esencial.

Como afirma De Otto “el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo”⁵¹⁶. Los derechos fundamentales se someten a una permanente restricción que puede llegar hasta su completo sacrificio.

Para el objeto de nuestro estudio, la teoría relativa supone que el derecho de intimidad de las personas presas puede terminar por desaparecer totalmente si encuentra una justificación. En un momento posterior comprobaremos si esta posibilidad puede darse en la realidad. De momento, bástenos anotar que varios autores así lo contemplan.

Así lo considera Alexy para el cual, “las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”⁵¹⁷; para este autor, este principio es la única manera racional de analizar la relación entre el derecho y sus limitaciones

Medina Guerrero apunta que pueden darse supuestos en los que los derechos subjetivos se vean claramente afectados en su esencia sin que nadie dude de su constitucionalidad y pone el ejemplo de las penas de privación de libertad. En estos casos la garantía del contenido esencial salvaguarda el derecho fundamental no en cuanto derecho subjetivo de los particulares sino como instituto. “Nada impide, en consecuencia, concretas privaciones de derechos, pues el contenido esencial no se concibe como garantía de todos los individuos, sino que únicamente puede entenderse vulnerado cuando con motivo de la limitación, se priva del mismo a la mayoría de los titulares o cuando el derecho, en cuanto tal, pierde por completo su sentido para la vida social”⁵¹⁸.

Para Lasagabaster Herrarte el contenido esencial es de realización imposible en algunos casos, y pone el ejemplo de ciertos derechos en el ámbito penitenciario,

⁵¹⁶Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág.1492.

⁵¹⁷Alexy, Robert (1993) op. cit. pág. 288.

⁵¹⁸ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. págs. 157 y 158.

preguntándose: “¿Dónde está la libertad de desplazamiento de los internos en prisión?”⁵¹⁹.

Brage Camazano aunque parte de que la privación absoluta de un derecho fundamental es una limitación desproporcionada, admite supuestos excepcionales en los que así ocurra en atención a necesidades comunitarias, poniendo también el ejemplo de las penas de prisión. “En tales casos, se impone la consideración matizada del “contenido esencial” desde un enfoque objetivo que atienda a dichas necesidades comunitarias que pueden exigir, la privación in casu de un derecho fundamental”. El autor considera que en estos supuestos el “contenido esencial” no resulta violado, aunque del derecho no quede nada o casi nada para su titular⁵²⁰.

Frente a las teorías relativas que siguen una interpretación formal, las teorías absolutas hacen una interpretación material, pues sostienen que en cada derecho se puede distinguir un elemento permanente que es el contenido esencial.

Este elemento permanente recibe diversas denominaciones según los distintos autores: “esfera permanente” para Martínez Pujalte⁵²¹, “núcleo duro” o “círculo interior” para De Otto⁵²², “núcleo” para Bernal Pulido⁵²³.

Todas estas acepciones dan a entender que en un derecho conviven un elemento permanente con uno transitorio, un núcleo duro con uno blando, un círculo interior con uno exterior y lo nuclear con lo accidental o periférico.

La razón para Bernal Pulido, se encuentra en que dentro del propio contenido del derecho “hay normas y posiciones que son más fundamentales que otras”⁵²⁴.

Todas ellas son descripciones espaciales que distinguen en cada derecho dos partes, el núcleo o contenido esencial, y una parte accesorio no esencial. El

⁵¹⁹ Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) op. cit. pág. 413.

⁵²⁰ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág. 401.

⁵²¹ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág. 22.

⁵²² Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1493.

⁵²³ Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. pág. 406.

⁵²⁴ *Ibidem*. pág. 421.

legislador puede restringir el derecho fundamental en su parte accesoria, pero no en su núcleo esencial, lo que hace que en cada derecho se distinga “una zona que es limitable por el legislador y otra que es ilimitable”⁵²⁵.

Las limitaciones de los derechos en su parte accesoria no pueden ser arbitrarias sino que exigen una justificación. Esta justificación introduce según De Otto, una nueva relativización del contenido esencial; al protegerse sólo el círculo interior, el legislador puede limitar el círculo exterior. El contenido esencial ya no es el “único límite de los límites”, sino un límite que opera en yuxtaposición con la exigencia de que la limitación esté justificada, “una limitación del derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho”⁵²⁶.

Las teorías absolutas también conducen a una relativización de los derechos fundamentales pues limitan la protección tan solo al núcleo duro, con lo que la parte accesoria queda expuesta a la acción del legislador.

Para Bernal Pulido la teoría absoluta adolece de subjetividad e irracionalidad. Al no aportar ningún criterio para distinguir el núcleo esencial de la periferia, fomenta la discrecionalidad en la interpretación que queda a merced de “la mera intuición”⁵²⁷.

Además, la división del contenido de los derechos fundamentales en dos partes es artificial y resulta muy forzada. A pesar de plantearse de manera muy clara y precisa con el acervo de imágenes espaciales que hemos referenciado, son pocos los autores que se atreven a aplicar su distinción de laboratorio a un derecho concreto.

En definitiva tanto las teorías relativas como absolutas conducen a la paradoja de que una garantía, la del contenido esencial, concebida para limitar al legislador, abre una brecha para relativizar la protección de los derechos fundamentales.

⁵²⁵ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág. 23.

⁵²⁶ Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1493.

⁵²⁷ Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. pág. 420.

Nosotros nos adherimos a una concepción unitaria del contenido de los derechos fundamentales, en la que no cabe hacer divisiones ni disecciones, todo el contenido de los derechos fundamentales constituye la esencia de los mismos.

En este sentido dice Martínez Pujalte que nuestro texto constitucional reconoce los derechos fundamentales en su integridad, esto es, “como ámbitos de protección que constituyen un límite y una orientación para la actuación de los poderes públicos”⁵²⁸.

Villaverde Menéndez descarta que el contenido constitucional pueda estructurarse en círculos concéntricos y mantiene que cada derecho fundamental sólo tiene un único contenido que es el definido en abstracto en la Constitución. El contenido así definido es el contenido esencial, no por constituir un contenido mínimo o ser indisponible para el legislador sino por ser el contenido del derecho “que por mandato constitucional está a disposición de su titular”⁵²⁹.

En este sentido recordamos aquí la rotunda afirmación de De Otto recogida más arriba “cualquier derecho o libertad ampara aquello que ampara y nada más”.

Para Gavara de Cara la división del derecho en partes puede llevar al contrasentido de excluir del control de constitucionalidad las zonas periféricas del derecho, a pesar de que forman parte de la norma constitucional que establece el derecho fundamental. Ésta norma constitucional debe ser utilizada en su totalidad como parámetro o canon de validez en el control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales⁵³⁰.

A lo anterior se añade que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento jurídico, ostentan una posición central en el ordenamiento constitucional y constituyen fundamento del orden político y de la

⁵²⁸ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. pág. 31.

⁵²⁹ Villaverde Menéndez, Ignacio (2004) op. cit. pág. 134.

⁵³⁰ Gavara de Cara, Juan Carlos (1994) *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. pág. 353.

paz social. Razones que permiten sostener que todo el contenido de los derechos es esencial, sin hacer distinciones entre anillos, zonas y núcleos.

Por último nos parece muy interesante la observación de Brage Camazano, en el sentido de tener en cuenta la dimensión institucional de los derechos fundamentales para valorar el contenido esencial de los mismos. Esta función del derecho fundamental, para la vida social en su conjunto, debe tenerse presente para conocer el contenido esencial de los derechos fundamentales, pues “una limitación que suprimiese esta función no podría nunca ser proporcional”⁵³¹.

Como hemos visto más arriba y según expresión de Häberle, los derechos fundamentales cumplen una función social, pues son a la vez que derechos individuales, institutos objetivos de las libertades fundamentales⁵³².

3.4.6.- Métodos para determinar el contenido esencial

Vistas las teorías sobre el contenido esencial, nos detenemos ahora en el estudio de los posibles métodos para hallar ese contenido esencial que, como hemos dicho, nuestra jurisprudencia constitucional ha denominado también como barrera infranqueable (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4), “núcleo indisponible” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) y “núcleo irreductible” (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 2).

Como dice Gavara de Cara, el artículo 53.1 no ofrece ninguna metodología para la determinación del contenido esencial, convirtiendo a esta garantía de los derechos fundamentales en un problema interpretativo, cuya competencia atribuye el autor al Tribunal Constitucional, que recibe así “una carga tremenda que se concreta en la competencia para la determinación y protección de dicho contenido esencial”⁵³³.

⁵³¹ Brage Camazano, Joaquín (2004) op. cit. pág. 401.

⁵³² Häberle, Peter (2003) op. cit. págs. 220 y 222.

⁵³³ Gavara de Cara, Juan Carlos (1994) op. cit. pág.345.

Muy pronto el Alto Tribunal se ocupó de exponer un método para identificar el contenido esencial de los derechos subjetivos.

En la emblemática sentencia 11/1981, de 8 de abril, el Tribunal Constitucional señala dos caminos para aproximarse a la idea de contenido esencial, que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales (FJ 7).

El primer camino es acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho y tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho.

Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.

Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo camino para definir el contenido esencial de un derecho, se desbroza tratando de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente

protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

En este sentido, Medina Guerrero cita a Herbert Krüger y a Elkhart Stein; según el primero se ha de entender violado el contenido esencial cuando ya no puede lograrse el fin por cuyo motivo se confiere el derecho; para el segundo se afecta el contenido esencial cuando el límite llega tan lejos que el particular no puede perseguir en absoluto el interés protegido por el derecho⁵³⁴.

Los dos caminos propuestos se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.

A pesar de la aparente claridad de esta sentencia, Bernal Pulido se pregunta si existe un criterio apto para determinar “qué normas y posiciones caen dentro y fuera del núcleo” y si este criterio alcanza la fuerza de convicción necesaria “como para congregarse un consenso esencial que sirva para fundamentar las decisiones de los casos difíciles”. Además tacha a la sentencia de contener tres suposiciones “que no ofrecen ningún criterio adicional al mero intuicismo para definir lo que debía entenderse por contenido esencial y para distinguirlo del contenido accidental”. De todas formas aboga por hacer explícitas las propiedades que distinguen al ámbito del contenido esencial de aquel ámbito que no lo es, y “trazar la frontera que separa a una y otra zona”. Indica el principio de proporcionalidad como uno de los criterios interpretativos utilizados para determinar el contenido de los derechos fundamentales⁵³⁵.

Martínez Pujalte considera válidas las dos vías complementarias señaladas por el Tribunal “siempre y cuando se prescindiera de la distinción entre contenido esencial y no esencial de los derechos”; y da su propio concepto de contenido esencial que incide en “una comprensión de cada derecho fundamental en

⁵³⁴ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. pág. 149.

⁵³⁵ Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. págs.403, 412, 488 y 609.

conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección”⁵³⁶.

Parejo Alfonso, por su parte, habla del “reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere” y también del “conjunto de características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición determinaría per se una trasmutación de éste, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto”⁵³⁷.

Una primera lectura de la sentencia unida a las posiciones doctrinales expuestas, lleva a pensar que la determinación del contenido esencial de los derechos subjetivos es tarea sencilla. El número de instrumentos que la propia resolución ofrece para realizar la labor de identificación parece corroborar esta primera impresión.

Sin embargo, nosotros creemos que la concreción del contenido esencial de los derechos subjetivos no es empresa fácil. La cantidad de herramientas que el juzgador constitucional propone para ello, abruma por su número y confunde por el carácter abstracto de las mismas; y eso sin hacer referencia a la cantidad de sinónimos utilizados en cada frase, que produce la inseguridad de no saber qué importante matiz se quiere añadir con tanta sinonimia.

En el primer camino se señalan como instrumentos: la naturaleza jurídica, el modo de concebir cada derecho, la relación entre el lenguaje de las disposiciones normativas y las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas⁵³⁸, el tipo abstracto del derecho preexistente al momento legislativo y de su reconocibilidad, las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible; y todo ello referido al

⁵³⁶ Martínez-Pujalte, Antonio Luis (1997) op. cit. págs. 63 y 73.

⁵³⁷ Parejo Alfonso, Luciano (1981) El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional* nº 34 (págs.169-190).págs. 180, 187 y 188.

⁵³⁸ Gavara de Cara considera que “El recurso a las ideas o convicciones de los juristas implica juzgar las leyes con parámetros extraconstitucionales de dudosa seguridad jurídica. Gavara de Cara, Juan Carlos (1994) op. cit.pág.351.

momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo camino se centra en la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos por los derechos subjetivos.

Alzaga Villaamil añade también el criterio de la conciencia social generalizada sobre el contenido de un derecho, pues la idea que la sociedad tiene de los derechos fundamentales es la que da vida a la “dimensión institucional que los derechos fundamentales tienen en nuestra Constitución”⁵³⁹.

Esta dimensión también es tenida en cuenta por Medina Guerrero que mantiene que el núcleo esencial no está petrificado sino que “puede ser objeto de interpretaciones diferentes cuando así lo requiera la dinámica social, siempre que no se violente el texto de la norma”⁵⁴⁰.

En todo caso la determinación del contenido esencial de cada derecho fundamental requiere una labor hermenéutica fundamentada en los preceptos constitucionales y en el marco de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución.

Así lo señaló muy pronto nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 5/1983, de 4 de febrero, cuando al referirse a la interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental declaró que “ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática” (FJ 3).

Häberle incide en esta visión de conjunto, pues “ninguna norma constitucional puede interpretarse solamente desde sí misma”⁵⁴¹.

Para De Otto la idea de contenido esencial nos lleva a definiciones constitucionales abstractas, desde las cuales construir derechos y libertades

⁵³⁹ Alzaga Villaamil, Óscar, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, Reviriego Picón, Fernando y Salvador Martínez, María (2012) op. cit. pág. 218.

⁵⁴⁰ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. pág. 156.

⁵⁴¹ Häberle, Peter (2003) op. cit. pág. 8.

como poderes concretos de disposición y libertad “de modo que el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado se integra como una formación vital sobre el esqueleto de la conducta abstractamente definida”⁵⁴².

Medina Guerrero habla de “concretizar” para referirse a la actividad creativa de dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución y decantarse por una de las diversas posibilidades que ofrece el texto constitucional. Atribuye esta tarea “al legislador, quien dispone de un cierto margen de libertad de configuración política para “moverse” dentro del marco que la Constitución proporciona” y desentrañar el ámbito constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental⁵⁴³.

Bernal Pulido también denomina concreción al acto de determinación del contenido normativo de los derechos y atribuye esta competencia al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 1.1 LOTC., el cual cada vez que “aplica los derechos fundamentales para resolver un caso, cuya solución no emana directamente de la Constitución, debe determinar de antemano su contenido normativo”⁵⁴⁴.

Lorenzo Rodríguez –Armas parte de que el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas es anterior a su regulación constitucional, que se limita a reconocerlo, y crea el neologismo “contencial” para concentrar en una palabra la expresión contenido esencial. Asimismo da una definición del contenido esencial o contencial que se centra en el valor intrínseco de cada uno los derechos y libertades como “resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio)”⁵⁴⁵.

⁵⁴² Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit.pág.1478.

⁵⁴³ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. págs. 24 y 25.

⁵⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos (2005) op. cit. págs. 57 y ss.

⁵⁴⁵Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena (1996) *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*. Editorial Comares. págs.93 y 242.

Martín Huertas incide en la dignidad en cuanto sustrato común a todos los derechos fundamentales; de manera que la dignidad se materializa en el contenido esencial, que es lo específico de cada derecho y en donde “se concreta en una serie de rasgos propios”. Apela a la intuición como “método válido para determinar el contenido esencial”⁵⁴⁶. En apoyo de su tesis señala el voto particular de Cruz Villalón en la STC 91/2000, de 30 de marzo, que afirma que “el instinto debería decirnos inmediatamente lo que pertenece a ese núcleo irrenunciable”.

Para Villaverde Menéndez el contenido esencial de un derecho fundamental es el resultado de su delimitación. El concepto de contenido esencial que ofrece hace referencia a la titularidad, quién disfruta del derecho; su objeto, el conjunto de expectativas de conducta que se cobijan en la garantía iusfundamental; su contenido en sentido técnico, el haz de facultades y poderes jurídicos que son necesarios para que el conjunto de expectativas de conducta que componen el objeto del derecho fundamental puedan ser efectivamente realizadas por su titular; y claro está, los límites internos y las habilitaciones para la creación de límites externos que la Constitución prevea⁵⁴⁷.

Como hemos dicho más arriba, nosotros nos adherimos a la postura doctrinal que defiende que todo el contenido de los derechos fundamentales es esencial y por tanto no distinguimos entre núcleo y periferia en los mismos. Dicho lo anterior, consideramos procedente elaborar un concepto de intimidad que será el concepto de la esencia del derecho de la intimidad. Creemos que estamos en condiciones de hacer esta labor, partiendo del concepto de intimidad que hemos determinado a partir de los capítulos I, II y III de nuestro estudio.

En el capítulo I hemos realizado una aproximación multidisciplinar al concepto de intimidad, con lo que hemos considerado, tanto el contenido del derecho a la intimidad previo a su regulación, como la conciencia social sobre dicho contenido.

⁵⁴⁶ Martín Huertas, María Ascensión (2008) El contenido esencial de los derechos fundamentales. *Revista de las Cortes Generales* nº 75, (págs. 105-190). pág. 185.

⁵⁴⁷ Villaverde Menéndez, Ignacio (2004) op. cit. (120-150). Madrid. Tecnos. pág. 137.

Las manifestaciones históricas del derecho de intimidad, expuestas en el capítulo II, nos han permitido ahondar en la esencia de este derecho.

En el capítulo III hemos obtenido un concepto de intimidad a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con lo que hemos tenido en cuenta la competencia del Alto Tribunal para la determinación del contenido y protección de los derechos fundamentales.

El concepto de intimidad deberá completarse con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En un momento posterior deberemos formular las características del derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario, para lo que partiremos del artículo 25 de la Constitución, la legislación penitenciaria y el análisis crítico de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de intimidad de las personas presas.

CAPÍTULO V: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA II: LA INTIMIDAD AFECTADA, LA INTIMIDAD RECONOCIDA Y LA INTIMIDAD NEGADA

1.-PRELIMINAR

Una vez estudiada la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de las razones y requisitos de las limitaciones del derecho de intimidad en el ámbito penitenciario; es nuestra intención, ahora, analizar la aplicación de dicha doctrina a los supuestos concretos.

Nuestro estudio se dividirá en tres grandes apartados. En el primero examinaremos las sentencias en que la intimidad resulta afectada; en el segundo, las resoluciones donde la intimidad es reconocida; en el tercero, las sentencias que niegan el carácter de derecho a manifestaciones de la intimidad.

Como podremos ver a continuación, y anticipando un poco nuestras conclusiones, podremos ver el papel determinante del Tribunal Constitucional a la hora de garantizar los derechos de los reclusos, y de forma más específica en el caso de su derecho a la intimidad.

Como se ha apuntado, más allá de discrepancias sobre la fórmula teórica articulada para la configuración de la relación penitenciaria, ha sido indudable elemento dinamizador en este campo con su amplia y consolidada jurisprudencia con relación a los derechos fundamentales del interno. Con independencia de que contemos también con algunas sentencias que presentan claros flancos a la crítica, y otras en las que puede echarse de menos cierta audacia, lo cierto es que, su copiosa jurisprudencia sobre esta materia, ha permitido que en determinadas cuestiones se produzcan avances significativos en orden a hacer efectiva las apelaciones del artículo 25 de nuestro texto constitucional relativas a los derechos fundamentales del recluso. Así, por ejemplo, en el derecho a la intimidad, donde se ha conseguido atenuar –aunque en puntuales cuestiones– la indudable afección que sufre el mismo en el ámbito penitenciario, mostrando con claridad hacia donde debe caminar nuestro sistema penitenciario una

doctrina que, no sin dificultad, ha terminado por encontrar reflejo en diferentes reformas normativas como la del propio Reglamento⁵⁴⁸.

2.- LA AFECTACIÓN DE LA INTIMIDAD: LOS CACHEOS Y LOS REGISTROS

2.1.- Criterio de agrupación

Vamos a estudiar en este apartado una amplia batería de sentencias, en concreto diez que nos acercan a la afectación de la intimidad del recluso por diferentes intervenciones corporales: 120/1990 de 27 de junio; 137/1990 de 19 de julio; 57/1994 de 28 de febrero; 35/1996 de 11 de marzo; 204/2000 de 24 de julio; 218/2002 de 25 de noviembre; 89/2006 de 27 de marzo; 196/2006 de 3 de julio; 106/2012 de 21 de mayo y 171/2013 de 7 de octubre.

El criterio de agrupación de las mismas obedece a que en los supuestos de hecho de todas estas resoluciones, la intimidad ha resultado afectada o muy afectada, de ahí, también el título del apartado.

Dentro de estas sentencias, ocho versan sobre intimidad personal y dos sobre intimidad espacial, siendo estas últimas, las 89/2006, de 27 de marzo, y 106/2012, de 21 de mayo, que tienen como hechos sendos registros de celda.

De las resoluciones sobre intimidad personal vamos a distinguir la sentencia 35/1996, de 11 de marzo, llamada de “los rayos X”, de las otras siete que tratan de la intimidad corporal.

Por último, de entre las siete resoluciones de intimidad corporal, diferenciamos la 120/1990, de 27 de junio y la 137/1990, de 19 de julio, conocidas como “huelga de hambre”, por ofrecer características especiales que, a nuestro juicio, les hace merecedoras de un tratamiento diferenciado.

⁵⁴⁸ Reviriego Picón, Fernando (2008) *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid. Universitas.

Por tanto, el derecho de intimidad en sus dimensiones corporal, personal y espacial, según las hemos definido en el capítulo III, y por este orden, va a guiar el análisis de las sentencias.

2.2.- Afectación del derecho de intimidad en su dimensión corporal

Como ya sabemos, la jurisprudencia constitucional incluye la dimensión físico-corpórea de la persona en el ámbito de la intimidad.

Para el Tribunal Constitucional “la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona”⁵⁴⁹.

La inserción de la dimensión corpórea en la esfera íntima trae causa en la necesidad que el ser humano siente de controlar el acceso físico a sí mismo y la información que se puede obtener mediante dicho acceso. Como hemos visto, debemos a la Psicología esta concepción de intimidad, en cuanto control selectivo del contacto físico con los demás y como regulación de la información sobre la propia persona.

Por otra parte también la reflexión filosófica integra el cuerpo en la intimidad.

En este sentido Laín Entralgo se pregunta “¿Cómo puede entenderse satisfactoriamente que el cuerpo del hombre sea impensable sin intimidad y que a la vida íntima le sea inherente el cuerpo?”⁵⁵⁰.

La dimensión corpórea es la que ha sido afectada en los hechos de las dos sentencias que hemos denominado de “huelga de hambre” que son las 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, y en los de las cinco que denominaremos de “cacheo”, y que son las siguientes: 57/1994, de 28 de

⁵⁴⁹ Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7).

⁵⁵⁰ Laín Entralgo, Pedro (1985) La intimidad del hombre. En *Homenaje a José Antonio Maravall*. (págs. 377-392). Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas. pág.392

febrero, 204/2000, 218/2002, de 25 de noviembre, 196/2006, de 3 de julio, y 171/2013, de 7 de octubre.

Comenzaremos por estas últimas, ya que, como hemos adelantado, las sentencias de “huelga de hambre” presentan características que las hacen merecedoras de un tratamiento específico por la profunda problemática que suscitan.

2.2.1.- Las sentencias de cacheo

Las cinco sentencias de “cacheo” se han denominado así por tener su origen en un cacheo practicado por razones de seguridad.

El cacheo es un acto destinado a descubrir si la persona presa oculta en su cuerpo o, entre sus ropas, sustancias prohibidas u objetos peligrosos. Los cacheos personales están regulados en el artículo 23 LOGP, a cuyo tenor “se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

Por su parte, el Reglamento Penitenciario, en el artículo 65.1, incluye la práctica del cacheo como una de las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos.

La práctica de los cacheos se describe en el artículo 68 RP, según el cual “Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad. El cacheo se

hará constar en parte escrito firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios”⁵⁵¹.

Es interesante apuntar que este tipo de cacheos no fueron contemplados de manera específica en la Ley General Penitenciaria del 79, que apenas hacía (y hace) una genérica reseña a la realización de eventuales registros y cacheos en la persona de los internos dentro del respeto a la dignidad de la persona. Lo cierto es que, como nos recuerda Reviriego Picón, debió aguardarse al Reglamento del 96 para su previsión, plasmándose aquí normativamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 57/1994, de 28 de febrero⁵⁵². Hasta ese momento, la existencia de esa genérica regulación había permitido a la Administración penitenciaria justificar la evidente falta de unidad de criterio sobre estas prácticas en los centros penitenciarios, como así se comprueba tanto del estudio de las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria como (desde otra perspectiva), a partir de las respuestas que desde la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios se remitieron al Defensor del Pueblo ante sus recomendaciones en la materia. Todo ello, sobre la genérica alegación de que con las comunicaciones especiales (en el caso del cacheo por ingreso en el centro penitenciario la justificación sería mucho más clara) nos encontraríamos ante el cauce ordinario en orden a la introducción en el centro tanto de estupefacientes como de objetos peligrosos, argumento que, si bien cierto, debe verse acompañada de la necesidad concreta e individualizada de la medida.

Los cacheos penitenciarios se pueden incluir en las llamadas “intervenciones corporales” que, dentro del ámbito penal, han sido definidas por González-Cuéllar Serrano como “aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias

⁵⁵¹ Fernández Arévalo y Nistal Burón al comentar este artículo afirman que “el cacheo con desnudo integral es la medida más conflictiva sin lugar a dudas” e “implica la máxima afectación al derecho a la intimidad personal. Fernández Arévalo, Luis y Nistal Burón, Javier (2011). *Manual de Derecho Penitenciario*. Pamplona. Aranzadi. pág. 378

⁵⁵² Reviriego Picón, Fernando (2008) *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid. Universitas.

fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”⁵⁵³.

La falta de consentimiento y la presencia de la coacción hacen que las intervenciones corporales incidan de modo grave en los derechos fundamentales del intervenido, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad. Gravedad que puede incrementarse cuando al interno se le obliga a realizar flexiones para provocar la expulsión de su cuerpo, de las sustancias u objetos buscados.

Para Soto Rodríguez las intervenciones corporales afectan al derecho fundamental a la integridad física y moral y prohibición de los tratos inhumanos o degradantes del artículo 15.1 CE, que implica que las personas tienen un derecho a la intangibilidad salvo que medie su consentimiento. En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la integridad física y moral protege al ser humano «no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (STC 120/1990 FJ 8)⁵⁵⁴.

Esta afirmación del constitucional es calificada de muy importante por Díez-Picazo, porque, aunque se trate de “intervenciones bienintencionadas y objetivamente idóneas para producir un beneficio”, como son las de naturaleza médica, “existe un imperativo constitucional de previo consentimiento de la persona afectada”. La presencia o ausencia de consentimiento es, en principio, el factor determinante de la licitud o ilicitud de las intervenciones corporales.

El mismo autor señala que “en materia de intervenciones corporales, no está en juego sólo el derecho a la integridad física y moral, sino que a veces puede resultar relevante también el derecho a la intimidad en su faceta de la llamada intimidad corporal”. Integridad física y moral e intimidad son derechos diferentes

⁵⁵³ González-Cuéllar Serrano, Nicolás (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid. Colex.pág.290.

⁵⁵⁴ Soto Rodríguez, María Lourdes (2014) Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales. *Diario la Ley 8392. Edición digital*. Consultado el 3 de noviembre de 2014. www.laleydigital.es.

pero muy ligados entre sí, tanto que en ocasiones será difícil distinguir, pudiéndose “vulnerar la intimidad corporal sin incidir sobre la integridad, como ocurre siempre que falta el contacto físico”⁵⁵⁵.

La práctica de un cacheo con desnudo integral, en cuanto intervención corporal, es calificada por el Tribunal Constitucional como una grave intromisión en la intimidad personal (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4 y 171/2013, de 7 de octubre, FJ 3); ya que el desnudo integral incide en el ámbito de la intimidad corporal (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), que se quiebra cuando la exposición y exhibición del cuerpo desnudo son contrarias a la voluntad (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7).

Gravedad que, a nuestro juicio, se colige fácilmente si se considera que la obligación a exhibirse desnudo supone la pérdida de control del acceso a uno mismo, y tiene como consecuencia el propio acceso. Desparecen, o mejor dicho, se destruyen los dos elementos del derecho de intimidad: el ámbito reservado, que deja de serlo y el control sobre el mismo, que se pierde.

Viedma Rojas, desde una perspectiva muy crítica nos hablará (aunque él se centra en el momento inicial de la entrada en los centros penitenciarios) que con ello, con esta violación de la intimidad corporal, se expone el poder de la institución y la vulnerabilidad de los que están en ese trance⁵⁵⁶.

Como sostiene López Ortega “si existe un ámbito estrictamente personal éste es, precisamente, el de nuestro propio cuerpo”. La intimidad corporal “reconoce a la persona la facultad de controlar el acceso a su cuerpo, restringiendo el conocimiento de datos o hechos relevantes para su vida privada”⁵⁵⁷. Y ello, porque la intimidad corporal, según el Alto Tribunal, se integra en la intimidad

⁵⁵⁵Díez-Picazo, Luis María (2002) Derecho a la vida y a la integridad física y moral. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 3 Pamplona. Aranzadi. Edición digital. Consultado el 3 de noviembre de 2014.

⁵⁵⁶ Viedma Rojas, Antonio (2014) Imágenes fronterizas: cárceles y educación entre rejas, Reviriego Picón, Fernando, De Vicente, Rosario, *El cine carcelario*, Valencia. Tirant lo Blanch.

⁵⁵⁷ López Ortega, Juan José (1996) La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez. En López Ortega, Juan José (Dir.) *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial (págs.277-307). pág. 281.

personal⁵⁵⁸ y, en principio, es inmune “frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona”⁵⁵⁹.

Es importante la ausencia de voluntad para que se produzca la intromisión y la consiguiente afectación de la intimidad, pues ésta, como hemos dicho reiteradamente, presupone la facultad de decidir o no el acceso físico a uno mismo.

En la sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5, el Tribunal Constitucional expone su doctrina sobre el pudor personal, cuando afirma que mediante la intimidad corporal “queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”.

El Alto Tribunal identifica el pudor como un sentimiento y lo vincula a criterios culturales⁵⁶⁰; lo que no deja de ser una contradicción, pues un sentimiento siempre es subjetivo, y como tal, imposible de objetivación.

Para la mayoría de los autores, que se han acercado al fenómeno del pudor, este es un instinto, una reacción espontánea o un hábito, que tiene como finalidad la protección de la propia intimidad. Digamos que el pudor es la defensa innata con que cada persona preserva lo que ella considera íntimo. De manera que el pudor no es susceptible de objetivar, el pudor responde a la conciencia personal de lo que es íntimo para cada individuo.

La esencia del pudor es para Scheler “la vuelta del individuo sobre sí mismo y el sentimiento de autoprotección individual de los demás en su conjunto”⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Más que integrarse como un elemento individualizado, nosotros sostenemos que la intimidad corporal es una dimensión o una expresión de la intimidad personal.

⁵⁵⁹ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5

⁵⁶⁰ Las referencias culturales del pudor también son afirmadas por Díez-Picazo cuando dice que “Determinadas partes del cuerpo humano son asociadas por la cultura imperante al sentido del pudor, por lo que se reputan esencialmente privadas y la persona puede ocultarlas a la contemplación de los demás”. Díez-Picazo, Luis María (2002) op. cit.

⁵⁶¹ Scheler, Max (2004, original 1913) *Sobre el pudor y el sentimiento de vergüenza*. Salamanca. Sígueme. pág. 55.

Por su parte, Choza Armenta considera que el pudor es “el hábito y la tendencia de mantener la posesión de la propia intimidad a cubierto de los extraños”⁵⁶².

Y Yepes Stork señalará que el pudor es el gesto y la reacción espontánea de protección de lo íntimo, “es algo así como la expresión corporal espontánea del conocido derecho jurídico a la intimidad y a la propia dignidad”⁵⁶³.

El pudor es considerado como instinto por Vidal Martínez, en cuanto reacción que acompaña a cualquier intromisión de la intimidad”⁵⁶⁴. Y, como dice González Gaitano, aunque incluye la protección de la desnudez, el pudor tiene un objeto mucho más amplio⁵⁶⁵.

El carácter instintivo del pudor y su fuerte arraigo en la conciencia humana ha sido confirmado por la observación clínica⁵⁶⁶.

De esta manera el pudor, entendido en su dimensión física, sería el instinto de resguardar de la mirada ajena, la realidad corporal que cada individuo considera íntima. De ahí que cualquier parte del cuerpo, por diferentes motivos individuales, puede ser íntima y como tal protegida por el pudor.

Sigue el Tribunal diciendo que “el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el

⁵⁶² Choza Armenta, Jacinto Luis (1980) *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. EUNSA. pág. 16.

⁵⁶³ Yepes Stork, Ricardo (1966). La elegancia, algo más que buenas maneras. *Nuestro Tiempo* nº 508 (págs.110-123). págs. 3 y 4.

⁵⁶⁴ Vidal Martínez, Jaime (1980) La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español. *Revista de Derecho Privado*. Julio-Agosto 1980. (págs.755-774). pág. 756.

⁵⁶⁵ González Gaitano, Norberto (1990) *El deber de respeto a la intimidad. Información pública y relación social*”. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. págs. 84 y ss.

⁵⁶⁶ En este sentido dice Orellana-Peña que el pudor está “profundamente arraigado en el ser humano, tal y como podemos ver en pacientes con daño neurológico severo, que sólo conservan respuesta ante el estímulo doloroso, sin embargo, observamos actitudes (no sabemos qué tan involuntarias) de tomar la sábana que se ha descorrido para examinarle, y cubrirse; o también en casos de pacientes con demencia tipo Alzheimer, que en ocasiones se resisten a ser aseados por otras personas”. Orellana-Peña, Cecilia (2008) Intimidad del paciente, pudor y educación médica. *Persona y Bioética* nº 12(30) (págs.8-15) pág. 12.

recato corporal⁵⁶⁷; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio⁵⁶⁸, violación del pudor o recato de la persona”(FJ5).

Después de todo lo dicho anteriormente, se comprenderá nuestra disensión de este razonamiento jurisprudencial. Si hemos considerado una concepción subjetiva del pudor, en cuanto instinto por el que la persona se resiste a la exhibición de las partes de su cuerpo que ella misma considera pertenecientes a su intimidad, mal podemos compartir la reflexión del Alto Tribunal que esgrime una concepción objetiva del pudor con referencias culturales.

Nosotros creemos que la intimidad corporal, en cuanto realidad preexistente a su regulación, puede ser interpretada constitucionalmente, como venimos diciendo, en base a sus dos elementos; ámbito propio y reservado, que se corresponden en este caso, con el propio cuerpo, y el poder de control de acceso al mismo.

Nuestra postura supone que cualquier actuación sobre el cuerpo humano, independientemente de las partes afectadas y de los medios utilizados, supone intromisión en la intimidad, siempre y cuando la persona sea contraria a dicha intervención. Es la persona la que decide libremente el acceso de otras personas a su propio cuerpo. Esta voluntariedad no admite ser suplida por interpretaciones en base a criterios culturales dominantes, pues contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la intimidad corporal tiene entidad física y subjetiva, no cultural y objetiva. El carácter subjetivo de la intimidad lo avala la Psicología que, al estudiar el comportamiento humano al respecto, señala como mecanismos de

⁵⁶⁷ A este respecto señala López Ortega que “La reducción de la tutela constitucional al ámbito brumoso del recato personal es desconocida en otros ordenamientos extranjeros”. López Ortega, Juan José (1996) op. cit. pág. 283.

⁵⁶⁸ En referencia a esta expresión, Martínez de Pisón se pregunta cuál es ese sano criterio para entender el pudor y el recato en nuestra cultura y cómo debería aplicarse a esas partes del cuerpo humano que se pretendía oscultar o examinar. Martínez de Pisón Cavero, José (1993) *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Cívitas. pág. 117

control el espacio personal y la territorialidad, unos instintos que comparte con otros animales. El espacio personal es el área que la persona mantiene alrededor de sí misma en la que los otros no pueden irrumpir sin provocar incomodidad.

La misma postura parece mantener García Vila cuando afirma que “todo contacto físico con el cuerpo, para extraer de él elementos externos o internos con independencia de las partes en que recaiga y los instrumentos utilizados, supone inevitablemente traspasar los límites de ese ámbito más íntimo de la persona constituido por su entidad corpórea”⁵⁶⁹.

Soto Rodríguez también es muy crítica con el Alto Tribunal, pues considera muy restrictiva su interpretación acerca del contenido de la manifestación corporal de la intimidad, “lo que ha originado innumerables críticas por parte de la doctrina, además de las dificultades de precisión que plantea el recurso a términos como pudor, recato o el criterio dominante en nuestra cultura”⁵⁷⁰.

Aunque con referencia a cada cultura particular, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, consideran que “en un Estado de Derecho no son posibles ciertos reconocimientos físicos no consentidos”; pues determinados aspectos y ramificaciones de intimidad son de carácter absoluto. “La intimidad en esa concretización, es oponible y defendible frente al Estado, es inatacable e inviolable. Sólo así puede el hombre conservar su propia entidad, como reducto mínimo frente a un Estado”⁵⁷¹.

El carácter subjetivo de la intimidad es contemplado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando afirma, tanto en su Exposición de motivos, como en el artículo 2.1, que la esfera de la intimidad “está determinada por los usos sociales “y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios mantenga al respecto, y determine sus pautas de comportamiento”.

⁵⁶⁹ García Vila, Mónica (2000) Los cacheos: delimitación y clases. *Actualidad Penal* nº 13 299

⁵⁷⁰ Soto Rodríguez, María Lourdes (2014) op. cit.

⁵⁷¹ López Barja de Quiroga, Jacobo y Rodríguez Ramos, Luis (1989) La intimidad corporal devaluada. *Poder Judicial* nº 14. (págs.123-130) págs.124 y 125.

“Ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

Incluso, el propio Tribunal Constitucional, a pesar de sentencias anteriores, incide en la absoluta relevancia de la voluntad de la persona para controlar su esfera íntima cuando dice que el derecho de intimidad llega a ceder “porque puede el propio titular de este derecho aceptar inmisiones en el mismo”, y también que “El consentimiento permite la inmisión en el derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno” De esta manera “una intervención corporal leve “realizada de forma voluntaria no lesiona la intimidad corporal” (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ5).

Como no podía ser de otra manera pertenece al ámbito de libertad del titular revocar en cualquier momento ese consentimiento (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ6).

Las cinco sentencias “de cacheo” consideran que el derecho a la intimidad ha sido vulnerado y en su consecuencia otorgan el amparo solicitado.

El otorgamiento del amparo no obedece a que el Tribunal considere el derecho de intimidad como de carácter absoluto, pues “puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas” (SSTC57/1994, de 28 de febrero, FJ5, y 196/2006, de 3 de julio, FJ5); pues “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6).

La sentencia 57/1994, de 28 de febrero, establece que el derecho de intimidad puede ceder en supuestos concretos y es posible la práctica de cacheos, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales.

A este respecto La Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 23 establece que “los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las

instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

El anterior precepto tiene su desarrollo en el número 2 del artículo 68 RP, ya visto anteriormente, a cuyo tenor, recordémoslo, “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”.

Esta redacción fue introducida en el actual Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que recogió precisamente la doctrina de la primera de las sentencias aquí estudiadas, y que es la 57/1994 de 28 de febrero⁵⁷².

Esta sentencia parte de la naturaleza de sujeción especial que revisten las relaciones jurídicas entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas (FJ 3).

Como ya hemos dicho, nosotros somos contrarios a la utilización de la categoría jurídica de relación de sujeción especial en cuanto innecesaria para explicar la limitación de los derechos que sufren los presos. Si los reclusos ven limitado el ejercicio de sus derechos, lo es en virtud de la finalidad que debe cumplir la institución penitenciaria en la que están internados. Esta finalidad es la reeducación y reinserción social señaladas tanto en el artículo 25.2 CE, como en el artículo 1 LOGP, el cual añade la retención y custodia de los internos.

Para cumplir estos fines, la institución penitenciaria tiene la obligación de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro, como

⁵⁷² A este respecto la Exposición de Motivos del R.D. 190/1996, de 9 de febrero dice expresamente que “Destaca la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los reclusos como... la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores y sobre la forma de realizar los cacheos personales. (Exposición de motivos II d).

lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3).

Seguridad y buen orden del centro que también lo son de los internos en general y de cada interno particular y que se manifiestan en que uno de los criterios organizativos del establecimiento penitenciario es “un sistema de vigilancia y seguridad que garantice la custodia de los internos” (art. 8 d RP⁵⁷³).

En atención a esta seguridad y este control. La legislación penitenciaria establece la práctica de los cacheos (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3).

Pero la práctica de estos registros personales requiere unos requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido precisando.

En primer lugar es necesario que concurra la finalidad de “velar por el orden y la seguridad del establecimiento” para evitar que, con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con persona ajena al centro penitenciario, pudieran introducirse en el mismo “objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con riesgo evidente para la seguridad del centro o la salud de las personas” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6; en el mismo sentido STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 3)⁵⁷⁴.

De esta manera es indudable que en determinadas ocasiones, una medida de registro personal de los reclusos puede constituir “un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6A).

Pero la adopción de una medida de tal naturaleza requiere, en primer lugar, la ponderación, adecuada y equilibrada, tanto de la gravedad de la intromisión que

⁵⁷³ Redacción del Reglamento Penitenciario según Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

⁵⁷⁴ El Tribunal en sus resoluciones recordará la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, y más concretamente la Decisión de 15 de mayo de 1980, caso *McFeeley y otros v. Reino Unido*-, en donde se consideró que medidas de registro personal, como la analizada por aquél, constituían un medio necesario en los casos en que existieran situaciones excepcionales en el centro penitenciario, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos.

supone en la intimidad personal, como de la imprescindibilidad de la medida “para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger”⁵⁷⁵.

En este sentido se hace necesario acreditar que la situación existente en el centro penitenciario en el momento de adoptar la medida y la conducta del interno hacen indispensable la adopción de la medida. La situación debe entrañar una amenaza para la seguridad y el orden del centro, y del comportamiento del interno deben desprenderse indicios serios de que trataba de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos⁵⁷⁶.

Esta acreditación “requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria”. Dicha fundamentación permitirá, en primer lugar, su apreciación por el afectado, en un segundo momento, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, “a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6; en el mismo sentido STC 171/2013, de 7 de octubre, FJ 3).

Tanto la injustificación y falta de fundamentación de las medidas, como la inadecuación de los medios hacen que el derecho resulte vulnerado⁵⁷⁷.

Por lo tanto, para que la afectación de la intimidad, que supone la práctica de un cacheo, se considere constitucionalmente legítima se requiere que la medida sea imprescindible para el orden y seguridad del centro penitenciario, dadas las circunstancias del establecimiento y la conducta previa del interno, que además deberán ser acreditados mediante la correspondiente fundamentación.

⁵⁷⁵ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6; STC 171/2013, de 7 de octubre, FJ 3.

⁵⁷⁶ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6; STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 3.

⁵⁷⁷ En este sentido, SSTC 204/2000, de 24 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 6, y 171/2013, de 7 de octubre, FJ 5.

La ponderación de estos requisitos en relación con la grave afectación de la intimidad que supone el cacheo indicará si la medida supera el juicio de proporcionalidad.

De esta manera se respetará la doctrina constitucional a tenor de la cual “las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable”. De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ6). Y en este punto no debemos dejar de hacer mención, por ejemplo, a los supuestos de mayor restricción en el ámbito penitenciario, los reclusos sujetos a primer grado; en estos casos hay que tener en cuenta que los cacheos se producen sobre internos ya sujetos a una intensa vigilancia con lo que podría resultar discutible su práctica o, su práctica constante⁵⁷⁸.

Por nuestra parte entendemos que, en el caso concreto de los cacheos, el derecho de intimidad no sólo no es obstruido más allá de lo necesario sino que, como hemos dicho, desaparece, pues se destruyen los dos elementos del derecho de intimidad: que son el ámbito reservado, que deja de serlo y el control sobre el mismo que se pierde. El propio Tribunal parece apreciar esta destrucción cuando utiliza la expresión quebra de la “intimidad corporal” (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7) y “sacrificio del derecho fundamental” (STC 171/2013, de 7 de octubre, FJ 3).

Nos hallaríamos, por tanto, en uno de los supuestos donde la doctrina admite la desaparición total del derecho fundamental.

⁵⁷⁸ Cabe señalar que muy recientemente la Audiencia Nacional ha estimado un recurso de apelación por parte de un interno sometido a primer grado que había sido objeto de un elevado número de cacheos con desnudo integral. La Audiencia consideró que se había vulnerado su derecho a la intimidad por esos cacheos realizados de forma constante, entendiéndolos arbitrarios por la ausencia de justificación sobre su necesidad y proporcionalidad y, de forma específica, por su carácter sistemático, afectando a un recluso objeto de intensa y permanente vigilancia y control, circunstancia que aminoraba el pronóstico concreto de riesgo, Auto de la Audiencia Nacional nº 875/2014, Sala de lo Penal, de 6 de noviembre de 2014.

Parece claro que el Alto Tribunal está utilizando la teoría relativa del contenido esencial, pues el derecho de intimidad desaparece totalmente al encontrar justificación. Es decir, que una vez acreditado que el cacheo es imprescindible para el orden y seguridad del centro penitenciario, dadas las circunstancias del establecimiento y la conducta previa del interno, es posible, no ya la afectación grave de la intimidad, sino su total privación.

Idea que está en inmediata correlación con la previsión del artículo 25 CE que establece que los internos en centros penitenciarios gozarán de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Para los autores que sostienen que el conflicto entre derechos es sólo aparente y que se resuelve mediante la delimitación conceptual de los derechos en supuesta lid, los cacheos practicados en las personas de los internos para garantizar el orden y la seguridad penitenciaria no atentarían contra el derecho de intimidad de los presos, pues el derecho de intimidad no contiene la facultad de esconder en el propio cuerpo, objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos.

La cuestión que queda abierta es qué sucede cuando un cacheo justificado resulta infructuoso, es decir el recluso no esconde en su cuerpo objetos o sustancias peligrosas. En tal caso la intimidad resultaría destruida. ¿Tendría el interno derecho a una compensación por los daños morales?

Sin embargo creemos que sí se puede mantener que cuando un cacheo está justificado en aras del orden y seguridad del establecimiento, en los mismos se comprenden el orden y la seguridad que benefician al propio interno cacheado, que ve afectada su intimidad.

Parece preciso apuntar, por último la Circular de marzo de 2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que estableció un “Protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral” donde se establece que sólo se adoptará esa medida en tanto se estime que no pueda ser eficaz ningún otro tipo de cacheo ni registro a través de medios electrónicos

como raquetas o arcos detectores de metales y previendo asimismo que la resolución que lo autorice, por escrito y bajo pleno control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, será motivada evitando la repetición de fórmulas genéricas y estereotipadas como “por razones de seguridad” o “para evitar daños a la integridad de las personas”.

2.2.2.- Las sentencias de huelga de hambre

Las otras dos sentencias, en cuyos hechos consideramos que la dimensión corpórea ha sido afectada, son las 120/1990 y 137/1990, que hemos denominado de “huelga de hambre”⁵⁷⁹.

El tratamiento separado de estas dos sentencias obedece a que el acceso al cuerpo de las personas presas no se debió, como en las sentencias sobre cacheos, a un registro para garantizar la seguridad del centro penitenciario, sino que tuvo su origen en una asistencia médica en aras de conservar la vida y salud de los internos.

Circunstancia determinante e importantísima es que el estado morbosos de los presos fue consecuencia de la huelga de hambre, que los reclusos mantenían para presionar a la Administración Penitenciaria, con el fin de obtener de la misma la concentración de los reclusos de su misma organización terrorista en un único establecimiento penitenciario.

El tratamiento médico fue practicado en contra de la voluntad de los internos, que querían permanecer sin tomar alimento y sin intervención médica, por lo que desde nuestro concepto de intimidad, ésta resultó afectada al haber habido un acceso no consentido al cuerpo de una persona.

Sin embargo las dos sentencias concluyen que el derecho de intimidad no ha sido vulnerado (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 12 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 10). Aunque reconocen que ha habido un sacrificio del derecho cuando dice

⁵⁷⁹ Ha habido una tercera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre reclusos en huelga de hambre, concretamente la STC 67/1991, de 22 de marzo, pero la misma no ha entrado a enjuiciar la posible vulneración del derecho a la intimidad.

expresamente que “en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza” (SSTC 120/1990 FJ 12 y 137/1990 FJ 10).

Esta conclusión se fundamenta en dos razones:

La primera es que el Tribunal entiende que “en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes”. Afirmación a la que se llega por la utilización de un concepto de intimidad elaborado por el propio Tribunal, según el cual la intimidad es «inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona».

Al partir de esta concepción, el Tribunal considera que la intervención médica realizada no se puede incluir entre las indagaciones o pesquisas a las que puede oponerse el derecho a la intimidad, “ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos”.

Desde nuestro concepto de intimidad, el mero acceso físico al cuerpo de la persona en contra de su voluntad es una afectación de la intimidad corporal. Ni las partes del cuerpo ni los medios empleados, ni la finalidad perseguida cambian la realidad de los hechos que consistieron en el referido acceso no consentido.

Todo parece indicar que el Tribunal aplica una de las teorías absolutas sobre el contenido esencial, que distinguen en cada derecho fundamental dos partes el núcleo o contenido esencial que es ilimitable y una parte accesorio, no esencial, que se puede restringir.

Para el juzgador constitucional el derecho de intimidad corporal es “inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona»; dentro de este concepto, no señala cuál sea el contenido esencial; sin embargo, sí expresa los criterios por los que se puede delimitar, pues, según él, las partes del cuerpo sobre las que se actúa, los medios empleados y la finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo, señalan unos límites en los que el contenido del derecho deja de ser esencial y puede ser limitado, tal y como ocurre en el caso presente.

La segunda razón es que la asistencia médica obligatoria no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados, porque sólo es una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el artículo 15 CE. Limitación que se justifica por la necesidad de preservar el bien de la vida humana constitucionalmente protegido, realizada mediante un ponderado juicio de proporcionalidad.

La afirmación de que la limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el artículo 15 CE no vulnera ninguno de los derechos invocados es más que discutible.

Como dice Iturralde Sesma, a través de la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, por lo que dicho derecho puede resultar afectado “por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular”⁵⁸⁰.

Con lo que la asistencia médica obligatoria no sería sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral, como sostiene el Juzgador constitucional, sino que constituiría una auténtica vulneración de este derecho.

Desde nuestro punto de vista, ya adelantado, esta vulneración se extendería al derecho de intimidad, pues como argumenta Díaz Revorio, desde un punto de vista teórico-conceptual, se puede entender que la intimidad corporal forma parte de un derecho más amplio que podríamos denominar “inmunidad corporal”, y que a su vez sería el aspecto pasivo de la libertad de disponer sobre el propio cuerpo...Esta libertad tendría una dimensión negativa o de inmunidad corporal, cuyas manifestaciones encontrarían protección constitucional en diversos

⁵⁸⁰Iturralde Sesma, Victoria (1997) Intervenciones corporales y derechos fundamentales. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furiol Ceriol*. nº 20/21 (págs.187-220).pág.189

preceptos: algunas de ellas en el art. 15, que protege la integridad física, y otras en el 18.1, como parte de lo que venimos denominando “intimidad corporal”⁵⁸¹.

Es decir, que al vulnerar el derecho a la integridad física y moral se vulneraría el derecho a la intimidad.

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha declarado que toda intervención médica compulsiva constituye una intromisión en el derecho al respeto de la vida protegida por el art. 8 del Convenio (Decisiones 8239/78 y 8278/1978 ambas de 13 de diciembre).

La segunda razón por la que el Tribunal concluía que el derecho de intimidad no había sido afectado, era la justificación de la limitación del derecho a la integridad física y moral ex art. 15 CE. Justificación que nos reconduce al conflicto entre derechos fundamentales y el bien de la vida humana, y su resolución mediante el juicio de proporcionalidad.

El conflicto originado en estas las sentencias de “huelga de hambre” es el que se produce “entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, que le impone el art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ6 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 4).

Este conflicto se proyecta tanto en relación con el derecho a la vida, como sobre los otros derechos fundamentales alegados, entre los que se encuentra el derecho de intimidad (SSTC 120/1990, 27 de junio, FJ6 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 4).

En relación con ello, la demanda de amparo se fundamentó en la infracción del art. 18.1.

⁵⁸¹ Díaz Revorio, F. Javier (1997) La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furiol Ceriol*. nº 20/21 (págs.175-186). pág. 177.

Curiosamente la demanda califica la intervención de la Administración como actuación en la esfera más íntima del sujeto al interferir “coactivamente en su actitud frente a su propia vida” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, Antecedente 5 y 137/1990, de 19 de julio, Antecedente 5); lo que significa la utilización de la concepción filosófica de intimidad como conciencia.

El Tribunal Constitucional circunscribió el objeto del recurso de amparo a la compatibilidad con los arts. 1.1, 9,2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 C.E de la resolución judicial que autorizó y obligó a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto implicaba la alimentación de los internos en contra de su voluntad (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ3 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 3).

Después de calificar la relación penitenciaria como de sujeción especial y, en su consecuencia, que entre la Administración y el recluso se establece un entramado de derechos y deberes recíprocos (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ6 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 4), el Tribunal señala como deber esencial de la Administración penitenciaria, el velar por la vida, integridad y salud de los reclusos.

En virtud de este deber se pueden imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos, dado que la vida y salud de las personas son bienes constitucionalmente consagrados (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).

Desde nuestro particular entendimiento de la relación penitenciaria que se establece entre interno y Administración, los reclusos ven limitado el ejercicio de sus derechos en virtud de la finalidad que debe cumplir la institución penitenciaria.

La finalidad de la institución penitenciaria es la reeducación y reinserción social, señaladas tanto en el artículo 25.2 CE, como en el artículo 1 LOGP, el cual añade la retención y custodia de los internos.

La Exposición de motivos de la LOGP hace solemnes declaraciones en este sentido.

En primer lugar, señala como finalidad fundamental de las penas “la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados”. Con esta finalidad resocializadora de la pena, la ley quiere significar que la persona penada no está excluida de la sociedad; sino que continúa formando parte de la misma, aunque sometida “a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”.

En segundo lugar declara que la relación que une al penado con la Administración penitenciaria es una relación jurídica con derechos y deberes recíprocos. “El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes”, con la sola excepción, “de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta”.

Por último concibe la sanción de privación de libertad “como tratamiento, esto es, como la actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”.

Ya en el texto de la LOGP, el artículo 3.4 LOGP afirma que “La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”.

Este precepto encuentra su desarrollo en el artículo 210 RP, bajo el título “Asistencia obligatoria en casos de urgencia vital”, el cual, en su número 1, exceptúa el consentimiento informado del interno cuando sea necesario imponer un tratamiento en caso de peligro inminente para la vida. En este supuesto, el tratamiento se impone en contra de la voluntad del interno; y la intervención médica será la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente. Todo ello sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

La obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos, incluso en contra de la voluntad de éstos, es consecuencia lógica del fin fundamental de la Institución. Resulta evidente que la reinserción y reeducación de los reclusos no son posibles sin la vida de éstos. La vida

constituye “el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ3).

No cabe duda que, desde nuestra concepción de intimidad como control del acceso físico a uno mismo, la asistencia médica forzosa supone el sacrificio total del derecho de intimidad. Este sacrificio se justifica, a nuestro entender, no en el principio de proporcionalidad, ni en la teoría absoluta del respeto al contenido esencial, como parece que lo hace el Tribunal, sino en los fines de la institución penitenciaria de la que forman parte los propios internos, estos fines son la reeducación y la reinserción social de los reclusos para las que es imprescindible la vida.

Según nuestro punto de vista, en este supuesto no es aplicable el principio de proporcionalidad, pues las limitaciones han obstruido el derecho totalmente y no más allá de lo razonable. Las limitaciones fueron necesarias para conseguir el fin perseguido pero no atendieron a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se hallaba aquel a quien se le impuso, pues el derecho fue sacrificado totalmente y en consecuencia no se respetó el contenido esencial.

Para los autores que sostienen que el conflicto entre derechos es sólo aparente y que se resuelve mediante la delimitación conceptual de los derechos en supuesta lucha, la intervención médica practicada en las personas de los internos en contra de su voluntad y con la finalidad de velar por la vida, integridad y salud de los internos, no atentaría contra el derecho de intimidad de los presos, pues el derecho de intimidad no contiene la facultad de utilizarla para presionar a la Administración Penitenciaria para obligarla a cambiar una decisión. La finalidad de la actitud de los presos no es la propia muerte sino la modificación de las decisiones de la Administración. Los presos no han decidido libremente su muerte, sino que ha asumido morir si la Administración no accede a sus pretensiones.

El propio Tribunal asume este razonamiento cuando refiriéndose al derecho a la vida dice que “Además, aunque se admitiese la tesis de los recurrentes, tampoco

podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7 y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5).

En este sentido, insiste Climent Durán que el huelguista actúa con “exclusivos fines reivindicativos dentro de un concreto marco penitenciario”⁵⁸².

Los votos particulares del Sr. Leguina Villa en ambas sentencias acogen el planteamiento de que “No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás”.

Observamos, por tanto, que Leguina Villa mantiene una concepción individualista de los derechos fundamentales, frente a la que cabe oponer la dimensión social y comunitaria de estos derechos. Dimensión comunitaria que impregna el espíritu y la letra de la legislación penitenciaria que regula una institución con una función social. Por otra parte decir que no están en juego bienes o valores constitucionales significa excluir de los mismos, la reeducación y la reinserción.

En este sentido, López Benítez piensa que los derechos fundamentales son al mismo tiempo garantía del individuo y de la sociedad en su conjunto. Desde esta perspectiva “los derechos fundamentales representan valores sociales, que no pueden quedar en entredicho por la autolimitación que los mismos haga el propio

⁵⁸² Climent Durán, Carlos (1990) Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. *Revista general de Derecho* nº 552 (págs.6403-6446) pág. 6446

sujeto interesado”. Si el Estado dejase morir por inanición a un preso, sufriría tanto el derecho del propio recluso como persona individual, como los derechos de la sociedad en su conjunto, “porque los derechos fundamentales forman parte de la estructura institucional del sistema, del tejido que sirve de sustrato a la propia Constitución”⁵⁸³.

El conflicto constitucional que se da entre el bien protegido de la vida y la libertad de vivir y decidir la propia muerte, tiene según Aba Catoira, una relevancia distinta, según el conflicto se sitúe en el ámbito interno de la persona o lo trascienda.

Si el conflicto se mantiene en el espacio intrapersonal, la decisión de morir no puede prohibirse ni sancionarse. Sin embargo, cuando el conflicto traspasa las fronteras de la individualidad y libertad personal, la protección de la vida pasa a ser una obligación estatal y adquiere una proyección que requiere una intervención pública.

En el caso de las relaciones jurídico-penitenciarias la vida del recluso “tiene un significado que trasciende de su individualidad como persona, pues su protección es un deber específico que obliga de forma más intensa a la Administración que respecto a los demás ciudadanos”. La intervención estatal se realiza, entonces, con la pretensión de que los que están privados de libertad, cumpliendo una condena, puedan reintegrarse un día a la sociedad⁵⁸⁴.

Como dice Cervelló Donderis, el recluso está bajo la custodia estatal, por tanto la responsabilidad de la Administración es tan manifiesta que provoca que “el respeto preferente a la libertad que se produciría en el ciudadano libre no pueda, por lo menos libre de dudas, ser trasladado a la situación del recluso huelguista”⁵⁸⁵.

⁵⁸³ López Benítez Mariano (1994) *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas. pág.422.

⁵⁸⁴ Aba Catoira, Ana (2001) *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*. Madrid. Tecnos. pág. 248.

⁵⁸⁵ Cervelló Donderis, Vicenta (1996) La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa. *Estudios penales y criminológicos*. nº XIX (págs. 49-164) págs. 137 y 138.

La misma idea es expresada por González Navarro, que no alberga ninguna duda sobre el deber que el ordenamiento impone a la Administración respecto de impedir la muerte del recluso “incluso violando su libertad”. Si la Administración no hiciese lo posible por salvar la vida de éste “respondería extracontractualmente”⁵⁸⁶.

En definitiva, y en expresión de Martínez de Pisón la Administración está obligada a procurar la asistencia sanitaria que evite la muerte de los reclusos, estos, en consecuencia “carecen de la libertad de morir”⁵⁸⁷.

2.2.3.- La Sentencia de “rayos X”.

Cerramos el recorrido por las sentencias sobre intimidad corporal en el ámbito penitenciario con la sentencia 35/1996 de 11 de marzo, llamada de los “Rayos X”

Esta sentencia no tiene como objeto el derecho de intimidad sino el derecho a la integridad física protegido el art. 15 C.E. Su presencia en nuestro estudio se debe a que en los fundamentos de derecho se enjuician los hechos conforme a la garantía constitucional de la intimidad.

Los hechos se resumen en la práctica de sesiones de rayos X aplicadas a un recluso interno como medida de registro para averiguar si ocultaba en su cuerpo sustancias prohibidas u objetos peligrosos para la seguridad del establecimiento.

Resulta incuestionable que la exploración mediante rayos X constituye una intervención corporal, en cuanto medida de investigación, según la definición anteriormente expuesta. Recordemos que estas intervenciones tienen como uno de sus denominadores comunes la ausencia de consentimiento por parte de la persona intervenida.

⁵⁸⁶ González Navarro, Francisco (1991) Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. En Martín-Retortillo, Sebastián (Coord.) *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (págs. 1053-1197) Madrid. Cívitas. pág. 1149

⁵⁸⁷ Martínez de Pisón Caverro, José (1993) op. cit. pág. 194

La falta de autorización del interesado y la presencia de coacción de estas medidas hacen, como también ya hemos visto, que los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad resulten afectados.

Desde nuestro concepto de intimidad corporal, no cabe duda que los hechos han supuesto un acceso físico inconsciente al cuerpo del interno para obtener información, con la consiguiente afectación del derecho de intimidad.

El Tribunal utiliza la intimidad en su dimensión de garantía constitucional y aunque declara que las observaciones radiológicas, como medidas de seguridad, estuvieron justificadas, reconoce la afectación de la intimidad al afirmar que el medio utilizado fue el que en menor medida podía lesionar o restringir este derecho fundamental⁵⁸⁸.

Los hechos afectaron a la intimidad, entendida ésta conforme a los propios conceptos del Tribunal. La exploración mediante rayos X supuso una intromisión en el “ámbito propio y reservado” que constituye la intimidad personal y consistió en una “indagación sobre el cuerpo, contraria a la voluntad de la persona, con el fin de obtener información” que es una conducta atentatoria contra la intimidad adjetivada de “corporal”.

La misma opinión sostiene Ríos Martín que, al referirse a estos medios de registro, afirma que “constituyen un atentado contra la intimidad de las personas”⁵⁸⁹.

En este caso el Juzgador constitucional considera que una intervención corporal con intención indagatoria no sólo no es atentatoria contra la intimidad personal sino que, además es respetuosa con la misma. Ello, creemos que es debido a que el Tribunal confunde la intimidad con el procedimiento con el que se afecta a la misma. No fue la intimidad la que fue respetada; en todo caso, lo que se respetó fue la dignidad de la persona al escoger un procedimiento cuidadoso en la práctica de la intervención personal.

⁵⁸⁸ STC 35/1996, de 11 de marzo, FFJJ 3 y 4.

⁵⁸⁹Ríos Martín, Julián Carlos y otros (2011) *Manual de ejecución penitenciaria*. Madrid. Colex.pág.376.

2.3.- Afectación del derecho de intimidad en su dimensión espacial

2.3.1.- Las sentencias de registro de celda

Dos son las sentencias, una relativamente reciente, que han tenido por objeto el enjuiciamiento de la constitucionalidad de registros de celda en relación con el derecho fundamental de intimidad; son las 89/2006 de 27 de marzo y 106/2012 de 21 de mayo.

Los supuestos de hecho de estas sentencias contemplan la intimidad en su dimensión espacial. Recordemos ahora cómo el Tribunal Constitucional ha reconocido la estrecha vinculación que existe entre la intimidad de una persona y el espacio material habitado por ella, pues este contiene cuanto en él hay de emanación de su persona física y de su esfera privada.

También hemos visto que la Psicología, al estudiar la relación de la persona con el espacio, concluye que la ocupación y control de un espacio físico por parte de su usuario obedece al patrón de conducta denominado “territorialidad humana”. Mediante la territorialidad la persona controla y personaliza un espacio y se defiende contra su invasión. La territorialidad permite regular la privacidad, y en consecuencia controlar la interacción social.

El Tribunal Constitucional parte de que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante, un “espacio apto para desarrollar vida privada” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ2).

En consecuencia, este ámbito debe ser salvaguardado para proteger una intimidad tan limitada como la que se puede dar en el interior de la prisión. “Dada la reducción de la intimidad en la prisión se hace necesario preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ2).

La preservación de un área de intimidad también es necesaria para “el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 6).

Los registros de celda están regulados en artículo 23 LOGP, que establece que los registros de los locales que ocupen los internos “se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

La anterior disposición encuentra su desarrollo en el artículo 68 RP., a tenor del cual “1. Se llevarán a cabo registros de las ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios” y “5. De los registros... se formulará parte escrito,... firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios”.

Además el artículo 93 RP establece el registro diario de celda para la modalidad de vida en departamentos especiales del régimen cerrado⁵⁹⁰.

Resulta evidente que los registros conllevan una intromisión en el espacio íntimo de una persona y, como tal intromisión, presupone la voluntad contraria de aquélla.

El registro es calificado como restricción del derecho de intimidad por el propio Tribunal Constitucional: “restricción del derecho fundamental a la intimidad que supone el registro” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 4); y “el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales supone una restricción de su derecho a la intimidad” (STC 106/2012, de 21 de mayo, FJ 3).

Desde nuestro particular punto de vista, el registro de celda no conlleva una restricción de la intimidad espacial, sino su sacrificio absoluto, pues al ámbito íntimo se accede sin el consentimiento de su titular. De esta manera el ámbito propio que es la intimidad, que se califica como reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, pierde esta reserva; en el caso del registro de celda, los demás están representados por los funcionarios de la institución penitenciaria que penetran en el espacio personal del recluso. Y especialmente en los internos sometidos a primer grado, donde el registro se produce diariamente⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Sobre el régimen cerrado recomendamos la lectura del excelente trabajo de Arribas López, Eugenio (2010) *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Madrid. Ministerio del Interior.

⁵⁹¹ Dos visiones muy contrapuestas sobre estos cacheos pueden verse en Ríos Martín Julián Carlos (1989) El artículo 10 de la LOGP, *Revista de Estudios Penitenciarios* extra nº 1 y Arribas

El interno no puede oponerse a esta intromisión en su espacio íntimo, por lo que desaparece el control que es la otra característica de la intimidad. La pérdida de este poder de control lleva asociado, asimismo, el quebranto del control de la información que a consecuencia del registro puede obtenerse respecto de la persona afectada.

Las dos sentencias estudiadas justifican la “restricción” del derecho fundamental de intimidad, que representan los registros de celda, siempre y cuando se cumplan los siguientes dos requisitos, que el registro se desarrolle conforme al principio de proporcionalidad y que tenga una finalidad penitenciaria.

El registro de celda debe efectuarse con arreglo al principio de proporcionalidad para ser considerado constitucionalmente legítimo dice la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, FJ4.

Y en la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, FFJJ 3 y 4, se establece la necesidad de la concurrencia de una finalidad penitenciaria en el registro de celda. De esta manera la pertinencia del registro no se puede justificar mediante la invocación de un “interés general”, sino que es necesario acreditar la existencia de la referida finalidad penitenciaria. Con el adjetivo “penitenciaria” se quiere expresar que la finalidad debe estar “anudada” a las finalidades de la institución penitenciaria que son “el orden y la seguridad del establecimiento”.

Por lo tanto, la justificación de una medida limitadora del derecho constitucional de un preso, en este caso la restricción de su intimidad (art. 18.1 CE) es la constatación por parte de la Administración Penitenciaria de que la medida es necesaria para velar por “el orden y la seguridad” del establecimiento en atención a la concreta situación del establecimiento o el previo comportamiento del recluso.

Todo parece indicar que el Tribunal, como en los supuestos, ya vistos, de los cacheos, aplica la teoría relativa del contenido esencial, según la cual toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, aunque

López, Eugenio (2010) *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Madrid. Ministerio del Interior.

suponga la desaparición total del derecho, como, a nuestro juicio sucede en el caso presente.

Y, también, como hemos dicho anteriormente, para los autores que defienden que los conflictos entre derechos son sólo aparentes y que se resuelven mediante la delimitación conceptual de cada uno de los derechos que parecen enfrentarse, los registros de celda practicados para garantizar el orden y la seguridad penitenciaria no atentarían contra el derecho de intimidad de los presos, pues el derecho de intimidad no contiene la facultad de utilizar el espacio íntimo, que es la celda, para esconder objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos.

Después de expuesta la doctrina sobre los requisitos que debe observar un registro de celda para que la restricción del derecho de intimidad esté justificada, el Tribunal se detiene en el procedimiento del registro.

La razón de este análisis obedece a que para el Alto Tribunal “El modo de realización de un registro puede afectar al derecho a la intimidad (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 1).

El registro de celda debe practicarse en presencia de la persona afectada, a la que además, posteriormente, se le informará del resultado del registro. Si no se observan estas pautas el registro es “desproporcionado” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

La exigencia de esta presencia del interesado durante el registro y de la posterior información al mismo del resultado del registro se debe, a juicio del Tribunal, a “la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona” (STC 106/2012, de 21 de mayo, FJ3). La intimidad resulta más afectada cuando ha sido vulnerada y el titular no conoce el alcance de la injerencia.

Es decir el Tribunal reconoce la “vulneración” de la intimidad y la “injerencia” en la misma que ocasiona el registro (STC 89/2006, de 27 de marzo, FFJJ 5 y 6) y considera que la intimidad resulta más afectada cuando ha sido vulnerada y el

titular no conoce el alcance de la “injerencia” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 6).

Nosotros, como ya hemos dicho, creemos que la práctica de un registro de celda supone la pérdida del control que la persona tiene sobre el espacio físico de su intimidad y sobre la información que el registro puede dar sobre ella. Estas circunstancias tienen como consecuencia la afectación total de la intimidad.

Así se contempla en el ámbito penal cuando se estima que las entradas y registros domiciliarios lesionan el derecho fundamental de intimidad.

La celda de un centro penitenciario no es considerada como domicilio, pero ello no significa que ambos espacios no sean recintos de intimidad para la persona que en ellos mora.

Lo esencial es que el espacio íntimo, celda o domicilio, es objeto de entrada y registro sin la aquiescencia de quien lo ocupa, circunstancia que ocasiona la lesión de la intimidad, pues como sostiene López Barja de Quiroga “no se afecta el derecho fundamental en los casos de entrada y registro con consentimiento del titular”⁵⁹².

Desde la doctrina procesalista, Cabezudo Bajo afirma que las entradas y registros domiciliarios que tienen lugar en el proceso penal constituyen intromisiones que ocasionan la violación del ámbito domiciliario y vulneran el derecho fundamental de intimidad⁵⁹³. Pues como afirma Gimeno Sendra, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio pertenece “al núcleo esencial o duro del derecho a la intimidad, reconocido por el art. 18.1 CE”⁵⁹⁴.

La presencia del afectado en la práctica del registro y el informe posterior que se le traslada, le dan la oportunidad de tener, como dice el Tribunal, “el conocimiento de la injerencia”; pero este conocimiento no le retribuye facultades

⁵⁹² López Barja de Quiroga, Jacobo (2010). *Tratado de Derecho Procesal penal*. Pamplona. Aranzadi. pág. 1190.

⁵⁹³ Cabezudo Bajo, María José (2004) *La protección del domicilio*. Valencia. Centro Francisco Tomás y Valiente. Uned. Alzira-Valencia. págs. 134,135 y 145.

Dentro de la doctrina constitucionalista recomendamos la lectura del trabajo de Matía Portilla, Francisco Javier (1997) *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid.

⁵⁹⁴ Gimeno Sendra, Vicente (2012) *Derecho Procesal Penal*. Aranzadi. pág. 450

de una intimidad que ha sido sacrificada, no recupera el control de una información sobre sí mismo que ya ha perdido.

La presencia del afectado, así como el traslado al mismo del acta del registro son garantías que se incluyen más fácilmente en el derecho fundamental a las garantías procesales declarado en el artículo 24.2 CE.

Los registros de celda son intervenciones que tienen como finalidad, garantizar la seguridad interior del establecimiento penitenciario⁵⁹⁵; y como objeto, descubrir si el interno oculta en su celda sustancias prohibidas u objetos peligrosos. La posesión de estos objetos prohibidos constituye una falta tipificada como grave en el artículo 109 f) del Reglamento Penitenciario según la redacción del RD 1201/1981, de 8 de mayo; las sanciones para esta falta se establecen en el artículo 233 del Reglamento Penitenciario.

La imposición de sanciones se ajustan al procedimiento previsto en el artículo 240 y siguientes RP, entre cuyos trámites figura como es lógico el derecho del interno a formular alegaciones y a proponer pruebas. Se deduce fácilmente que la presencia del interno en el registro y la notificación posterior al mismo del acta del registro constituyen garantías para un posible expediente sancionador.

La presencia del interno, durante el registro de su celda, refuerza la garantía de que la diligencia se realice en la forma debida y le permite conocer “de inmediato qué objetos le son retirados e incluso las razones de esta requisa”⁵⁹⁶.

Según los criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria⁵⁹⁷ “salvo supuestos excepcionales, que deberán justificarse, la presencia del interno ha de ser la norma en los registros que se realicen en su celda”. Y ello, porque es consecuencia del principio celular el que la celda es, si no el domicilio, sí el mayor

⁵⁹⁵ El artículo 68 RP regulador de los registros de celda se enmarca en la Sección 2º “Seguridad interior” del Capítulo VIII “De la seguridad de los establecimientos”.

⁵⁹⁶ Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Ciudad Real de 21-1-1991

⁵⁹⁷ Las deficiencias en su configuración, derivadas de la proclamación genérica de la Ley Penitenciaria y de la necesidad de normas procesales adecuadas para su jurisdicción, llevaron a la presentación de un proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en la VI Legislatura (BOCG, CD, Serie A, 29 de abril de 1997, nº 41-1) que terminó caducando en virtud de la aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados por causa de la disolución de las Cortes Generales (BOCG, CD, Serie D, 4 de febrero de 2000, nº 543).

reducto de intimidad del interno. La presencia del interno, además, refuerza el respeto a su dignidad (artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), permite una mínima contradicción en caso de hallazgos que pueden tener consecuencias penales o disciplinarias y contribuye a la evitación de conflictos y de denuncias infundadas contra los funcionarios”⁵⁹⁸.

Por último “proporciona garantías para un probable expediente sancionador”⁵⁹⁹.

Por todo ello, y como sostiene Cervelló Donderis, la regla general debe ser la presencia del interno y la excepción su ausencia justificada⁶⁰⁰.

El Tribunal Constitucional insiste en la mayor afectación que sufre la intimidad cuando ha sido vulnerada y el titular no conoce el alcance de la intromisión. Este desconocimiento conlleva la pérdida del “poder del control” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5) del individuo sobre el espacio físico de su intimidad y sobre la posible información acerca de sí que haya podido desvelarse. Derecho a la intimidad y “reserva de conocimiento” están íntimamente relacionados (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5 y 106/2012, de 21 de mayo, FJ 3). La persona decide qué es lo que quiere mantener en su ámbito íntimo, fuera de la injerencia ajena” sea cual sea lo contenido en ese espacio” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

Todos los anteriores razonamientos llevan al Tribunal a concluir que el registro resultó “desproporcionado” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5) pues supuso “un daño a la intimidad, innecesario para la finalidad perseguida”. El registro no superó el juicio de necesidad, “dado que para alcanzar el fin legítimo invocado, evitar el tráfico de drogas en el centro penitenciario, existiría una medida menos lesiva del derecho a la intimidad, un registro más respetuoso con la intimidad del registrado” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

⁵⁹⁸ Criterio 96 Jueces de Vigilancia Penitenciaria (2008). *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007*. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

⁵⁹⁹ Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Madrid 3 de 17-12-1999

⁶⁰⁰ Cervelló Donderis, Vicenta (2012) *Derecho penitenciario*. Valencia. Tirant lo Blanch.pág.168

Sin embargo nosotros creemos que es posible otra interpretación que fundamente la desproporcionalidad del modo en que fue realizado el registro. El registro resultó desproporcionado no por afectar más una intimidad que ya había sido totalmente sacrificada por el propio registro. El modo en que se practicó el registro fue desproporcionado, porque la ausencia del interno y su falta de información, aparte de vulnerar las garantías procesales, afectó a su dignidad como persona⁶⁰¹.

Dignidad cuyo respeto preceptúa expresamente el artículo 23 LOGP, regulador de los registros. La ausencia de información acerca del registro priva a la persona del conocimiento de la información que sobre sí mismo ha sido desvelada por la práctica del registro. Al desconocer el grado de invasión que ha sufrido en su ámbito íntimo, no es la intimidad la que padece, pues ésta ya ha sido totalmente sacrificada, lo que sufre es la dignidad humana, que es la esencia última de todos y cada uno de los derechos y libertades fundamentales. El Tribunal parece asumirlo cuando afirma que se ha producido una “devaluación de la calidad mínima de la vida humana, que posibilita no sólo el ámbito de intimidad, sino el conocimiento cabal del mismo” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5).

La sentencia 89/2006, de 27 de marzo, otorgó el amparo por vulneración del derecho de intimidad que se vio desproporcionadamente limitado no por la finalidad del registro sino por la práctica del mismo, que adoleció de la falta de información al afectado.

No tuvo el mismo contenido el fallo de la sentencia 106/2012, de 21 de mayo que, sorprendentemente, denegó el amparo, a pesar de mantener los mismos fundamentos que la sentencia de 2006, que sí lo otorgó.

Efectivamente, la sentencia 106/2012, de 21 de mayo, además de reiterar la doctrina de la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, en su fundamento jurídico 3 parte de enunciados donde establece palmariamente los requisitos constitucionales de los registros de celda:

⁶⁰¹ “La presencia del interno refuerza el respeto a su dignidad” como acabamos de ver en el Criterio 96 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2008.

1.- Para que un registro resulte constitucionalmente legítimo, debe ser conocido por el propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales.

2.- La exigencia de información sobre el registro, su contenido y resultado es necesaria dada la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona.

A pesar de la claridad de estos razonamientos la sentencia 106/2012, de 21 de mayo, considera constitucionalmente legítimo un registro de celda en ausencia de su ocupante y sin darle cuenta posterior de su resultado.

La ausencia del interno en el registro se había justificado por la Administración Penitenciaria en “evidentes razones de seguridad”. El Tribunal asume estas razones, a las que añade la circunstancia de que el interno conocía de antemano que se iba a practicar el registro, pues, dada su peligrosidad extrema, estaba cumpliendo condena en régimen cerrado; para el que el art. 93.1.2 RP establece el registro diario de las celdas.

Llama la atención que el Tribunal Constitucional haga suya una justificación formulada genéricamente en “evidentes razones de seguridad”, cuando su doctrina es clara y rotunda en el sentido de exigir una fundamentación concreta cuando se trate de limitar derechos fundamentales.

A este respecto hemos visto, como el Alto Tribunal exige para considerar constitucionalmente legítima la afectación de la intimidad, que supone la práctica de un cacheo “que sea imprescindible para el orden y seguridad del centro penitenciario dadas las circunstancias del establecimiento y la conducta previa del interno, que además deberán ser acreditados mediante la correspondiente fundamentación” (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6y 204/2000, de 24 de julio, FJ 3).

Para el supuesto concreto de registro de celda que acabamos de ver el Tribunal dice que “la justificación de una medida limitadora del derecho constitucional de un preso, en este caso la restricción de su intimidad (art. 18.1 CE) es la constatación por parte de la Administración Penitenciaria de que la medida es

necesaria para velar por “el orden y la seguridad” del establecimiento en atención a la concreta situación del establecimiento o el previo comportamiento del recluso”. (STC 89/2006, de 27 de marzo, FFJJ 3 y4).

Concreción de la situación del establecimiento y del comportamiento previo del recluso que no se encuentra en la expresión “evidentes razones de seguridad” alegada por la Administración Penitenciaria y aceptada, sin ambages, por el Tribunal.

A esta abstracta justificación de la ausencia del interno en el registro, el Tribunal añade la de que el preso era conocedor de que el registro iba a practicarse, pues su cumplimiento de condena en régimen cerrado conllevaba el registro cotidiano de su celda.

Con este razonamiento el Tribunal olvida de nuevo su doctrina, según la cual, la presencia del interno durante el registro de su celda obedece a la necesidad de que el preso conozca el alcance de la injerencia que ocasiona el registro, dada “la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona.” (STC 106/2012, de 21 de mayo, FJ3). La intimidad resulta más afectada cuando ha sido vulnerada y el titular no conoce el alcance de la injerencia. (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 6).

La circunstancia de que el preso sepa que el registro de su celda va a practicarse no le da la posibilidad de conocer el alcance y resultado del registro, conocimiento que sólo se alcanza con su presencia en el mismo.

Al mismo tiempo la ausencia del interno durante el registro vulneró las garantías procesales que le correspondían y afectó a su dignidad como persona, tal y como hemos argumentado ut supra.

Más sorprendente, si cabe, es la justificación que el Tribunal hace de la falta de información del registro practicado al interno.

Primero recuerda solemnemente, en el fundamento jurídico tercero, que para que “el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales... resulte constitucionalmente legítimo, debe ser conocido por el

propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido”.

Posteriormente en el fundamento jurídico cuarto justifica la constitucionalidad del registro practicado mediante la siguiente presunción “Del hecho mismo de no haber sido formalmente informado con posterioridad al registro pudo inferir sin dificultad la información que es constitucionalmente exigible” y también que “el hecho de que no se le diera cuenta inmediata posterior del contenido del registro y de su resultado significa necesariamente que éste fue negativo en el caso analizado y que no hubo en él, por tanto, ninguna incidencia relevante”.

Es decir toda la garantía constitucional de un derecho fundamental consiste en una presunción.

Para el Tribunal Constitucional “no haber sido informado” equivale a “haber recibido la información constitucionalmente exigible”; y de una inactividad “el hecho de que no se le diera cuenta inmediata posterior del contenido del registro y de su resultado” se deduce “necesariamente” que “el resultado del registro fue negativo y que no hubo en él incidencia relevante”.

Al interno no sólo se le privó del conocimiento de la injerencia en su ámbito privado mediante su presencia durante el registro, sino que se le colocó en la incertidumbre del desconocimiento del resultado y alcance de la práctica del registro.

La sentencia continua recordando que la comunicación a posteriori al interno del registro practicado es una exigencia constitucional ex art. 18.1 CE, que la Administración Penitenciaria no puede obviar por el hecho de que el interno conozca de antemano que el registro de su celda va a producirse.

Sin embargo parece indicar que la comunicación sólo es obligatoria si en el registro se han producido incidencias. Lo que supone modificar la propia doctrina que se acaba de exponer, para de esta manera justificar un registro que no cumplió con las exigencias constitucionales de comunicación.

A lo anterior el Tribunal añade la inseguridad que significa señalar un plazo “razonable” para comunicar la práctica de la diligencia al interno, lo que

representa un nuevo factor de indeterminación, incompatible con la garantía de un derecho fundamental.

Finaliza la sentencia con una afirmación que contradice su esfuerzo por justificar un registro irregular, pues dice que el conocimiento del registro y la previsión de su práctica diaria y rutinaria son independientes y autónomas de las limitaciones que las “incidencias” del registro producen sobre el poder de disposición del interno en su ámbito personal de intimidad.

En definitiva esta sentencia 106/2012 es una resolución peculiar pues después de recordar los requisitos que debe cumplir un registro de celda, concluye por declarar la constitucionalidad de un registro que incumple dichas condiciones y, en consecuencia deniega el amparo.

Nosotros creemos que no se puede considerar proporcionado un registro de cuyo resultado no se informa a la persona afectada y mucho menos que la ausencia de información se justifique en una presunción.

En este sentido, nos parece oportuno traer a colación los principios inspiradores del orden penal, cuya extensión al ámbito administrativo viene siendo proclamada reiteradamente “desde la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio”⁶⁰².

Como dice González García, ante la falta de regulación expresa, la actuación de los funcionarios de prisiones en los casos de registro de celda, sólo puede obtener cobertura legal acudiendo a la legislación común sobre entrada y registro en lugares públicos, que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁰³.

Según los principios, consagrados en la ley rituarial penal, tanto la presencia del interesado en el registro como la extensión del acta de esta diligencia garantizan el principio contradictorio⁶⁰⁴.

⁶⁰² Viñuales Ferreiro, Susana (2014) El procedimiento administrativo de la administración europea: de la regulación sectorial a la construcción de un régimen general (Tesis doctoral UNED) pág. 431.

⁶⁰³ González García, José María (1999). Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado: Derecho de inviolabilidad de la celda de un recurso (TS 2ª S 515/1998, de 6 de abril). *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal* 2. 184-192. pág. 191.

⁶⁰⁴ Gimeno Sendra, Vicente (2012) op. cit. pág. 460

Así es, el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su primer párrafo, preceptúa “que el registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente”; y en el párrafo cuarto del mismo precepto se regula la diligencia del acta del registro que será levantada por el Secretario judicial correspondiente y deberá ser firmada por todos los asistentes.

Esta presencia es valorada por Martín Pallín como una exigencia constitucional para garantizar “la posible contradicción desde el inicio de las actuaciones”; pues una ausencia del interesado “afecta a las posibilidades reales de ejercitar su defensa, con lo que se conculca el valor constitucional “de la interdicción de la indefensión”. El legislador, convencido de los trascendentales efectos que para la inviolabilidad del domicilio y para la inculpación del afectado se pueden derivar de la entrada y registro, “los ha querido dotar de la mayor objetividad y credibilidad posible”⁶⁰⁵.

El mismo autor, respecto de la necesidad de que todos los asistentes a la diligencia de entrada y registro firmen el acta, obliga a que su redacción se haga “sobre la marcha y en el mismo lugar que ha sido objeto de la investigación, sin que sea posible que se tomen unas notas, para después confeccionarla en las oficinas del Juzgado”⁶⁰⁶.

En conclusión, en el supuesto de hecho de la sentencia estudiada, a la afectación evidente que supone la práctica de un registro de celda, se unen, tanto el que el registro se practique diariamente, lo que supone el sufrimiento cotidiano motivado por saber que el espacio personal está siendo investigado, como la privación también cotidiana de presenciar esa intromisión en el ámbito íntimo. Si a eso añadimos un tiempo indeterminado de falta de información del resultado del registro obtenemos además del sacrificio del derecho fundamental de intimidad, la vulneración de las garantías procesales y la afectación de la dignidad de la persona.

⁶⁰⁵ Martín Pallín, José Antonio (1998) Comentario al artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (Dir.) *Enjuiciamiento criminal*. (págs. 1975-1989). Madrid. Trivium. págs. 1975 y 1988.

⁶⁰⁶ *Ibidem* pág. 1985

3.- LA INTIMIDAD RECONOCIDA. LOS ESPACIOS Y LOS ÁMBITOS DE INTIMIDAD: COMUNICACIONES GENÉRICAS, COMUNICACIONES VIS A VIS, LA CELDA Y LA INTIMIDAD FAMILIAR.

3.1.- *Introducción*

Hasta este momento hemos examinado el derecho de intimidad de las personas presas en la jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta su dimensión negativa, es decir, sus facultades de defensa y control del ámbito propio y reservado, de exclusión del mismo a terceros no deseados. Afrontamos, ahora, el estudio del derecho de intimidad deteniendo nuestra mirada en su dimensión positiva, en la intimidad como ámbito para tener, expresar, crear y desarrollar intimidad.

A este fin abordaremos aquí, con detalle, las sentencias que contemplan la intimidad como ámbito positivo, donde la persona, en este caso el interno, puede disfrutar de la misma. Esta intimidad se dibuja, por tanto, en una dimensión espacio-temporal. Puede ser un espacio permanente en el que durante unas horas al día, el recluso puede tener intimidad consigo mismo, es el caso de la celda. Pueden ser espacios no permanentes, que se habilitan con una frecuencia más o menos regular, para, durante un tiempo limitado, compartir intimidad con otras personas, es el supuesto de las comunicaciones tanto genéricas como vis a vis. Por último, el ámbito puede estar constituido por tiempos durante los cuales el recluso mantiene comunicaciones en las que desarrolla la intimidad familiar.

3.2.- *Comunicaciones genéricas*

Las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha detenido su mirada en las comunicaciones genéricas son las 73/1983, de 30 de julio; 183/1994, de 20 de junio; 197/1994, de 4 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre, y 141/1999, de 22 de julio. De su lectura se deduce la siguiente doctrina jurisprudencial:

Las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos reconocido por la legislación penitenciaria: “El art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones” (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ3)⁶⁰⁷.

Las comunicaciones del interno se incluyen en el ámbito de la intimidad personal: “Las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal -art.51.5 de la L.O.G.P⁶⁰⁸.- o bien el derecho de defensa -art. 51.2 de la misma Ley⁶⁰⁹” (STC 183/1994, de 20 de junio, FJ5), en el mismo sentido STC 197/1994, de 4 de julio, FJ Único).

El derecho de defensa se vincula aquí a las comunicaciones, pues éstas pueden ser las celebradas con los profesionales del derecho que asisten al recluso, es decir, abogados y procuradores.

El derecho al secreto de las comunicaciones es una de las concreciones del genérico derecho a la intimidad, y por tanto “la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones ex art 18.1 C.E. no constituiría sino la obligada consecuencia de la del art. 18.3 C.E. (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ1; en el mismo sentido STC 141/1999, de 22 de julio, FJ2).

El respeto máximo a la intimidad es una exigencia que se debe observar en las celebraciones de las comunicaciones de los internos: “Las comunicaciones de los internos han de celebrarse respetándose al máximo la intimidad” (STC 73/1983, de 30 de julio, FJ7; en el mismo sentido STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ3).

⁶⁰⁷ Artículo 51.1 LOGP: 1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

⁶⁰⁸ Artículo 51 LOGP.5: Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

⁶⁰⁹ Artículo 51.2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

La misma exigencia de intimidad tienen las comunicaciones con abogados defensores, abogados expresamente llamados y procuradores, y la necesidad de que esas comunicaciones se celebren en departamentos adecuados (STC 73/1983, de 30 de julio, FJ7).

De todo lo expuesto se desprende que las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos, y que dentro de las mismas se distinguen varias modalidades según la condición de los visitantes. Los visitantes pueden ser familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria (art. 51.1), abogado defensor o abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y procuradores que lo representen (art. 51.2), profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, asistentes sociales y sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente (art. 51.3).

Estas modalidades de comunicación son de muy distinta naturaleza, por ello cada una de ellas están sometidas a regímenes legales claramente diferenciados.

Se puede decir que el derecho a las comunicaciones llamadas genéricas, aquellas que se mantienen con familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, es un derecho a tener intimidad, en cuanto “poder para decidir con quien compartir determinados aspectos de la vida privada”⁶¹⁰.

Intimidad personal en el caso de los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación, e intimidad familiar en el supuesto de visitas de familiares y amigos.

Se trata de una dimensión positiva de la intimidad en cuanto posibilidad de tener o crear intimidad con otras personas. Es una configuración positiva del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que pone el acento

⁶¹⁰ Martínez Escamilla, Margarita (2000). *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*. Madrid. Tecnos. pág. 30.

no en las facultades de exclusión, sino “en el acervo de facultades de realización de su titular”⁶¹¹.

En este sentido y desde la Filosofía, Ferrater Mora apunta que aunque es común estimar que la intimidad es una forma de “transcendencia de sí mismo”, no se puede decir que la intimidad es equivalente a la pura y simple soledad, pues “el trascenderse a sí mismo” significa ligar la propia intimidad con otras, ya que uno de los sentidos más importantes del término “intimidad” es el que se refiere a la intimidad de dos o más personas. Por consiguiente, la intimidad no es, o no es sólo, subjetividad, sino intersubjetividad o cuando menos condición básica para la intersubjetividad⁶¹².

Esta dimensión positiva contrasta con la concepción constitucional de la intimidad que es negativa, pues concibe la intimidad como derecho o facultad de control y exclusión.

A este respecto dice Martínez Escamilla que el Tribunal Constitucional ha venido atribuyendo un contenido restrictivo al derecho a la intimidad personal y familiar, “configurando la intimidad como ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra conducta, para mantener una calidad mínima de la vida humana”, es decir, “se configura como una especie de “derecho de resistencia” frente a intromisiones externas, pero no como un “derecho expansivo” que incluya el de iniciar y mantener relaciones con otras personas”⁶¹³.

Como dice González Gaitano “la intimidad no existe para ser consumida en soledad, la intimidad la poseemos para ser comunicada. La intimidad es inexplicable sin la comunicación, sin el diálogo, y estos no se entienden sin intimidad desde donde se comunica o dialoga”⁶¹⁴.

⁶¹¹ Subijana Zunzunegui Ignacio José (1998) Los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nº 12 Extraordinario – Diciembre (págs. 167-186) pág.174.

⁶¹² Ferrater Mora, José (1994) *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel. págs. 1892 y ss.

⁶¹³ Martínez Escamilla, Margarita (2000) op. cit. pág. 36.

⁶¹⁴ Gaitano González, Norberto (1990). óp. cit. pág. 75

La Psicología social ha puesto de manifiesto que la intimidad se concibe como la percepción mutua de la comprensión o entendimiento, el respaldo y el cuidado. Esta percepción está muy relacionada con la auto-revelación, tanto verbal como no verbal. Las relaciones íntimas se caracterizan por estar colmadas de emociones, tanto positivas como negativas. Entre las emociones positivas se encuentran la felicidad, la seguridad y la autoestima; las cuales ayudan a regular las emociones suscitadas por otras fuentes, “como enfermedades, desempleo, y otros sucesos vitales estresantes”⁶¹⁵.

Desde la Sociología, Béjar Merino afirma que “la privacidad sería la condición para la intimidad”, para mantener unas relaciones intensas y sinceras, como el amor, la amistad y la confianza, las cuales precisan de un clima propio para el libre desenvolvimiento de las personas como seres íntegros y dignos de respeto, pues “la intimidad hace referencia a relaciones excepcionales en su intensidad, fundadas en el deseo de compartir un proyecto común en un mutuo cuidado de las personas que participan en esa relación”⁶¹⁶.

En las otras dos modalidades de comunicaciones, las que se mantienen con profesionales (art. 5.1 y 2 LOGP) , la intimidad manifestada es la personal, si bien en las comunicaciones con los profesionales de la justicia, al estar implicado el derecho de defensa, la intimidad se acentúa, al menos formalmente, con la obligación del secreto profesional de abogados y procuradores.

Para Martínez Ridaura en esta clase de comunicaciones el bien jurídico protegido, además de la libertad de las mismas, es, fundamentalmente, el derecho a la defensa, por lo que su secreto está especialmente protegido⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Javaloy Mazón, Federico y Vidal Moranta, Tomeu. (2007) Bases ambientales del comportamiento social. En Morales Domínguez, J. Francisco, Moya Morales, Miguel C., Gaviria Stewart, Elena y Cuadrado Guirado, Isabel (Coords.) *Psicología social*. (págs. 97-122). Aravaca (Madrid). McGraw-Hill. (Tercera Edición).págs. 369 y 370.

⁶¹⁶ Béjar Merino, Helena (1988) *El ámbito íntimo (Privacidad, individualismo y modernidad)*. Madrid. Alianza Editorial.pág.155

⁶¹⁷ Martínez Ridaura, María Josefa (2001) El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas. En López Guerra, Luis (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*. (págs. 185-222). Valencia. Tirant lo Blanch. pág. 217.

Martínez Alarcón matiza más la naturaleza de estas comunicaciones, calificándola de privilegiada, al estar al “servicio del derecho fundamental a la asistencia letrada y defensa técnica, y a su través, al servicio del más amplio derecho de defensa que garantiza el artículo 24 del texto constitucional”, pues el derecho a comunicar reservadamente con el abogado defensor es presupuesto del derecho de defensa⁶¹⁸.

Para la celebración de comunicaciones del interno con Abogados y Procuradores exige la ley departamentos apropiados. Para las visitas o comunicaciones con profesionales acreditados, Asistentes Sociales, y Sacerdotes o Ministros de una religión, se establece su celebración en los mismos departamentos “apropiados” que los designados para los profesionales de la justicia⁶¹⁹.

En referencia a las comunicaciones con abogados y procuradores, Serrano Maíllo sostiene que “aunque del texto puede deducirse que se refiere sólo a las comunicaciones orales, no hay obstáculo para que comunicaciones escritas puedan tener lugar en departamentos apropiados”⁶²⁰.

Aunque la exigencia de respeto máximo a la intimidad está en el párrafo segundo del primer número del artículo 51 LOGP, y por tanto hace referencia expresa a las denominadas comunicaciones genéricas, se puede extender al resto de las comunicaciones, para las que la Ley prescribe departamentos apropiados para salvaguardar la intimidad. La preservación de un espacio íntimo parece contener, intrínsecamente, la referida exigencia de respeto máximo a la intimidad.

El respeto a la intimidad de las comunicaciones y visitas de los presos se puede subsumir en la concepción de intimidad en cuanto control de la información sobre

⁶¹⁸ Martínez Alarcón, María Luz (2011) El derecho al secreto de las comunicaciones de los internos en establecimiento penitenciario con sus representantes legales. *Revista española de Derecho Constitucional* nº 92 (pág. 154).

Puede verse también más recientemente el trabajo de Chaves Padrón, Cesar (2014) “El secreto de las comunicaciones en el medio penitenciario. Especial referencia a las comunicaciones abogado cliente”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 49.

⁶¹⁹ En el ámbito de la libertad religiosa, vid. Seglers Gómez-Quintero, Alex (2007) *Prisiones y libertad religiosa*, Navarra, Thomson.

⁶²⁰ Serrano Maíllo, María Isabel (1999) El derecho a la intimidad de los internos en prisión: en la comunicación con sus Abogados. *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, 1999, Ref. XIX, pág. 399.

sí mismo. La prescripción de que ciertas visitas tengan lugar en espacios adecuados nos remite a la dimensión física de la intimidad.

Por último el secreto de las comunicaciones se configura como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad. De manera que como mantiene Martínez Escamilla el derecho a la intimidad “podría resurgir como derecho afectado cuando por alguna razón no pueda invocarse el derecho al secreto de las comunicaciones”⁶²¹.

En definitiva y con respecto a las comunicaciones llamadas genéricas el Tribunal Constitucional concibe la intimidad en su manifestación de control de información sobre la persona del interno, información que se podría obtener si fuesen accesibles para terceros las comunicaciones del recluso. Este control queda preservado no sólo por el respeto formal a las comunicaciones del interno, sino que en el caso de las comunicaciones con abogados y procuradores, la preservación del control de información se asegura mediante un ámbito físico, los departamentos apropiados. Es la dimensión espacial de la intimidad la que aquí se tiene en cuenta.

3.3.- Intimidad familiar

La sentencia 201/1997 de 25 de noviembre es la única que, en el ámbito penitenciario y hasta el momento presente, ha contemplado un supuesto de intimidad familiar.

Los hechos consistieron en la prohibición, por parte de la dirección del centro penitenciario, del uso del euskera en la comunicación telefónica semanal de un interno con sus familiares⁶²².

⁶²¹Martínez Escamilla, Margarita (2000) óp. cit.pág.28.

⁶²² Esta sentencia guarda mucho paralelismo con la STEDH Nusret Kaya y otros c Turquía de 22 de abril de 2014. En el caso concreto el recurso partió de la prohibición de hablar la lengua kurda en las comunicaciones familiares.

En la demanda de amparo se citó como vulnerado, entre otros, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE.), ya que las comunicaciones prohibidas eran en el seno de la familia

La cuestión fue si Administración Penitenciaria conculcó el derecho a la intimidad familiar reconocido y garantizado por el art. 18.1 CE.

El Tribunal, en la sentencia (FJ 5), recuerda que estas comunicaciones se regulan en el Art. 51.1 L.O.G.P, a tenor del cual “Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares”; y también que la manera de celebración de estas comunicaciones se celebrarán con el máximo respeto a la intimidad, no sufriendo más restricciones, en cuanto a las personas y al modo que las impuestas por razones de seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento”.

Asimismo el Alto Tribunal reconoce la comunicación familiar como un derecho y lo integra en el derecho a la intimidad: “El hecho de que, en este caso, se trate de "comunicación gratuita", como literalmente expone el Director del Establecimiento Penitenciario... no ha de llevar a conceder la autorización sin tener en cuenta los derechos del recluso, en este supuesto su derecho a la intimidad familiar”.

El Juzgador constitucional (FJ 6) señala que el artículo 51 LOGP ha de tener el sentido más estricto y garantista; razón por la cual, las limitaciones que contempla, por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia, nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del Establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido.

Respecto de esta doctrina jurisprudencial, se hace necesario especificar que la posibilidad de que las comunicaciones, previstas en el artículo 51 LOGP se realicen telefónicamente, se contempla en el apartado 4 del propio artículo 51, que además remite al Reglamento para concretar los casos en que pueden tener lugar y las garantías con las que se deben celebrar.

El Reglamento en su artículo 47.4 RP establece que “las comunicaciones telefónicas...se celebrarán en presencia de un funcionario”. Esta prescripción parece contradecir la exigencia ex art. 51.1 LOGP de que “Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad”, pues la presencia de un funcionario en el acto de la comunicación telefónica no deja de ser la intromisión de un tercero en la misma. Y, aunque este tercero no entienda la lengua en que se mantiene la comunicación, su presencia no deja de ser intimidatoria; primero por la mera presencia, y en segundo lugar porque puede acceder a todo el lenguaje no verbal que se expresa en la comunicación.

El reconocimiento del derecho a la intimidad familiar, lo fundamenta el Tribunal en un razonamiento muy breve: se ha concedido “la autorización sin tener en cuenta los derechos del recluso, en este supuesto su derecho a la intimidad familiar” (FJ 5).

Si tenemos en cuenta que la pretensión del interno era comunicar con su familia en su propia lengua, lo cual le fue denegado, todo parece indicar que para el Juzgador constitucional la intimidad familiar está vinculada al uso de la lengua propia.

Parece que el Tribunal Constitucional, al reconocer el derecho a la intimidad familiar, está reconociendo no la intimidad del acto de la comunicación telefónica, que reglamentariamente debe efectuarse con presencia funcionarial, sino la intimidad que reside en la utilización de la propia lengua de los que se comunican.

La propia redacción del precepto “los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua” (art. 51.1), incide en la “propia lengua” como lengua de la comunicación; es decir, la propia lengua tiene una entidad que hace que prevalezca sobre cualquier otra lengua que el interno pueda conocer.

Los hechos tuvieron lugar cuando estaba vigente el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo. En esta redacción, las comunicaciones telefónicas se regulaban en los artículos 99 y 100. Según estos artículos las comunicaciones telefónicas se podían autorizar cuando los

familiares del interno residían en localidades alejadas y no podían desplazarse para visitarle (artículo 99.1); el Director del establecimiento, previa comprobación del alejamiento de la familia, autorizaba la comunicación, que se celebraba en presencia del funcionario (art. 100.2 y 3).

Bajo esta regulación se autorizó la comunicación objeto del recurso, que en un primer momento fue concedida "para potenciar la vinculación del interno con sus allegados"(Antecedente 3), posteriormente la comunicación fue prohibida ante la voluntad del interno de hablar en euskera.

El Tribunal no hace alusión alguna a la estrecha relación que existe entre intimidad y la propia lengua, a la lengua como vehículo de intimidad.

Sin embargo, esta relación ha sido puesta de manifiesto por distintas disciplinas.

La Psicología pone de relieve cómo la lengua familiar, materna, natural o identitaria es un instrumento que informa y nos informa sobre quiénes somos, y responde a la necesidad de vinculación con el espacio más próximo, cálido y familiar, "donde uno se siente a gusto, se siente seguro y se puede mover con facilidad"⁶²³.

En su cotidianeidad y transcendencia, la persona necesita de la lengua para constituirse en individuo y en miembro del grupo y de los grupos a los que pertenece y en los que se integra; "la lengua es el símbolo más sobresaliente y más emocional de la identidad del grupo"⁶²⁴.

También desde la Sociología se reconoce esta realidad cuando se afirma que la lengua entra "a formar parte de la definición que cada individuo realiza de sí mismo, alcanzando así la esfera emotiva", el sentimiento de pertenencia a un determinado colectivo". De este modo la lengua traspasa su función

⁶²³ Esteban, Moisés; Nadal, Josep Maria, y Vila, Ignasi. (2007) El papel de la lengua en la construcción de la identidad. Un estudio cualitativo con una muestra multicultural. *Glossa. An Ambilingual Interdisciplinary Journal*. vol. 2, págs. 23-53.

⁶²⁴ Romay Martínez, José (2012) Lengua, anthropos e identidad. En Couceiro Domínguez, Enrique y Gómez Pellón (Eds.) *Sítios de la Antropología": Patrimonio, lenguaje y etnicidad: textos en homenaje a José Antonio Fernández de Rota*. Servicio de Publicaciones. pág. 181-198. Universidade da Coruña. pág. 183, 189, 191

comunicativa y se convierte en símbolo de participación “que remite al sentimiento de sentirse parte integrante de una comunidad”⁶²⁵.

Por último, y ya en el ámbito jurídico, varias voces han incidido en este aspecto.

Mediante, la lengua, dice Herrero de Miñón, el grupo se autoidentifica. La condición de “propia” es lo que hace valiosa una lengua, pues contribuye a dar el ser a la comunidad. La lengua es “un factor simbólico de integración y lo simbólico no es perceptivo, sino metaempírico”⁶²⁶.

Y Sánchez-Agosta y Prieto de Pedro utilizan expresivos símiles para referirse a la esencia de la lengua. La denominan “fluido de la libertad del alma humana” que le aporta el oxígeno sin el cual no podría respirar. Estos autores consideran que la lengua está tan íntimamente vinculada a la forma y al contenido de la expresión, que “no puede existir verdadera libertad de expresión lingüística si está prohibido servirse de la lengua elegida”. Por último inciden en que la lengua, cuando es lengua materna, cuando es la lengua natural de inserción del individuo en la comunidad, es además “una piel que regula la ósmosis de cada concreto ser humano, de cada persona con el mundo”⁶²⁷.

Por todo ello es posible concluir que la intimidad de las comunicaciones telefónicas reside en el uso de la lengua propia o familiar y no en la reserva, que se pierde por la presencia reglamentaria de un funcionario.

Con esta interpretación cobraría sentido la exégesis que del contenido esencial del derecho de intimidad hace Lorenzo Rodríguez-Armas, que identifica el rastro de lo que llama “contencial” del artículo 18.1, en la garantía reforzada de la institución de la familia⁶²⁸. El uso de la lengua familiar se integraría así en esta garantía institucional.

⁶²⁵ Lapresta Rey, Cecilio (2008) *Identidad y lengua*. Erasmus. pág. 178.

⁶²⁶ Herrero de Miñón, Miguel (1998) Addenda: Plurilingüismo, cooficialidad y lengua “propia” en el bloque de constitucionalidad. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 2 (págs.127-140) págs.133, 134, 137.

⁶²⁷ Sánchez Agosta, Luis y Prieto de Pedro, Jesús (1996) Las lenguas de España. En Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*. (págs.241-284). págs. 262, 264 y 273

⁶²⁸ Esta autora ve en el artículo 18.1 “una forma reforzada de protección del derecho ya que al comenzar con la expresión “se garantiza” se introduce una garantía que “va más allá del mero

Una circunstancia que incide en la protección de la lengua familiar como expresión de intimidad reside en el hecho de que la lengua que se pretendía utilizar era el euskera, es decir una lengua cooficial con el castellano en una Comunidad Autónoma. Esto significa que los comunicantes en principio podrían haber utilizado una lengua u otra, pero eligieron la lengua eusquérica, que al ser la familiar encontró la protección constitucional como expresión de la intimidad⁶²⁹.

4.- LA INTIMIDAD NEGADA

4.1.- Preliminar

Agrupamos bajo este título las sentencias del Tribunal Constitucional que niegan la existencia de derecho ante peticiones que contienen claras manifestaciones de la intimidad, como son las visitas denominadas íntimas y la celda individual.

4.2- Comunicaciones vis a vis

4.2.1.- Introducción

Las dos sentencias del Tribunal Constitucional que ahora vamos a estudiar son la 89/1987, de 3 de junio y la 128/2013, de 2 de julio. Estas resoluciones tienen

reconocimiento del derecho. Cabe plantearse si, al estar frente a un derecho que concierne íntimamente a la persona y a su esfera individual y familiar, se quiera relacionar con la garantía institucional de la familia". Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena (1996) *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*. Editorial Comares.pág.185.

⁶²⁹ En este sentido Subijana Zunzunegui, al comentar esta sentencia dice que "La comunicación oral y escrita del interno con terceras personas debe hacerse "en su propia lengua", lo que conlleva que el preso, cuando sea residente de una Comunidad Autónoma que ostente además del castellano otro idioma cooficial, tenga derecho a utilizar este idioma como lengua de su comunicación". Subijana Zunzunegui Ignacio José (1998) op. cit pág. 178.

como objeto respectivamente, una visita íntima y una visita familiar. Ambas visitas se incardinan en las coloquialmente denominadas “vis a vis”.

Las comunicaciones llamadas “vis a vis” son aquellas que se desarrollan sin barreras y están reguladas en el artículo 53 LOGP, que establece que “Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las vistas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida”.

Estas visitas se conceden con sujeción a lo dispuesto en el número 1, párrafo segundo, del artículo 51 LOGP, y se deben celebrar de manera que se respete al máximo la intimidad.

Además, no tienen más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento; y se conceden en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen”.

Esta disposición de la ley orgánica encuentra su desarrollo en el artículo 45 RP, intitulado. “Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia”.

Las comunicaciones íntimas se conceden una vez al mes como mínimo, previa solicitud del interno, y tienen una duración máxima de tres horas y mínima de una; a no ser que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

Las mismas condiciones rigen para las llamadas comunicaciones de familiares y allegados: previa solicitud del interesado, frecuencia mínima mensual, duración entre una y tres horas, y celebración en locales adecuados.

4.2.2.- La sentencia de la “visita íntima”

Esta sentencia 89/1987, de 3 de junio del Tribunal Constitucional, la que hemos venido a denominar de la “visita íntima”, hace tres importantes afirmaciones, acompañadas de sendas argumentaciones: en primer lugar que la sexualidad se integra en el ámbito de la intimidad; en segundo lugar que el

mantenimiento de relaciones sexuales no es contenido de ningún derecho fundamental, y en tercer lugar, que la privación de relaciones sexuales no supone restricción o limitación de derecho fundamental alguno.

Estas declaraciones merecen nuestra atención y nuestro análisis.

La afirmación de que “la sexualidad se integra en el ámbito de la intimidad” es fundamentada por el Tribunal sobre la base de los siguientes puntos:

En primer lugar, la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, destacando dicho punto al resaltar que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, siendo evidentemente uno de sus reductos más sagrados” (FJ2).

En segundo lugar que las comunicaciones íntimas son un ámbito de intimidad para las personas presas, y así, la autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para éstas un ámbito provisional de intimidad” (FJ2).

En tercer lugar, que las relaciones íntimas han de celebrarse, cuando resulten autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas, precisamente por las exigencias de lo dispuesto en el art. 18.1 C.E (FJ2).

Para el objeto de nuestro estudio tiene especial relevancia esta sentencia, por ser la primera en incluir la sexualidad en el ámbito constitucional de la intimidad. Desde este punto de vista, las comunicaciones íntimas habilitan un ámbito espacio-temporal de intimidad para las personas presas.

Por otra parte, no podemos menos que apuntar que el hecho de calificar de sagrada a la sexualidad supone utilizar un lenguaje religioso, que hoy puede resultar anacrónico para hablar de sexualidad.

La segunda afirmación de la sentencia, efectuada con rotundidad es que “el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental” (FJ 2).

De esta afirmación se sigue una conclusión igual de contundente: “su privación no supone limitación ni restricción de derecho fundamental alguno”.

Para llegar a estas aseveraciones la sentencia realiza las siguientes argumentaciones:

“Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posible. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo... el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas⁶³⁰... Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno” (FJ2).

Se hace difícil seguir esta argumentación. Parece contemplar la libertad en abstracto, distinguiendo entre la libertad en sí misma, “libertad a secas” la denomina, y los actos libres que son manifestación de la libertad.

En este sentido nos preguntamos: ¿Se puede abstraer la libertad de sus manifestaciones que son los actos libres? ¿Existe la libertad en abstracto, sin la concreción espacio-temporal de dichos actos? A nuestro juicio, la respuesta a todas estas cuestiones debe ser negativa.

De esta primera premisa: “el mantenimiento de relaciones íntimas son una manifestación más de la libertad a secas”, se sigue que las mismas no forman parte del contenido de ningún derecho fundamental: “El mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental” (FJ2).

La afirmación de que “el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental” significa que la sexualidad y su ejercicio no son objeto de protección constitucional al más alto nivel.

⁶³⁰ Esta afirmación es valorada por Martínez de Pisón, diciendo que “no tiene ni pies ni cabeza”. Martínez de Pisón, José (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, pág. 733

Sobre esta sentencia señala Martínez de Pisón que parece que el Tribunal Constitucional “tuviera miedo de afirmar que la vida sexual pertenece a lo más íntimo de la persona, para lo cual se necesita un ámbito, un espacio intocable en el que poder realizarla”; y si la vida sexual no pertenece a la intimidad ¿qué es lo que queda como propio de la intimidad?⁶³¹.

Para este autor la sentencia, además de contener unas consideraciones argumentativas poco convincentes, resulta muy preocupante “pues se produce una limitación jurisprudencial del derecho a la intimidad” y “un reduccionismo injustificado del contenido material de intimidad”. Si la declaración de que “las relaciones sexuales entre personas no pertenece al derecho a la intimidad, sino a la libertad a secas” se universaliza a todos los ciudadanos ¿qué pasaría en el supuesto de que una relación sexual mantenida en una habitación fuese captada, filmada o grabada por un tercero? ¿Qué derecho se habría violado?, ¿Se habría lesionado el derecho a la intimidad?, “¿Cabe algún tipo de protección legal ante esos hechos? la necesidad de tener unas relaciones sexuales fluidas no son tenidas en cuenta en esta argumentación”⁶³².

Esta realidad humana, tan profunda y rica en matices, no está formulada en nuestra lex suprema como derecho fundamental. Es más ningún artículo hace referencia a la sexualidad. Sólo el sexo, en su acepción de género, se menciona en el artículo 14 que prohíbe la discriminación, en el artículo 35, que prohíbe la discriminación en el ámbito laboral, y en el artículo 57, que regula la sucesión a la Corona.

Sería necesario reflexionar sobre la necesidad de incluir el derecho a la sexualidad en el catálogo de los derechos fundamentales. Por un lado su inclusión podría ser valorada como un paso más en “la huida hacia delante,

⁶³¹ Ibídem. pág. 733; y también Martínez de Pisón Cavero, José (1993) op. cit.pág.190

⁶³² Martínez de Pisón, José (1997) op. cit. pág. 734. En referencia a esta reflexión queremos dejar constancia que la grabación sonora de una visita vis a vis ya ha tenido lugar y ha sido valorada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1, en Auto 6517/2013, de fecha 10 de junio, como una medida razonada y admisible, que hace que la injerencia en el ámbito de la intimidad que representa se entienda como un “sacrificio justificado derivado de la legitimidad de este medio de investigación criminal para avanzar en tal investigación”. Esta resolución es criticada por Reviriego Picón que considera que “en modo alguno puede autorizarse una grabación de estas características”. Reviriego Picón, Fernando (2013) El derecho a la intimidad y los vis a vis en los centros penitenciarios. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 860/2013.

consistente en la generalizada proclamación formal urbi et orbe de decenas de derechos”⁶³³. Por otro, en cambio, será tener en cuenta la vocación expansiva de la ética, que como dice Ansuátegui Roig es “la que produce la expansión de los derechos y su reconocimiento”. Pues son los derechos fundamentales los que en cada momento, traducen jurídicamente las “exigencias morales más importantes” de la dignidad humana”⁶³⁴.

De este modo, el reconocimiento del derecho fundamental a la sexualidad, sería tener, en cuenta, por ejemplo, la garantía del ejercicio de la sexualidad para colectivos de personas que carecen de la libertad, la autonomía y las condiciones necesarias para ello. Pensemos en las personas con discapacidad, en las personas mayores o enfermas que viven en una institución, compartiendo habitación. ¿Cómo se preservan las condiciones necesarias para su libertad sexual?

La anterior reflexión supera con creces los límites de este trabajo; sin embargo, apuntada queda, y mientras se aborda su desarrollo, creemos que la sexualidad y su ejercicio encuentran albergue en el actual texto constitucional.

La sexualidad puede entenderse presente en “el libre desarrollo de la personalidad” (artículo 10.1 CE); en “el derecho a la vida y a la integridad física y moral” (artículo 15); en el artículo 18.1, objeto de nuestro estudio, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar; y en el derecho al acceso al desarrollo integral de la personalidad que el artículo 25.2 reconoce a los condenados a pena de prisión.

Retomando la sentencia que nos ocupa, y respecto de su afirmación de que “los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de las manifestaciones de su práctica”, se podría cuestionar lo siguiente: si las manifestaciones de la práctica de un

⁶³³ Sánchez González, Santiago (Coord.): “Dogmática y práctica de los derechos fundamentales”. Tirant lo Blanc. Valencia 2006; pág. 18

⁶³⁴Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2003) Derechos, Constitución, Democracia y libertades en la España del Antiguo Régimen. En Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, Coronas González, Santos Manuel, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Bilbao, Juan María. *Derechos y libertades en la historia* (págs.163-191) Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid.págs.175 y 178

derecho fundamental no son parte de su contenido, ¿En qué consiste éste? Para nosotros el contenido concreto de un derecho fundamental no es más ni menos que la suma de cada una de sus manifestaciones.

Los razonamientos del Tribunal son muy forzados y llevan al vaciamiento de contenido al derecho del recluso a las comunicaciones, pues como dice Martínez Escamilla, el anterior argumento “no sólo sería aplicable a la denegación de visitas íntimas, sino también a la denegación de cualquier comunicación con familiares o amigos”, pues tales comunicaciones tampoco serían, en expresión del Tribunal Constitucional, un derecho en sí mismo considerado, sino una manifestación más de la libertad, de la que el preso ha sido privado. De esta manera “la denegación arbitraria de la comunicación con un familiar o amigo no lesionaría derecho fundamental alguno”⁶³⁵.

A la misma conclusión llega Delgado del Rincón que afirma que “aunque la STC 89/1987, de 3 de junio, se haya dictado exclusivamente respecto de las comunicaciones íntimas de los presos” la argumentación utilizada podría extenderse igualmente a las comunicaciones familiares y de convivencia, “ya que éstas tampoco se conciben como un derecho en sí mismo considerado, sino tan solo como manifestaciones vitales de la libertad genérica”⁶³⁶.

La última argumentación de la sentencia estudiada es la siguiente “quienes son privados de la libertad se ven también impedidos de la práctica de las relaciones sexuales, sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno”.

La anterior aseveración se complementa con la declaración de que la autorización para una comunicación íntima, con la consiguiente restauración episódica de un ámbito provisional de intimidad, es “resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”.

⁶³⁵Martínez Escamilla, Margarita (2000) op. cit. págs. 33 y 34.

⁶³⁶ Delgado del Rincón, Luis (2006) Algunas consideraciones sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. *Teoría y realidad constitucional* nº 18.pág. 218.

El Tribunal parece contradecirse. Comenzaba su fundamentación diciendo que “la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados”. Lo que puede interpretarse en el sentido de que las relaciones sexuales, como manifestación de la sexualidad, se integran en la intimidad y por lo tanto son objeto o contenido de este derecho fundamental; y en consecuencia su privación es una limitación y una restricción de la sexualidad y por ende del derecho fundamental⁶³⁷.

Después de alabar que el legislador haya autorizado las comunicaciones íntimas y de volver a recordar que no son objeto de derecho fundamental alguno, la sentencia se dedica a reflexionar sobre la sexualidad humana.

Y lo hace partiendo de la reflexión de que “es, sin duda, plausible, concorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el art. 25.2 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 sus familiares o allegados íntimos”.

A lo que añadirá que “la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinentes, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal”

De igual forma que la imposibilidad de mantener relaciones sexuales no conduce a que ello suponga “la sumisión a un trato inhumano o degradante”.

⁶³⁷ La Asociación Mundial de Sexología en el XIV Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong en 1999, aprobó la Declaración de los derechos sexuales, en la que se puede leer que “La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor...El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico”. Asociación Mundial de Sexología (2011) Declaración de los derechos sexuales. *Cuadernos de Pedagogía* 414 22-23 pág. 23

Y concluye el Alto Tribunal con la afirmación de que “la privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual”⁶³⁸.

La atenta lectura de las anteriores declaraciones nos sugiere, una vez más, la reflexión de que la sexualidad humana es una realidad profunda, rica y llena de matices, y, como tal, objeto de estudio por parte de distintas ciencias y disciplinas. En este sentido Marina llama sexualidad al universo simbólico construido sobre la realidad biológica del sexo, que es “una complicada mezcla de estructuras fisiológicas, conductas, experiencias, sentimentalizaciones, interpretaciones, formas sociales, juegos de poder”⁶³⁹.

De modo que el jurista no puede acercarse a un fenómeno de tal naturaleza desde sus creencias personales y desde la mera intuición, antes al contrario, debe de hacer el esfuerzo de estudiar la realidad con la objetividad que le proporciona el método científico desarrollado por las ciencias especializadas. Una vez realizada esta tarea, podrá dar una respuesta jurídica adecuada⁶⁴⁰.

Desde la Psicología, Carcedo González recuerda como cuestión pacífica que la sexualidad es una de las necesidades básicas del ser humano, la cual ha de ser resuelta si se quiere conseguir un buen estado de satisfacción personal. Tener una buena salud general conlleva tener una buena salud sexual. La afectividad y la sexualidad nos hacen relacionarnos con otros, aumentan nuestra autoestima, nos permiten dar y recibir placer; todo ello coadyuva a nuestro bienestar y a nuestra salud, tanto física como psíquica⁶⁴¹.

⁶³⁸ STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2

⁶³⁹ Marina, José Antonio (2002) *El rompecabezas de la sexualidad*. Barcelona. Anagrama. pág. 31.

⁶⁴⁰ En este sentido véase Muñoz Sabaté, Luis (1976) *Sexualidad y derecho*. Barcelona. Hispano-europea.

⁶⁴¹ Carcedo González, Rodrigo J. (2004) El estudio de la sexualidad de los varones en prisión. En Pérez Álvarez. *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*. (págs.297-322). Universidad de Salamanca. pág. 297.

Como dice Caffara, la sexualidad es una dimensión de la persona que le hace capaz de salir de sí “hasta la suprema realización de este éxodo de sí” que es el don de sí mismo al otro, el cual crea comunión⁶⁴².

Desde un punto de vista antropológico⁶⁴³, el cuerpo y la sexualidad son expresión de la viva totalidad del ser, que más allá de lo puramente biológico, se insertan en el horizonte de la libertad humana.

Visto lo anterior, se puede afirmar que, quizás unas líneas de un fundamento jurídico de una sentencia constitucional no sean el lugar más adecuado para concluir, tan rotundamente, sobre un tema de tal complejidad como la sexualidad humana.

Lo que sí es competencia y objeto del Derecho, ante la declaración de que la comunicación íntima no es un derecho fundamental, es determinar la naturaleza de las comunicaciones y visitas contempladas en el título VIII LOGP.

García Valdés, al poco de aprobarse el texto constitucional, sostenía que una correcta interpretación del artículo 53 lleva a considerar su contenido como la expresión de un derecho limitado de los internos, pues “sistemáticamente no puede entenderse como mera recompensa o beneficio penitenciario” los cuales sólo se contienen en el artículo 46 “único que conforma el Capítulo V de la Ley, a tal extremo dedicado”⁶⁴⁴.

Garrido Guzmán decía, meses antes de que se fallara la sentencia que nos ocupa, que aunque la doctrina es unánime en considerar estos contactos exteriores como un derecho de los internos “se echa en falta que la LOGP no contenga un precepto donde se recoja sistemática y ordenadamente el status jurídico de los reclusos”⁶⁴⁵.

⁶⁴² Caffarra, Carlo (1987) *La sexualidad humana*. Madrid. Encuentro. pág. 29

⁶⁴³ Madrigal Terrazas, Santiago (2008) Introducción. En Torre, Javier de la (Ed.) (2008) *Sexo, sexualidad y bioética*. Madrid. Comillas (17-20) pág.18

⁶⁴⁴ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid. Cívitas.pág.179

⁶⁴⁵ Garrido Guzmán, Luis (1986). Comunicaciones y visitas. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) *Comentarios a la legislación penal*. Tomo VI vol. 2 Madrid Edersa (págs.739-756) págs. 742 y 743.

Creemos que esta laguna ha sido colmada claramente por la redacción del vigente Reglamento Penitenciario que en su artículo 4.2 e) declara que entre los derechos de los internos se cuenta el “derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación”.

La jurisprudencia constitucional, como acabamos de ver, ya ha reconocido las comunicaciones como derecho. Así la sentencia 200/1997, de 24 de noviembre, FJ3, dice expresamente que “el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones”. En el mismo sentido la sentencia 201/1997, de 25 de noviembre, FJ5, (sentencia de la intimidad familiar, que acabamos de estudiar, donde se debatía sobre una comunicación telefónica), donde se habla de “tener en cuenta los derechos del recluso, en este supuesto su derecho a la intimidad familiar”.

Aún antes de la vigente redacción reglamentaria, la interpretación sistemática y teleológica de la legislación penitenciaria, así como de los principios que la inspiran, permitían concluir que las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos.

Así se desprende tanto del artículo 25, 2º CE que reconoce el goce de los derechos, como del artículo 3 de la LOGP, que señala el respeto de los derechos de los reclusos como principio de la actividad penitenciaria y señala que “los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales”.

Ya de manera expresa el capítulo VIII de la LOGP titulado “Comunicaciones y visitas” llega a formular como derecho el de todo interno “a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo” (art. 52.3).

De todo ello se deduce que, tanto los principios generales de nuestro sistema penitenciario, como los preceptos legales transcritos, permiten hablar de un derecho de los internos a mantener contactos con el exterior, a través de comunicaciones y visitas en los establecimientos penitenciarios con sus familiares, amigos y profesionales.

En relación con la visita íntima y su naturaleza jurídica se puede mantener con Garrido Guzmán que “se trata de un derecho del recluso que puede ejercitar para satisfacer sus necesidades sexuales y afectivas”⁶⁴⁶.

Para Duque Villanueva la doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada en la Sentencia 89/1987, de 3 de junio, contrasta con la jurisprudencia del TEDH y de la CEDH, que incluyen en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, las visitas y las relaciones de las personas privadas de libertad con sus familiares⁶⁴⁷.

Ridaura Martínez, por su parte, señala que la LOGP contempla las visitas íntimas como una consecuencia de la previsión constitucional del art. 25.2 y, más concretamente, como una manifestación o exigencia del desarrollo integral de la personalidad. Para la LOGP la naturaleza jurídica de la visita íntima es la de un derecho de los internos, “aunque condicionado por la relación penitenciaria, pero, en todo caso, un derecho. Y ello a pesar de la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional en este punto”⁶⁴⁸.

González Navarro se inclina “tanto desde el punto de vista teórico, como desde el legal español, en favor de considerar que estamos en presencia de un verdadero derecho del interno”, porque el recluso tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad y “parece que dentro de ese desarrollo integral hay que situar, entre otras muchas cosas, el desarrollo de una vida sexual plena”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶Garrido Guzmán, Luis (1986) op. cit. págs. 742 y 743.

⁶⁴⁷ En este sentido dice Duque Villanueva que “Así, el TEDH si bien tiene declarado que, respecto de las obligaciones que el art. 8 del CEDH impone a los Estados contratantes en relación con las visitas en las prisiones, hay que tener en cuenta las normales y razonables exigencias de la reclusión y la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia, reconoce que la situación especial de un preso puede suscitar en el ámbito del art. CEDH una pretensión defendible en relación con las visitas y aboga por aplicar a los reclusos un régimen uniforme, evitando cualquier apariencia de una medida arbitraria o discriminatoria (sentencia de 27 de abril de 1988 –caso Boyle y Rice-)” y “En el mismo sentido, la CEDH entiende que el derecho al respeto de la vida privada de los presos implica el mantenimiento de contactos con el mundo exterior de cara a su integración en la sociedad (D 9054/80 (RU) 8 de octubre de 1982)”. Duque Villanueva, Juan Carlos (1996). El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario. En López Ortega Juan José (Dir.) *Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. págs. 128 y 129.

⁶⁴⁸ Ridaura Martínez, María Josefa (2001) op. cit. pág. 206.

⁶⁴⁹ González Navarro, Francisco (1991) op. cit. pág. 1153.

En el otro extremo se sitúa Medina Guerrero, para el que el derecho a tener comunicaciones íntimas no forma parte del contenido de los derechos fundamentales con los que se relacionan en cada caso. Sino que es una facultad creada por el legislador; algo así como un derecho suplementario “que, si bien relacionado con el bien jurídico incorporado en el derecho fundamental de que se trate”, no mantiene una conexión directa y necesaria con el mismo, por lo que no puede estimarse integrante “del ámbito protegido por la Constitución”⁶⁵⁰.

Cuestión distinta es la ausencia de referencia expresa en la legislación penitenciaria, a la sexualidad de los presos, su ejercicio y eventual derecho al mismo, aunque el debate sobre este asunto es antiguo.

Como recuerda Reviriego Picón las comunicaciones de carácter íntimo fue una cuestión que estuvo muy presente durante la propia tramitación del texto constitucional. El ejercicio de la sexualidad como derecho del recluso se pretendió incluir en el contenido del que terminaría siendo artículo 25, y en última instancia, aquella referencia se terminó difuminando en la más amplia reseña al desarrollo integral de la personalidad⁶⁵¹.

Así fue, el ejercicio de la sexualidad por parte de las personas presas fue objeto de una enmienda, la número 64, al entonces artículo 24, precedente del actual artículo 25, en el proyecto de Constitución (Ponencia) en el seno de la Comisión de Asuntos constitucionales y libertades públicas.

La enmienda fue propuesta por el diputado Letamendía Belzunce y consistía en añadir a “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de todos los derechos fundamentales garantizados en este capítulo”, el siguiente texto “especialmente los de acceso a la cultura y ejercicio de la sexualidad”.

Se fundamentaba la enmienda en el hecho de que el acceso a la cultura estaba reconocido como tal derecho en dicho capítulo pero no así el ejercicio libre de la

⁶⁵⁰ Medina Guerrero, Manuel (1996) *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill. pág. 37.

⁶⁵¹ Reviriego Picón, Fernando (2008). *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Universitas. pág. 87 (con nota de Diario de Sesiones del Senado, nº 44, de 25 de agosto de 1978, págs. 3.476 y ss.).

sexualidad: “la no inclusión de esta expresión significa, ni más ni menos, que la continuación de la situación a la que se ve sometido el preso en los establecimientos penitenciarios: el hecho de no poder realizar una sexualidad normal”.

En apoyo de su enmienda alegaba que el principio del desarrollo de la libre sexualidad había sido recogido en el dictamen emitido por la Comisión Especial de investigación sobre la situación de establecimientos penitenciarios y aprobado por tal comisión. El Dictamen contemplaba este derecho a la sexualidad, señalando que “la privación de libertad del individuo no implica necesariamente la prohibición de libre ejercicio y desarrollo de libertad de sexualidad, por lo que, en el caso del régimen cerrado o de prisión, se cuidará de que los reclusos puedan mantener periódicas relaciones sexuales”⁶⁵².

La expresión que finalmente se adoptó fue la conocida de “desarrollo integral de su personalidad”, fórmula genérica pero en la que según Garrido Guzmán, cabe la inclusión del derecho de los mismos a mantener relaciones sexuales; derecho “asumido por nuestro Estado de Derecho que ha optado por la tarea de procurar en sus establecimientos penitenciarios la resocialización de los reclusos”⁶⁵³.

También Martínez de Pisón considera que el desarrollo de una vida sexual es un derecho pleno del interno, derivado del derecho que ostenta a desarrollar su vida integralmente, según especificación del artículo 25.2 CE⁶⁵⁴

Otro argumento para considerar las comunicaciones y visitas como contenido de derecho fundamental es la importancia que revisten para la reinserción y resocialización de los internos.

En este sentido el Reglamento penitenciario dice en su artículo 4.2 e) que los internos tendrán derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación; y en el Artículo 110 c) señala como elemento del tratamiento para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la

⁶⁵² Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1978. Nº 71 de 22 de mayo de 1978

⁶⁵³Garrido Guzmán, Luis (1986). La visita íntima. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) *Comentarios a la legislación penal* (págs. 783-801). Madrid. Edersa págs. 792 y 793.

⁶⁵⁴ Martínez de Pisón Cavero, José (1993) op. cit. pág. 189

potenciación y facilitación de los “contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción”.

La incidencia positiva que en la reinserción supone el mantenimiento de una buena vida interpersonal y sexual, durante el tiempo en prisión, ha sido puesta de manifiesto, de forma clara, por estudios psicológicos con amplios trabajos de campo⁶⁵⁵.

Tampoco debemos olvidar que cuando una persona presa mantiene una relación afectivo-sexual con otra persona que está en libertad, la privación de libertad no afecta sólo a la vida sexual del interno, sino también a la de su pareja. A este respecto García Valdés llama la atención sobre el problema sexual que al cónyuge que permanece en libertad, crea la ausencia del marido o de la mujer⁶⁵⁶. Y Mapelli Caffarena señala las repercusiones negativas que la falta de normalidad en los contactos conlleva para las relaciones con el cónyuge en libertad⁶⁵⁷.

La propia denominación de las visitas como “íntimas” nos puede llevar a deducir que el legislador ha querido incluir el mantenimiento de relaciones sexuales como contenido del derecho fundamental a la intimidad.

En la legislación penitenciaria, Título VIII de la LOGP, hemos visto cómo el principio de máximo respeto a la intimidad rige en todas las clases de comunicaciones; sin embargo, cuando regula las visitas de familiares y allegados íntimos a aquellos internos que no pueden obtener permisos de salida, art. 53 LOGP, de entre todas las clases de estas visitas, sólo adjetiva de “íntimas”

⁶⁵⁵ Carcedo González, Rodrigo J., López Sánchez, Félix, Orgaz Baz, María Begoña y Fernández Rouco, Noelia (2007) Incidencia de la vida en prisión sobre las necesidades sociales, emocionales y sexuales de los presos, su salud psicológica y reinserción. En Carcedo González, Rodrigo J. y Reviriego Picón, Fernando (Eds.) *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*. Salamanca. Amaru (págs.55-78) pág. 76.

⁶⁵⁶ García Valdés, Alberto (1980) Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones. *Cuadernos de política criminal 11* (págs. 89-102) pág. 94.

⁶⁵⁷ Mapelli Caffarena, Borja (1983) *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona. Bosch. pág. 208

aquellas que propician las relaciones sexuales, denominando a las otras dos como “visitas familiares” y “visitas de convivencia” respectivamente (art. 45 RP).

Parece claro que el posible contenido sexual de una comunicación se incluye en el mayor grado de intimidad posible⁶⁵⁸. Por tanto, si las comunicaciones son un derecho de los internos, que habilita para éste un espacio y un tiempo reservados frente a la acción y conocimiento de los demás, se puede sostener que las comunicaciones son ejercicio del derecho fundamental de intimidad, y dentro de ellas las visitas de contenido sexual, la máxima expresión de este derecho. .

Garrido Guzmán mantiene esta misma opinión, cuando dice que la elección del término visita íntima no es caprichosa y es el más omnicomprendido de todos, puesto que “la esencia de este tipo de contactos del recluso con el exterior descansa en la intimidad de la relación”. Por otra parte, la denominación “visita íntima” permite la inclusión en este tipo de comunicaciones tanto los contactos conyugales como los extraconyugales, “solución que parece más acorde con los principios de la moral sexual dominante en nuestros días”⁶⁵⁹.

La sentencia continúa con una peculiar visión del derecho de intimidad. Dice que “Lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres” (FJ2). Al glosar esta afirmación, se pregunta Martínez de Pisón: Pues, entonces, ¿qué protege?⁶⁶⁰.

Este razonamiento recuerda al efectuado anteriormente respecto de la libertad y sus manifestaciones; se dice que “el derecho protege la intimidad misma no las acciones íntimas de los hombres”. Se distingue así la intimidad de las acciones íntimas. ¿Es que existe la intimidad en abstracto? ¿Existe la intimidad sin las

⁶⁵⁸ En este sentido dice Nistal Burón que “Por razones obvias, siendo uno de los principios básicos de las comunicaciones y visitas de los internos, como hemos apuntado, el respeto a la intimidad de los comunicantes, este principio adquiere especial carta de naturaleza en este tipo de comunicaciones -visitas íntimas vis a vis - en las que los comunicantes pueden mantener relaciones sexuales, que requieren quedar amparadas por un mayor respeto, si cabe, a esa intimidad”. Nistal Burón, Javier (2013) La intervención de las comunicaciones penitenciarias íntimas “vis a vis”. La posible afectación de la intimidad relativa a las relaciones sexuales de los reclusos. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1 (págs.83-91)

⁶⁵⁹Garrido Guzmán, Luis (1986). La visita íntima...op. cit. págs. 784, 792 y 793.

⁶⁶⁰ Martínez de Pisón Caverro, José (1993) op. cit. pág. 192.

acciones íntimas que son su manifestación? ¿No sería más correcto haber dicho “el Derecho protege la intimidad de las acciones privadas e íntimas de los hombres”? Otra vez nos parece un razonamiento abstracto que conduce al vaciamiento de sentido del derecho a intimidad, al abstraerla de sus facultades que son su expresión en la realidad espacio-temporal.

En este sentido tanto Aba Catoira como Medina Guerrero consideran que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y como tales su ejercicio consiste en actuar las facultades o poderes que lo integran.⁶⁶¹ El contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental son esos concretos poderes y facultades “en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental”⁶⁶².

Por último el Alto Tribunal hace la siguiente declaración: La privación temporal de relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad porque es una medida que no la reduce más allá de lo que la ordenada en prisión requiere.

A esta conclusión llega el Juzgador constitucional, aplicando el siguiente silogismo:

Premisa mayor: “Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere”; es decir que las medidas que reduzcan la intimidad más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere pueden considerarse ilegítimas como violación de la intimidad.

Premisa menor: “Pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad”; o lo que es lo mismo, que la privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no reducen la intimidad más de lo que la ordenada vida en prisión requiere.

⁶⁶¹Aba Catoira, Ana (2001) op. cit. págs. 26, 27 y 28.

⁶⁶² Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. pág. 11.

Conclusión: “La restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad pues es una medida que no la reduce más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere”; es decir que la privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad.

Este razonamiento es de difícil comprensión dado como utiliza el argumento de la ordenada vida en prisión.

La ordenada vida en prisión se utiliza en la jurisprudencia constitucional como límite a la reducción de la intimidad. Es decir que la intimidad no se puede reducir más allá de lo que requiere una ordenada vida en prisión⁶⁶³ (sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ5).

Como dice la sentencia 57/1994, de 28 de febrero, FJ 8 “ha de declararse que las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal. Lo que ha de conducir, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado”. En el mismo sentido SSTC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 3 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

Sin embargo aquí se utiliza para negar la celebración de visitas íntimas y en consecuencia la posibilidad de mantener relaciones sexuales. Esta negación es un límite a la intimidad pues las relaciones sexuales son expresión de la máxima intimidad, y, como tal negación supone la consiguiente reducción de la intimidad.

Para Martínez de Pisón la sentencia “hace peligrar” el mismo concepto de intimidad, pues de sus razonamientos se desprende no ya que el desarrollo de una vida sexual pertenece al ámbito de la intimidad, sino que “ni siquiera es una condición para el pleno ejercicio de la integridad moral del individuo”⁶⁶⁴.

⁶⁶³ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ5

⁶⁶⁴ Martínez de Pisón Cavero, José (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Cívitas. pág.190.

La fundamentación de la negación de visitas íntimas no puede consistir en “que su privación no reduce la intimidad más allá de lo que la ordenada en prisión requiere”; sino, en todo caso, en aras de una ordenada vida en prisión; es decir, que la celebración de visitas íntimas pusiera en peligro el orden, la seguridad del establecimiento o el tratamiento; pues salvo fundamentación en contrario las comunicaciones íntimas no tienen por qué incidir en el orden de la prisión.

La sentencia es muy antigua, hoy día seguramente utilizaría el principio de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de la limitación del derecho de intimidad de los presos que supone la restricción de relaciones sexuales.

Como hemos visto, este principio significa que la limitación será proporcionada y por tanto constitucional si se adecua a las finalidades penitenciarias que son la garantía de la seguridad, el interés de tratamiento y el buen orden y funcionamiento del centro penitenciario. Además la limitación no podrá ir más allá de lo estrictamente necesario (STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 5).

Por tanto la negación de las visitas íntimas hubiera exigido su proporcionalidad, es decir su adecuación a las finalidades penitenciarias de garantía de la seguridad, el interés de tratamiento y el buen orden y funcionamiento del centro penitenciario.

Además el Alto Tribunal, y en aras a la constatación del cumplimiento del principio de proporcionalidad, debería haber revisado la motivación de la medida limitadora del derecho fundamental de intimidad que supuso la negación de visitas íntimas. Es decir el por qué se adoptó la medida, la especificación de cuál de las tres finalidades legalmente previstas - seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- se persiguió con la adopción de la medida y la explicación de las circunstancias concretas del caso y del recluso que permitieron concluir que la intervención resultase adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida. (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).

En definitiva, aunque la sentencia 89/1987, de 3 de junio, niega que las comunicaciones íntimas sean contenido del derecho fundamental de intimidad para el recluso, utiliza el concepto de intimidad en varias dimensiones. Primero, en la dimensión espacial, pues afirma que la autorización para la comunicación

íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad. Segundo, en la dimensión personal, en cuanto las visitas íntimas permiten al recluso la expresión de su sexualidad. En tercer lugar también está presente la intimidad familiar, aquélla compartida con las personas con las que está vinculado, que para las comunicaciones especiales, según establece la legislación penitenciaria, art. 53.LOGP, no sólo pueden ser familiares sino “allegados íntimos”.

4.2.3.- La sentencia de “visita familiar”

El supuesto de hecho abordado en la sentencia que ahora analizamos, consistió en la denegación de una comunicación vis a vis con primos del interno, porque en la solitud previa de visita hecha por éste, dichos parientes deberían haberse incluido en la categoría de allegados íntimos y no en la de familiares.

La denegación traía causa en la decisión tomada por la dirección del centro penitenciario, de limitar el acceso incondicionado a los parientes dentro del segundo grado, por el gran número de personas que cabía incluir en el concepto de parientes.

Estos parientes, los de parentesco más lejano que el segundo grado, no resultaban excluidos del régimen de visitas. Su visita no podía ser como familiares sino como allegados íntimos con la correspondiente comprobación de su condición.

La distinción entre familiares y allegados fue tomada por la Administración Penitenciaria a los efectos de garantizar el orden y buen funcionamiento del centro, dado el gran número de visitas.

La sentencia, al enjuiciar constitucionalmente las comunicaciones íntimas de los presos, y a pesar de haber transcurrido más de veinticinco, reitera la fundamentación argüida en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, que acabamos de ver.

Sin embargo, se comprueba una evolución de la doctrina constitucional respecto de dicha sentencia. Si en aquella la autorización para la comunicación íntima era el resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad; en ésta se consideran las comunicaciones un derecho que la legislación penitenciaria reconoce al interno: “Ahora bien, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas” (FJ 4).

Y deja bien claro que la naturaleza jurídica de este derecho es la de fundamental al aplicar a su limitación, el principio de proporcionalidad. Así es en el fundamento jurídico 5, entra a valorar la adecuación de la limitación de las comunicaciones al principio de proporcionalidad y llega a la conclusión de que la limitación se acomodó al principio de proporcionalidad en cuanto, primero, se adecuó al fin perseguido de garantizar la seguridad y buen funcionamiento del centro penitenciario, y, segundo, la restricción no se extendió más allá de lo estrictamente preciso.

El orden y el buen funcionamiento constituyen finalidades penitenciarias que fueron consideradas proporcionadas por el Tribunal que también consideró la proporcionalidad de la restricción del derecho de visitas que no fue total sino parcial, pues como hemos visto el interno no fue privado de las visitas de sus allegados íntimos sino que el régimen de sus comunicaciones fue sometido a un régimen razonable.

4.3.- La celda como ámbito íntimo. El Principio celular

Anteriormente, en el apartado correspondiente, hemos estudiado dos sentencias sobre registro de celda desde el punto de vista de la intimidad afectada. Ahora volvemos a traer la primera de éstas, la 89/2006 de 27 de marzo, junto con la sentencia 195/1995 de 19 de diciembre, “del principio celular”, por entender que, aunque ambas reconocen la celda como ámbito de intimidad, la última niega el derecho a este espacio íntimo.

La sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, conocida como “del principio celular”, hace en su fundamento jurídico 3, dos rotundas afirmaciones.

La primera es que un interno en un establecimiento penitenciario no ostenta ningún derecho a una celda individual: “los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual”.

La segunda que “tal derecho tampoco puede extraerse directamente del art. 18.1 de la Constitución”.

La primera afirmación “un interno en un establecimiento penitenciario no ostenta ningún derecho a una celda individual”, se fundamenta en la legislación penitenciaria. En concreto el Alto Tribunal trae a colación el artículo 19.1 LOGP y el art. 15 RP. El tenor de estos artículos es el siguiente:

El artículo 19.1 LOGP establece que “Todos los internos se alojarán en celdas individuales”; y prevé que para el caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, “se podrá recurrir a dependencias colectivas”. En estos últimos casos, “los internos serán seleccionados adecuadamente”.

Por su parte, el artículo 15 RP, en su redacción del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, decía que “los internos ocuparán habitación o celda individual en el departamento a que sean destinados, previa la clasificación que efectúen los equipos de observación o de tratamiento”.

La interpretación que el Juzgador constitucional hace de los artículos transcritos es que “si bien es cierto que tanto el art. 19.1 L.O.G.P. como el art. 15 Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones”.

La segunda afirmación, la de que el derecho a una celda individual “tampoco puede extraerse directamente del art. 18.1 de la Constitución”, la enlaza el Alto Tribunal con la reflexión de que “una de las consecuencias más dolorosas de la

privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren”, y por consiguiente “sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera”, y a juicio del Tribunal, este requisito no concurre en el supuesto enjuiciado, pues, “como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas”.

Con estas dos argumentaciones, a nuestro juicio escasamente fundamentadas y abiertas a la crítica., se niega la existencia de un derecho subjetivo a la celda individual.

Por un lado se apoya frágilmente en una excepción, la que establece el artículo 19.1 LOGP al principio celular; que consiste, como hemos visto, en circunstancias tan coyunturales como la insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, como la indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento.

Por otro lado hace el siguiente razonamiento incompleto. Primero, parte de la constatación del hecho de la grave reducción de la intimidad de los internos en prisión; segundo, enuncia el principio de que el orden de la vida en prisión es el límite de la reducción de la intimidad; tercero, concluye en que, dado que la legislación penitenciaria contempla una excepción al principio celular, esto significa que la intimidad no se reduce.

El razonamiento adolece de la ilación entre la excepción al principio celular y la ordenada vida en prisión. Es decir no se contesta la siguiente pregunta ¿Por qué la posibilidad excepcional de compartir celdas coadyuva al orden en prisión?

La posibilidad de convivencia de varios internos en una celda es una excepción que no puede fundamentar la afectación del derecho a la intimidad. Si el propio tribunal reconoce la reducción de la intimidad de los presos como una consecuencia dolorosa de la vida en prisión ¿cómo puede reducirla aún más con tan frágil argumentación?

Son varios los autores que han criticado esta sentencia.

Reviriego Picón encuentra “un tanto cicatera la argumentación del Tribunal cuando señala que no puede considerarse una vulneración de la intimidad del recluso sobre la base de que la reclusión afecta per se de forma indudable a la intimidad, y que la ley penitenciaria establece excepciones al principio celular”. Y aunque considera que ello permite negar la existencia de un derecho subjetivo al alojamiento en una celda individual, no entiende que “pueda despacharse con tanta facilidad la importante afección a la intimidad del interno que ello conlleva, y que no parece ser consecuencia ineludible de la reclusión”⁶⁶⁵.

Duque Villanueva considera que el Tribunal Constitucional no ha dado una respuesta explícita al planteamiento frontal que se hacía en la demanda de amparo; se limitó “a desestimar la denunciada lesión del derecho a la intimidad personal mediante un razonamiento, cuanto menos, discutible y que parece eludir un pronunciamiento expreso sobre el tema”. Sigue este autor considerando discutible la afirmación de que del art. 19 de la LOGP, “todos los internos se alojarán en celdas individuales”, no se deriva derecho alguno para los reclusos “sin perjuicio de las excepciones que a la regla general se establecen expresamente en el propio precepto”⁶⁶⁶.

Como hemos visto la legislación penitenciaria formula el principio como un mandato. “Todos los internos se alojarán en celdas individuales”, reza el art. 19.1 LOGP, y es en el vigente Reglamento Penitenciario donde ya se le denomina expresamente como “principio celular”, intitulando así el artículo 13.1, que dispone, con cierta solemnidad, que “el sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda”.

Las excepciones a este principio se señalan de forma taxativa en el artículo 19.1 LOGP y son exclusivamente la insuficiencia temporal de alojamiento y la prescripción bien del médico, bien de los equipos de observación y tratamiento. Además el artículo exige para estas excepciones la selección adecuada de los internos.

⁶⁶⁵ Reviriego Picón, Fernando (2008) op. cit. págs. 74, 75 y 77.

⁶⁶⁶ Duque Villanueva, Juan Carlos (1996).op. cit.págs.120-122.

El artículo 13 RP matiza más el principio celular, en primer lugar acepta que en una celda se pueda autorizar el alojamiento de más de una persona, siempre que las dimensiones y condiciones de habitabilidad lo permitan, y añade dos condiciones, la preservación de la intimidad y la petición expresa del interno de compartir celda. Además la autorización se supedita a que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que desaconsejen el compartir celda.

En el punto 2 acepta que una celda sea ocupada por más de un interno, pero sólo temporalmente mientras la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles.

Concluye el artículo 13 RP con un número 3, donde admite la posibilidad de dormitorios colectivos en los establecimientos especiales y de régimen abierto, pero después de una adecuada selección de los internos que los ocupen. Lo que resulta muy significativo, pues se prevé el dormitorio colectivo para unos internos, que al hallarse en régimen abierto, pueden disfrutar de salidas autorizadas, y sólo comparten el dormitorio durante el tiempo de pernoctación o descanso nocturno. Se garantiza así el objetivo de minimizar el uso del dormitorio.

La lectura de esta legislación penitenciaria nos lleva a efectuar una serie de consideraciones.

La primera, que el principio celular es un principio inspirador que orienta el sistema penitenciario y que está formulado como un mandato.

La segunda, que debe tenerse siempre presente, que las excepciones al principio celular tienen lugar solamente por insuficiencia temporal de celdas individuales y por prescripción médica o interés del tratamiento u observación.

La tercera, que cuando excepcionalmente se autorice a compartir celda, deberán concurrir la petición expresa del interno y unas condiciones materiales aptas para preservar la intimidad.

Por último, que tanto para celda compartida como para los dormitorios colectivos, en establecimientos especiales y de régimen abierto, se exige una selección cuidadosa de los internos.

Todo lo anterior hace concluir la gran importancia del principio celular, que parece vincularse con la intimidad que el recluso puede hallar en su celda; un ámbito espacial que reúne unas condiciones materiales que preservan la intimidad, y donde se ejerce un control, pues para compartir celda exige la petición previa del interno.

El principio celular no es ni original de la legislación española, ni siquiera moderno; su formulación se encuentra ya en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos de 1955⁶⁶⁷.

Como es sabido, el objeto de estas reglas es establecer los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados (Regla 1).

En la Regla 9. 1, se establece el principio celular, según el cual “Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. Lo que significa que se prefiere el dormitorio colectivo a las celdas de ocupación doble.

En la Regla 9.2, se declara que cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones”.

⁶⁶⁷ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Finalmente, la Regla 86 recoge el principio celular para los acusados, es decir para las personas detenidas o en prisión preventiva.

Muchos son los autores que vinculan el principio celular a la intimidad.

García Valdés encuentra la justificación de alojamiento individual en razones de respeto a la personalidad e intimidad del recluso, a las que añade la evitación de “el perturbador hacinamiento y posible promiscuidad sexual que el alojamiento conjunto de varias personas puede procurar”.

En relación con la posibilidad de personalizar el espacio de la celda, el mismo autor recuerda, que en la tramitación de la Ley General Penitenciaria, se propuso y debatió una enmienda, al final rechazada, en el sentido de incluir la libertad de acondicionamiento de la propia celda por el interno; recordemos que la posibilidad de decorar la propia celda y tener objetos personales está recogida en el artículo 19 de la Ley de Ejecución portuguesa⁶⁶⁸.

Para Garrido Guzmán, la celda o dormitorio individual constituye uno de los elementos fundamentales de todo centro penitenciario moderno y encuentra su justificación tanto en el respeto a la personalidad y dignidad humana de los reclusos, como en “la obligación por parte de la Administración penitenciaria de garantizarles su intimidad personal” A los efectos nocivos de las celdas o dormitorios colectivos señalados por García Valdés, Garrido Guzmán añade el de la despersonalización y llama la atención sobre el extremo de que la celda individual es necesaria no sólo para el descanso nocturno del interno sino también para poder aislarse en ciertas ocasiones, pues “el hombre necesita momentos de soledad para poder reflexionar; obligar al recluso a pasar todas las horas del día en compañía de los demás es una tortura”⁶⁶⁹.

Villanueva Duque entiende que la obligación de la Administración penitenciaria de alojar a los internos en celdas individuales, supone dotarles de “un ámbito

⁶⁶⁸ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. op. cit. págs. 74-76

⁶⁶⁹ Garrido Guzmán, Luis (1986) Alojamiento e higiene de los internos. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) *Comentarios a la legislación penal*. Tomo VI vol. 1 Madrid. Edersa. (329-343) págs. 334 y 335.

físico en el que, aun a pesar de las condiciones regimentales de la vida del centro, pueden desenvolverse con cierta intimidad”⁶⁷⁰.

Subijana Zunzunegui trae a colación el concepto de intimidad del Tribunal Constitucional en cuanto “ámbito vital propio reservado al conocimiento y acción de los demás” y reconociendo en esta definición el núcleo básico del derecho fundamental a la intimidad personal encuentra “discutible no percibir una injerencia en el mentado ámbito cuando se obliga a una persona a compartir con otra u otras el espacio físico en el que se desarrollan los actos vitales más específicamente personales”⁶⁷¹.

Para Delgado del Rincón “la celda se convierte en el reducto principal de la intimidad de los presos”⁶⁷².

Más rotundo es Téllez Aguilera cuando afirma que “respecto a la intimidad, ésta tiene reflejo en el derecho a estar ubicado en una celda individual”⁶⁷³.

A todas estas razones, que justifican la celda como ámbito de intimidad para el recluso, nosotros añadimos la necesidad de un espacio personal en aras del tratamiento y la finalidad penitenciaria de reeducación y reinserción.

El sentido constitucional de la pena privativa de libertad es la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE y art. 1 LOGP), y para alcanzar éstas se ha concebido el conjunto de actividades que constituyen el tratamiento (art. 59.1 LOGP). El tratamiento, por su parte, pretende hacer del interno una persona con la capacidad de respeto hacia sí mismo y a los demás y con un sentido de la responsabilidad tanto individual como social (art. 59 LOGP).

Nosotros creemos que estos objetivos sólo se alcanzan con un trabajo interior de asimilación del interno, para el cual, consideramos imprescindible la existencia de un espacio propio y reservado para el recluso, donde pueda desarrollar esta tarea.

⁶⁷⁰Duque Villanueva, Juan Carlos (1996) op. cit.págs.118 y 119.

⁶⁷¹Subijana Zunzunegui Ignacio José (1998) op.cit. pág. 177

⁶⁷²Delgado del Rincón, Luis (2006) op. cit. pág. 196.

⁶⁷³ Téllez Aguilera, Abel (1998) Seguridad y disciplina penitenciaria. Madrid. Edisofer. pág.57

La relación entre celda e intimidad también ha sido señalada por el propio Tribunal Constitucional.

La sentencia 283/2000, de 27 de noviembre, afirma que la celda es un ámbito de intimidad, un espacio adecuado para llevar vida privada: “aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para desarrollar vida privada”⁶⁷⁴.

El Tribunal Constitucional también ha afirmado que la gran reducción de la intimidad en la prisión requiere la preservación de los ámbitos privados no afectados.

En la prisión la reducción de la intimidad puede llegar a ser extrema. “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” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ2).

Por tanto, se hace necesario la salvaguarda de los ámbitos de intimidad posibles. “Por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución” (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ2).

La preservación de un área de intimidad es necesaria para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad⁶⁷⁵ al que también debe servir la pena (art. 25.2 CE).

En este sentido la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, FJ 6, dice que “en un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena (art. 25.2 CE)”

⁶⁷⁴ STC 283/2000, de 27 de noviembre, F.J. 5.

⁶⁷⁵ Domingo considera la intimidad como un rasgo ontológico de la personalidad cuya relevancia jurídica resulta evidente, pues se trata de “un aspecto muy importante en el desarrollo de la personalidad”. Domingo, Tomás de (2001) *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.pág.275

Vista la importancia del principio celular en la legislación penitenciaria, vista también la vinculación que muchos autores encuentran entre celda e intimidad y vista la propia doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la celda es un ámbito de intimidad que debe ser preservado, sorprende que el Alto Tribunal diga que el derecho a celda individual no pueda extraerse directamente del art. 18.1 de la Constitución.

Duque Villanueva se ha planteado esta cuestión preguntándose “si forma parte del derecho a la intimidad personal de los internos el alojamiento en celdas individuales, tal como prevé con carácter general la normativa penitenciaria”.

La pregunta la responde partiendo de que, aunque el objeto de protección constitucional del derecho fundamental de intimidad es un ámbito propio reservado al conocimiento y a las intromisiones ajenas, no “garantiza ni forma parte de su contenido el derecho o la facultad de disponer o disfrutar de un espacio físico en el que desarrollar o desenvolver la vida privada”.

El autor aplica el mismo razonamiento al derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, que no otorgan ningún derecho al disfrute de un domicilio o espacio físico en el que desarrollar la vida privada y familiar.

Se podría decir con palabras de Martínez de Pisón que “sólo gozan de vida privada quienes pueden conseguirla”⁶⁷⁶.

Con estas premisas Duque Villanueva, concluye diciendo que “, tampoco creo que puede inferirse como contenido del citado derecho fundamental en el ámbito penitenciario el derecho de los internos a alojarse en celdas individuales”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Martínez de Pisón, José (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones...op. cit. pág 735. Martínez de Pisón recoge la interesante reflexión de Lamo de Espinosa: “Los ricos...viven literalmente reclusos detrás de jardines, puertas, servicio, guardias, secretarios o secretarías y cuando salen lo hacen a clubes privados o casas de campo vigiladas, etc., de modo que sus actos tienen muy poca visibilidad y son difícilmente fiscalizables. En última instancia, la privacidad se distribuye tan desigualmente como el espacio, es decir como la propiedad inmueble. Por el contrario, los pobres y algún otro grupo especial –como los jóvenes en general–viven literalmente en la calle, prolongación directa de su casa, y su conducta es muy visible”. Lamo de Espinosa, Emilio. (1989) *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*. Madrid. Alianza Universidad. pág. 29

⁶⁷⁷Duque Villanueva, Juan Carlos (1996) op. cit.págs.118-122.

Duque Villanueva parte, sin duda, de la naturaleza del principio rector de la política social y económica que ostenta el contenido del artículo 47 CE según el cual “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

Como es sabido este principio, como todos los contenidos en el Capítulo III del Título Primero, sólo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrolle (artículo 53.3 CE) y no le alcanzan las garantías de los números 1 y 2 del propio artículo 53 CE.

Que el derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio no tienen como corolario el disfrute de una vivienda es algo evidente. Sin embargo no deja de llamar la atención cómo un principio rector como el derecho a la vivienda digna y adecuada no ha encontrado por parte de los poderes públicos el reconocimiento, el respeto y la protección prescritos por el citado artículo 53.3 CE, y a día de hoy, el disfrute de una vivienda digna por todos los españoles dista mucho de ser una realidad.

A este respecto Ansuátegui Roig dice que la imposibilidad de considerar que los derechos económicos, sociales y culturales “son derechos subjetivos es una de las estrategias utilizada por aquellos que optan por un concepto restringido de derecho fundamental”, de esta manera les permite negar que los derechos económicos, sociales y culturales sean auténticos derechos fundamentales. Pero es sintomático que el capítulo III del Título I de la Constitución española “no hable en su rúbrica de derechos sino de principios rectores de la política social y económica, aunque en su articulado sí aluda a derechos en múltiples ocasiones”⁶⁷⁸.

Se podría preguntar dónde están las condiciones y las normas que los poderes públicos han de promover y establecer para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna. Y siguiendo la literalidad del artículo 47 CE, dónde está la

⁶⁷⁸ Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2003) op. cit.pág.177.

regulación del suelo concorde con un interés general en evitación de la especulación⁶⁷⁹.

Son cuestiones que nos llevarían y nos deberían llevar a reflexionar sobre el cumplimiento del proyecto común designado por la Constitución en su preámbulo, del que forman parte un orden económico y social justo y una digna calidad de vida para todos.

En este sentido resulta de interés la reflexión que los magistrados señores Valdés Dal- Re y Asua Batarrita hacen en el punto 6.a) de su voto particular a la sentencia 188/2013 de 4 de noviembre, respecto de la importancia de la vivienda para una persona.

Los magistrados discrepantes dicen que “aun teniendo en cuenta que nos situamos en el ámbito de aplicación de políticas sociales y económicas, al estar implicado en estos supuestos el derecho a la vivienda” como “decisivo para el disfrute efectivo de derechos íntimos; derechos de una importancia crucial para la identidad de la persona, su autodeterminación, su integridad psíquica y moral, el mantenimiento de sus relaciones sociales y su estabilidad y seguridad en la sociedad”.

De Cabo Martín, en una profunda reflexión, se refiere a la “Constitución del más débil” que tiene como elemento real o material las situaciones que provocan la debilidad, como son la enfermedad, la residencia, la situación familiar o la vivienda, las cuales no sólo se excluyen de los derechos fundamentales, sino que en cuanto derechos sociales se les niega el carácter de derechos subjetivos y se les hace depender de “las posibilidades de la coyuntura”, y todo ello a pesar de que toda situación de debilidad real tiene vocación de protección constitucional y debe alcanzar significado constitucional⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Una reflexión sobre esta materia se puede encontrar en Diego Arias, Justo de (2015) El urbanismo ante la crisis (L´Amarcord del derecho urbanístico) Discurso leído en el acto de su recepción pública en la Real Academia asturiana de jurisprudencia. Oviedo. Academia asturiana de jurisprudencia.

⁶⁸⁰ Cabo Martín, Carlos de (2004) La Constitución del más débil. En Balaguer Callejón, M^a Luisa (Ed.) *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas* (págs.27-53) Málaga. Centro de ediciones de la Diputación provincial de Málaga.págs.32-48

Volviendo al razonamiento de Duque Villanueva estimamos que hay una mayor distancia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la vivienda digna, que entre el derecho a la intimidad y el derecho a la celda individual. Si entre aquellos existe la distancia que se da entre un derecho fundamental y un principio rector, entre estos la distancia se ve acortada por el principio celular, que como hemos visto, es la principal herramienta que el legislador orgánico ha puesto a disposición de la Administración Penitenciaria para cumplir con su obligación de preservar el derecho a la intimidad de los internos.

De todo lo dicho, resulta evidente la falta de compromiso de la sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, que elude un razonamiento en profundidad de la negación del derecho subjetivo de los internos a una celda individual. Quizás la falta de implicación del Tribunal se deba a que el constante aumento de la población reclusa ha hecho que el alojamiento en celda individual parezca una utopía, y, ante la evidencia del fracaso de la política penitenciaria, el Alto Tribunal prefiere no implicarse y mirar para otro lado, con la grave consecuencia de un déficit en un derecho fundamental de los presos, como el de intimidad.

De esta manera, tal y como lo expuso Subijana Zunzunegui, la injerencia en el ámbito íntimo que supone el compartir celda deja de tener cobertura legal “cuando la insuficiencia de plazas individuales disponibles no ostente carácter temporal sino permanente”. Pues como hemos visto “el artículo 19 LOGP, vincula la convivencia obligada en una celda a la presencia de una insuficiencia de alojamiento que califica de temporal”⁶⁸¹.

Como sostiene Delgado del Rincón, la masificación de los establecimientos, convierte la excepcionalidad del alojamiento colectivo de los reclusos, en regla general. De este modo la insuficiencia temporal de alojamiento pasa a ser permanente y se convierte en “un motivo legal para que la Administración penitenciaria justifique siempre el alojamiento en celda colectiva de los reclusos, vaciando, en la práctica, el contenido del principio celular o de alojamiento en celda individual que la ley atribuye al preso”⁶⁸².

⁶⁸¹ Subijana Zunzunegui Ignacio José (1998) op. cit.pág. 177

⁶⁸² Delgado del Rincón, Luis (2006) op. cit. pág. 198.

En definitiva, las insuficiencias de la Administración terminan por pervertir las claras previsiones, que con buen criterio, se aportan por el principio celular en orden a proteger la intimidad ya devaluada del recluso.

CAPÍTULO VI: HACIA LA FORMULACIÓN DE UN CONCEPTO DE INTIMIDAD PENITENCIARIA: “LA INTIMIDAD POSIBLE”

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente estudio hemos elaborado, en primer lugar, un marco teórico pluridisciplinar, al objeto de acercarnos al fenómeno de la intimidad. En un segundo momento hemos abordado la historia de la intimidad como derecho. Con ambas herramientas, aproximación pluridisciplinar y trayectoria histórica, hemos estudiado la jurisprudencia constitucional, donde hemos comprobado que son varias las concepciones de intimidad que utiliza el Alto Tribunal, bien de modo expreso, bien de manera tácita, además de la doctrina constitucional sobre este derecho y los aspectos más relevantes de su configuración.

En un paso más, hemos analizado la jurisprudencia constitucional que ha tenido como objeto el derecho de intimidad en la prisión. Del estudio de estas resoluciones ha devenido evidente que el derecho de intimidad en el ámbito penitenciario sufre unas limitaciones que deben respetar tanto el principio de proporcionalidad como el contenido esencial.

De la casuística de las sentencias ha resultado lo que hemos denominado intimidad afectada, intimidad reconocida e intimidad negada, veámoslo.

Intimidad afectada en las sentencias sobre intervenciones corporales y registros de celda; intimidad reconocida en los supuestos de comunicaciones, e intimidad negada como respuesta a las peticiones de relaciones sexuales y celda individual en cuanto derechos.

Es nuestra intención, ahora, tratar de hallar y formular un concepto de derecho de intimidad, específico para las personas que están en prisión. Un concepto que pretende ser la expresión de la intimidad que resulta posible en el ámbito penitenciario.

Nuestro estudio partirá de la descripción que el Tribunal Constitucional hace de la intimidad penitenciaria, calificándola de reducida y equiparándola a la vida interior.

Después utilizaremos el concepto expreso de intimidad que utiliza el Alto Tribunal, que se corresponde con el conocido “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”, para averiguar cuál puede ser ese ámbito en la prisión. Tendremos en cuenta, además, las dimensiones que el Juzgador constitucional ha ido incorporando al ámbito de la intimidad genérica.

A estos efectos estudiaremos la legislación penitenciaria, así como sus interpretaciones jurisprudencial y doctrinal de la misma.

En definitiva, los diferentes pasos que acabamos de describir, creemos que conforman un método adecuado para identificar la esencia del derecho de intimidad y aplicarlo al concreto ámbito de la prisión.

De este modo entendemos que el contenido esencial que el legislador ha de respetar cuando regula el ejercicio del derecho fundamental de intimidad, se puede identificar si se parte del marco teórico multidisciplinar del fenómeno de la intimidad y de su trayectoria histórica como derecho, y si se tiene en cuenta el contenido que el Tribunal Constitucional ha ido descubriendo dentro del ámbito íntimo. Estas tres herramientas se podrán aplicar a expresiones legislativas diversas, en nuestro caso a la legislación penitenciaria sobre intimidad.

2.- MÉTODO PARA HALLAR UN CONCEPTO DE INTIMIDAD PENITENCIARIA

El artículo 18.1 CE dice expresamente, volvamos a recordarlo, “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

El Tribunal Constitucional se refiere a este artículo como definición abstracta de intimidad⁶⁸³.

⁶⁸³ STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8.

Lo que no deja de ser un contrasentido, pues la Constitución no hace una definición de intimidad, sino que se refiere a ella como un concepto preexistente y conocido.

También De Otto se refiere al artículo 18.1 como si contuviera un concepto de intimidad, y resalta la vaguedad e indeterminación del mismo, y considera que es uno de los muchos supuestos en que la Constitución formula los derechos de forma abstracta y genérica, sin indicar “ni las concretas facultades que comprende ni el concreto estatus jurídico del titular de la potestad de que se trate”⁶⁸⁴.

Medina Guerrero, por su parte, pone el artículo 18.1 como ejemplo de precepto constitucional que se limita a mencionar el bien jurídico sin mayor concreción, lo cual hace más difícil la labor de interpretación al objeto de “desentrañar cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental”⁶⁸⁵.

De todo lo anterior se deduce la necesaria determinación del contenido del derecho de intimidad, una tarea cuya competencia no es una cuestión pacífica.

La sentencia 144/1999, de 22 de julio, del Alto Tribunal, anteriormente citada, señala al legislador como “el llamado a precisar las “circunstancias en desarrollo del derecho a la intimidad”⁶⁸⁶.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, FJ4, considera labor de los órganos jurisdiccionales la elaboración de un concepto de intimidad; aunque luego el mismo, como veremos más adelante, formula un concepto.

Por otra parte y tal como hemos visto en el capítulo IV, hay autores que, como Medina Guerrero, atribuyen esta competencia al legislador⁶⁸⁷, y otros, entre los

⁶⁸⁴ Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En Otto y Pardo, Ignacio de. *Obras completas*. (págs.1471-1513). Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.págs.1505 y 1506.

⁶⁸⁵ Medina Guerrero, Manuel (1996) *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid. McGraw-Hill. pág. 11

⁶⁸⁶ STC 144/1999, de 22 de julio, fundamento jurídico 8.

⁶⁸⁷ Medina Guerrero, Manuel (1996) op. cit. págs. 24 y 2

que se encuentran De Otto⁶⁸⁸ y Bernal Pulido⁶⁸⁹, que encomiendan dicha misión al Tribunal Constitucional⁶⁹⁰.

El legislador ha tenido la oportunidad de concretar el contenido del derecho a la intimidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que entró en vigor en fecha 3 de junio de 1982.

Sin embargo ni la Exposición de motivos ni el articulado de la ley resultan de gran ayuda para esta concreción.

La Exposición de motivos hace especial hincapié en cómo la esfera de la intimidad “está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad” (“usos sociales” dice el artículo segundo uno) y “por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento” (“ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”, declara el propio artículo segundo uno)⁶⁹¹.

La propia ley reconoce que la determinación de la esfera de la intimidad es una cuestión difícil. Por eso, además de la delimitación que establezcan las leyes, se permite al juzgador “la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”.

⁶⁸⁸ Otto y Pardo, Ignacio de (2010 original 1988) op. cit. pág. 1505.

⁶⁸⁹ Bernal Pulido, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. págs. 57 y ss.

⁶⁹⁰ En este sentido también Gavara de Cara atribuye esta competencia al Tribunal Constitucional, aunque, como hemos visto, este autor se refiere a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Gavara de Cara, Juan Carlos (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.pág.345.

⁶⁹¹ En la votación del artículo 1 del proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo Socialista se abstuvo, fundamentando su voto en que este proyecto de ley “no define de forma concreta lo que ha de entenderse por vida privada” dado que el contenido de «vida privada “no es el mismo para cada persona”. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados nº 206 de 10 de diciembre de 1981. pág.12301. Y en la tramitación del proyecto de ley en el Senado también el grupo socialista alegó que “serán los Jueces los que deberán decidir lo que es vida privada, intimidad, honor, sus límites y sus contenidos, porque la Ley no lo dice ni puede decirlo. Y no lo puede decir porque, siendo como son derechos de la personalidad, cada individuo puede tener un criterio o conducta hasta contradictorios sobre los mismos actos o hechos”. Diario de sesiones del Senado nº 145 de 17 de maro de 1982, págs.7298 y 7299.

También, en su Exposición de motivos, la ley hace expresa declaración de que el derecho a la intimidad no puede considerarse absolutamente ilimitado, pues existen imperativos de interés público que hagan que por ley se pueda autorizar “determinadas entradas en el ámbito de la intimidad”.

En el artículo séptimo de la ley encontramos expresiones como “vida íntima de las personas” (número 1), “vida íntima”, de nuevo, y “manifestaciones o cartas privadas” (número 2), “vida privada” y, “carácter íntimo” (número 3) “datos privados” (número 4) y “vida privada”, otra vez (número 5).

Sin embargo, en ningún momento se define ni lo que es íntimo ni lo que es privado, lo que a juicio de un sector de la doctrina adolece de una imprecisión y de una inconcreción que devienen peligrosas⁶⁹². El legislador parece partir de un concepto de intimidad previo o preexistente, en el sentido de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, que afirma que “muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto”.

En el caso del derecho de intimidad ha sido el Tribunal Constitucional el que a través de su jurisprudencia ha llegado a elaborar un concepto constitucional de intimidad.

Así es, tal y como hemos visto en nuestro capítulo III, el Tribunal Constitucional ha formulado el siguiente concepto de intimidad: “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

A lo largo de sus sentencias, el Alto Tribunal ha ido matizando este concepto, añadiéndole peculiaridades y precisando su alcance.

Entre estos destacan el poder de control y el espacio resguardado que caracterizan el derecho de intimidad.

Dicho poder es un poder de control, que el titular del derecho a la intimidad ostenta, para resguardar ese ámbito propio, que el individuo ha reservado para

⁶⁹² Cabezuelo Arenas, Ana Laura (1998) *Derecho a la intimidad*. Valencia. Tirant lo Blanch. págs. 15 y 16.

sí y su familia de una publicidad no querida. Es un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a su persona y su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida.

El espacio resguardado es aquel que la persona decide preservar de la curiosidad ajena. El derecho a la intimidad es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos. Los terceros no pueden acceder a ese espacio que nosotros hemos decidido vedar a la mirada ajena. Nosotros mismos decidimos el contenido de ese espacio, cuyos lindes no pueden señalar los demás.

Como también ya hemos visto, el Tribunal Constitucional ha bebido de otras fuentes para elaborar su concepto de intimidad. En el concepto constitucional de intimidad se reconocen las concepciones sociológica y psicológica de intimidad que hemos estudiado en el capítulo I.

De esta manera el propio Tribunal ha realizado la labor que el mismo describía en la citada Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 7. Si el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo, nuestro Alto Tribunal lo ha reconocido y explicitado en el caso del derecho de intimidad.

La Sociología ha brindado su concepción de intimidad como “esfera privada de cada individuo, el ámbito de libertad reconocido socialmente y garantizado por el Derecho”. La Psicología ha llamado la atención sobre el control que supone la intimidad. Es el control selectivo del acceso a uno mismo o al grupo al que uno pertenece; este acceso comprende tanto el contacto físico con los demás como la información respecto de la propia persona.

En las precisiones que el Tribunal Constitucional ha ido haciendo respecto al contenido del ámbito íntimo, también se encuentran dimensiones de la concepción filosófica de la intimidad que nos remite a la idea de conciencia. Sin embargo casi todas las manifestaciones de la intimidad contempladas por el Alto Tribunal, se pueden reconducir al control del acceso bien físico, bien a la información sobre uno mismo.

Así, tal y como hemos visto en el capítulo III, la intimidad corporal y la protección del domicilio suponen el control del acceso físico a uno mismo o al espacio personal. El control se extiende a la información que se puede obtener mediante dicho acceso. La intimidad familiar nos recuerda que el control de acceso es tanto a uno mismo como al grupo al que pertenece. Las comunicaciones, los datos económicos, el entorno laboral, los datos personales, obrantes en cualquier soporte, pueden ser fuente de información sobre la vida privada que también es necesario controlar.

Hechas las anteriores consideraciones, estimamos procedente intentar delimitar el contenido posible del derecho de intimidad de las personas presas. Para ello partimos del concepto constitucional de intimidad, elaborado por el Alto Tribunal y abordamos su análisis desde la legislación penitenciaria.

Si la intimidad constitucional es, recordémoslo una vez más es “ese ámbito propio y reservado frente a la acción, pero también frente al conocimiento de los demás, y que resulta necesario, conforme las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” nos preguntamos: ¿Cuál es ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, para la persona en prisión? ¿En qué consiste el poder de control y dónde está el espacio resguardado, que caracterizan el derecho de intimidad para la persona reclusa?

La jurisprudencia constitucional no da un concepto de intimidad penitenciaria. En la sentencia 89/1987 de 3 de junio, fundamento jurídico segundo, encontramos lo que únicamente puede considerarse como una aproximación conceptual.

Se dice allí lo siguiente : “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 íntimas”.

Se señala la reducción como la característica principal de la intimidad en la prisión. Asimismo se define la intimidad equiparándola a la vida interior. Y se

incide en la exposición pública de muchas de las actuaciones consideradas privadas e íntimas.

La misma definición la volvemos a encontrar, casi dos décadas después, en la sentencia 89/2006, de 27 de marzo, que la transcribe literalmente en su fundamento jurídico segundo, en un caso en que, recordemos, se abordaba la compleja cuestión de la configuración o no de la celda como domicilio; finalmente el Tribunal se decantó por esto último.

La característica de la reducción se reproduce en la sentencia 57/1994 de 28 de febrero: “reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad”, se dice en su fundamento jurídico quinto. Doctrina que se reitera en las sentencias 195/1995 de 19 de diciembre, fundamento jurídico tercero; 218/2002, de 25 de noviembre, fundamento jurídico cuarto; 106/2012, de 21 de mayo, fundamento jurídico tercero, y 171/2013, de 7 de octubre de 2013, fundamento jurídico segundo.

La sentencia 196/2006, de 3 de julio no sólo recoge el rasgo de la reducción de la intimidad sino que añade la intensidad de la afectación de la misma.

“La afectación del derecho a la intimidad en el concreto ámbito penitenciario puede llegar a ser más intensa. En efecto, este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad”, fundamento jurídico quinto.

Por lo tanto, reducción y afectación intensa son las peculiaridades de la intimidad de las personas que se encuentran en prisión. Son limitaciones graves, las cuales nos hicieron calificar la intimidad penitenciaria como una de las especiales en nuestro capítulo III.

La reducción y la afectación de la intimidad en la vida en prisión no pasan inadvertidas para nadie.

Como dice Reviriego Picón si preguntásemos cual es el derecho más afectado por la vida en prisión, la respuesta sería el derecho a la intimidad, recogido en el

artículo 18 de la Constitución, pues “nos encontramos ante uno de los derechos que, lógicamente, habrá de verse más damnificado por esta privación de la libertad”⁶⁹³.

Sin embargo lo más importante es que el Tribunal Constitucional, al considerar la naturaleza de la intimidad de las personas privadas de libertad, podemos decir que elabora una definición de intimidad para este colectivo humano, equiparándola a la vida interior.

¿Qué es la vida interior para el juzgador constitucional? Al no precisarlo, se hace inevitable tratar de interpretar esta expresión.

Vida interior parece hacer referencia a una dimensión religiosa o espiritual⁶⁹⁴. La expresión vida interior “es prácticamente sinónima de vida espiritual”. Por oposición a la vida exterior, vida interior define la vida espiritual como una actividad interior, “así la vida interior connota la idea de estima, de práctica frecuente de la oración, sobre todo mental, de recuerdo habitual y afectuoso de las verdades y cosas divinas”⁶⁹⁵.

Aunque por el objeto de esta tesis no podemos profundizar en ello, cabe recordar que se considera a San Agustín como el fundador de la tradición occidental de la interioridad o del mirar hacia el interior.

La interioridad comprende tres conceptos interrelacionados: el sí-mismo interior, el volverse hacia el interior, y los signos exteriores como expresiones de cosas interiores. El primero y más fundamental de estos conceptos es el de sí-mismo interior.

El concepto del sí-mismo como espacio interior privado se desarrolló en Occidente tomando como base el pensamiento de San Agustín⁶⁹⁶. En San Agustín, el sí-mismo se concibe como una especie de espacio o dimensión de

⁶⁹³Reviriego Picón, Fernando (2008). *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Madrid. Universitas. págs. 71 y 73.

⁶⁹⁴ La expresión “vida interior” aparece en los diccionarios religiosos y no en los filosóficos.

⁶⁹⁵ Brosse, Olivier de la, Henry, Antonin-Marie y Rouillard, Philippe (1986) *Diccionario del Cristianismo*. Barcelona. Herder. pág. 796-

⁶⁹⁶ Confesiones 10.17.26, en Agustín, San (1979 Original siglo IV) *Las Confesiones*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. pág. 413

ser que es propio del alma. No es literalmente un espacio, sino que se asemeja más a un mundo interior de representaciones⁶⁹⁷.

Por tanto, dimensión religiosa aparte, vida interior parece aludir a la capacidad de introspección, de reflexión, de conciencia; las cuales facultan al individuo para abstraerse del exterior y habitar en un ensimismamiento que le aísla y le protege a la vez del mundo que le rodea.

En este sentido dice Aranguren que “La intimidad es, ante todo, “vida interior”, incluso en el sentido religioso, más o menos laicizado, de esta expresión; relación intrapersonal o intradiálogo, reflexión sobre los propios sentimientos, conciencia”⁶⁹⁸.

El concepto de vida interior hace reconducirnos a la intimidad como conciencia o zona espiritual y reservada que habita en la conciencia individual; es decir al concepto filosófico de intimidad, que, como dijimos en el capítulo primero, es “la capacidad de la persona para sentir su propia vida; capacidad que se sitúa en el núcleo más profundo de cada individuo, donde se toman las decisiones personalísimas. La persona sabe que es el protagonista de su vida y como tal la vive”.

Este concepto filosófico fue el que utilizamos en el capítulo tercero para intentar hallar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la dimensión interior de la intimidad. En nuestra investigación nos encontramos con una decena de sentencias, elenco en las que figuran las penitenciarias anteriormente reseñadas.

Hemos visto en el capítulo segundo la gran coincidencia de la dignidad, fundamento de todo derecho fundamental, con la conciencia, caras externa e interna respectivamente de la misma realidad decíamos. También llamábamos la atención de cómo la conciencia o dimensión interior de la intimidad constituye

⁶⁹⁷ Cary Phillip (2001) Interioridad. En Fitzgerald , Allan D. (Dir.): *Diccionario de San Agustín a través del tiempo*. Burgos. Monte Carmelo. (739-741) pág. 739

⁶⁹⁸ Aranguren, José Luis (1989). El ámbito de la intimidad. En Aranguren, José Luis; Castilla del Pino, Carlos; Béjar, Helena; Camps, Victoria; Peña-Marín, Cristina; Puértolas, Soledad; Gubern, Román y Verdú, Vicente (1989). *De la intimidad*. (págs. 17-24) Barcelona. Edición C. Castilla del Pino, Crítica.pág.20

la esencia del primer derecho fundamental, que fue la libertad religiosa. En este sentido dice Sánchez González que “hablar de respeto a la intimidad es hablar de libertad de las conciencias”⁶⁹⁹.

A pesar de estos méritos de la conciencia en la historia de los derechos fundamentales, decir que la intimidad de los que se encuentran en prisión queda reducida a la vida interior, es entender la intimidad como lo interior, lo reservado, la realidad más profunda de la persona humana que está oculto al conocimiento ajeno. Es lo mismo que reducir la intimidad “al ámbito del pensamiento, es decir a la nada jurídica”, según Martínez Escamilla⁷⁰⁰.

Martínez de Pisón califica de discutible esta frase de la sentencia 89/1987 de 3 de junio, y la valora de esta manera “Triste consuelo para el recluso si su privacidad queda reducida a su vida interior”⁷⁰¹.

Corbella i Duch da un paso más y pone en duda, incluso, que la vida interior de un recluso no se vea afectada por la prisión “pues la observación metódica de la conducta y actitudes, que realiza la Administración, llevan inevitablemente, al conocimiento de una parte importante de la vida interior del preso”⁷⁰².

Afirmación que puede ser verdadera pero que es ajena a la cuestión que nos ocupa aquí, pues lo importante no es que la vida interior del recluso pueda ser conocida mediante la observación, sino que su intimidad quede reducida a dicha vida interior.

En definitiva, si para nuestro Tribunal Constitucional la intimidad de las personas privadas de libertad queda reducida prácticamente a la vida interior, y si esa vida

⁶⁹⁹ Sánchez González, Santiago, en Sánchez González, Santiago, Mellado Prado, Pilar y Goig Martínez, Juan Manuel: “La democracia constitucional española”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 1997. pág. 292.

⁷⁰⁰ Martínez Escamilla, Margarita: “La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso. Editorial Tecnos. Madrid 2000. (pág. 30)

⁷⁰¹ Martínez de Pisón, José (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, pág 735

⁷⁰²Corbella i Duch, Josep (1999). El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 1* (1780-1792).pág. 1790

interior, en cuanto no expresada o revelada, no puede tener relevancia jurídica, se concluye fácilmente que las personas reclusas no tienen intimidad.

Y si se niega la intimidad, dice Martínez de Pisón, se olvida “la autonomía moral, la dignidad y el autorrespeto de quien ve menoscabada su intimidad”⁷⁰³.

Sin embargo la negación de la intimidad para las personas internas en prisión, entra en contradicción con el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria que sí reconocen el derecho de intimidad para las personas presas. Un derecho que está en conexión directa con el derecho a que se respete la dignidad de la persona, reconocido el art. 23 de LOGP.

Como dice González García “no es posible garantizar el respeto a dicha dignidad, sin preservar la privacidad de ciertos ámbitos de la actividad humana, aunque ésta pertenezca a un individuo sometido a pena privativa de libertad”. Del mismo modo que la pena no afecta al conjunto de actos que integran la vida humana en su totalidad, la intimidad del preso tampoco desaparece absolutamente, “sin que a nuestro criterio tenga por qué verse restringida cuando no esté justificada por las exigencias legales de la pena o por la necesidad del régimen penitenciario”⁷⁰⁴.

Se hace necesario el estudio de dicho artículo constitucional y de la legislación penitenciaria para averiguar qué contenido tiene el derecho de intimidad de una persona privada de libertad.

El artículo 25.2 CE, como sabemos, reconoce al condenado a pena de prisión, que estuviera cumpliendo la misma, el goce de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título Primero de la Constitución; exceptuando aquellos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

⁷⁰³ Martínez de Pisón, José (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, pág 738

⁷⁰⁴ González García, José María (1999). Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado: Derecho de inviolabilidad de la celda de un recurso (TS 2ª S 515/1998, de 6 de abril). *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal 2*. 184-192. pág. 190.

Dado que el derecho a la intimidad personal y familiar se reconoce en el artículo 18.1, que se integra en el Capítulo II del Título Primero, es uno de los derechos de los que, en principio, disfrutará la persona reclusa. Sin embargo es preciso constatar si este derecho a la intimidad se ve expresamente limitado por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena o la ley penitenciaria.

Se descarta que el derecho de intimidad se vea limitado por el fallo condenatorio, pues el Código Penal vigente, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, al regular las penas en sus artículos 32 a 60, no contiene ninguna que represente expresamente la privación o limitación del derecho de intimidad⁷⁰⁵.

No sucede lo mismo con “el sentido de la pena”, que para Cobo del Rosal y Quintanar Díez⁷⁰⁶, como hemos visto, es entendido como la privación de ciertos derechos que son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. En el supuesto concreto del derecho de intimidad éste sufrirá en la prisión una gran afectación, pero no una privación absoluta.

3.- LOS CONDICIONANTES DE LA PRISIÓN. VIGILANCIA E INSTITUCIÓN TOTAL

La expresión “el sentido de la pena” es evidente que se refiere a la pena de privación de libertad en prisión⁷⁰⁷; una pena que, entre otras muchas, presenta dos características que condicionan sobremanera la intimidad de las personas presas. Son estas características, la continua vigilancia a la que se ven sometidas las personas reclusas y el constituir lo que sociológicamente se ha denominado “institución total”.

⁷⁰⁵ Lo mismo sucede en proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. Proyectos de ley. de octubre de 2013 Núm. 66-1.

⁷⁰⁶ Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel (1996). Artículo 25. Garantía penal. En Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo III (págs. 128-144). Madrid. Edersa. pág. 142.

⁷⁰⁷ Art. 35 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Como ha puesto de relieve Delgado del Rincón el mero hecho del ingreso en prisión supone para el preso la exposición de su persona y de su vida íntima ante sus compañeros y ante los funcionarios encargados de su custodia; la intimidad resulta afectada también por el control exhaustivo de su vida por parte de la Administración penitenciaria⁷⁰⁸.

La prisión no ha existido siempre. Como dice García Valdés “casi diecisiete siglos ha tardado el hombre en descubrir el internamiento como reacción penal”⁷⁰⁹.

Hoy día distinguimos claramente la cárcel del presidio⁷¹⁰. La cárcel era “cárcel de custodia”, el lugar donde se retenía al acusado en espera de juicio y posterior sentencia hasta la ejecución de la pena. El presidio, en cambio “surgió como una institución “ad hoc” para cumplir la pena privativa de libertad”⁷¹¹.

Se puede sostener que es en el siglo XVI cuando aparece la prisión como pena, aunque conviviendo con los suplicios que eran penas corporales dolorosas, más o menos atroces⁷¹².

Las primeras casas de corrección y prisiones datan de los siglos XVI y XVII, y aparecen en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza⁷¹³.

La prisión como lugar, donde se cumple la pena privativa de libertad, tal y como la entendemos hoy día, tuvo su aparición en el siglo XVIII⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ Delgado del Rincón, Luis E. (2006) Algunas consideraciones sobre la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. *Teoría y realidad constitucional* Nº 18 (págs. 191-221) pág.192.

⁷⁰⁹ García Valdés, Carlos (1982) *Estudios de derecho penitenciario*. Madrid. Tecnos.pág.37.

⁷¹⁰ Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón matizan etimológicamente ambos términos. Si cárcel vine del latín *carcer*, que define al edificio destinado para la custodia de presos mientras que la palabra prisión, derivada de *prehensio* viene a delimitar un escenario donde uno está o se siente compelido, de aquí surge una importante distinción pues la primera, cárcel, nos indica un edificio o local mientras la prisión nos inculca una situación derivada de una inicial privación de libertad. Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) *La historia de las penas*. Valencia. Tirant lo Blanch.pág.487

⁷¹¹ *Ibíd*em.pág.29

⁷¹²Foucault, Michel (1979) *Vigilar y castigar*. Madrid. Siglo XXI de España.pág.39.

⁷¹³ García Valdés, Carlos (1982) *Estudios de derecho penitenciario*. óp. cit.pág.33

⁷¹⁴ López Molero, Montserrat (2012) Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* V (2012) 401-448. pág.403

Los primeros edificios construidos específicamente para servir de prisión fueron el hospicio de San Michele de Roma (1704) y la prisión de Gante (1775)⁷¹⁵.

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX desaparece “el gran espectáculo de la pena física”⁷¹⁶. A partir de entonces, la privación de libertad tendrá el patrimonio del dolor moral, “no sufrirá primordialmente el cuerpo, sino el alma”⁷¹⁷. Aunque un castigo como la prisión no ha funcionado jamás sin cierta medida de sufrimiento corporal⁷¹⁸.

Desde entonces y, como es lógico la vigilancia y el control continuo de los presos devinieron en medios imprescindibles para asegurar el cumplimiento de la pena de prisión, así como para mantener el orden y la disciplina.

Inevitable fue que tal vigilancia y tal control tuvieran como consecuencia una afectación importante de la intimidad de los presos.

Se desarrolla a partir de entonces una arquitectura hecha para permitir un control interior, “articulado y detallado para hacer visibles a quienes se encuentran dentro”⁷¹⁹.

Ejemplo paradigmático de un edificio penitenciario, diseñado para la vigilancia fue el “Panóptico” ideado Bentham (1747-1832), donde un solo hombre, ubicado en una torre de “inspección central”, podría vigilarlo todo. Los prisioneros estaban constantemente expuestos a la mirada de los guardianes y eran conscientes de ello, se sabían observados de continuo, aunque no podían ver a sus vigilantes⁷²⁰.

La segunda característica, que incide en la naturaleza de la intimidad de las personas presas, hace referencia a la condición de institución total que ostenta la prisión.

⁷¹⁵Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit.pág.72

⁷¹⁶ ¿Cómo no recordar aquí la espeluznante descripción que Foucault hace de la ejecución de Damiens como prefacio de su libro “Vigilar y castigar”? Foucault, Michel (original: 1975; 1979) óp. cit. págs. 11 y ss.

⁷¹⁷García Valdés, Carlos (1982) *Estudios de derecho penitenciario*. óp. cit. pág. 26

⁷¹⁸ Foucault, Michel (original: 1975; 1979) óp. cit.págs.21 y 23

⁷¹⁹ Ibídem.pág.177

⁷²⁰López Molero, Montserrat (2012) óp. cit. pág. 20

El concepto de “institución total” es creación del sociólogo Goffman (1922-1982). Goffman en su obra *Internados*⁷²¹ formuló las características de las que él denominó instituciones totales y de las que es ejemplo paradigmático la prisión.

Goffman, a partir de sus observaciones, elaboró una serie de consideraciones sobre la repercusión que la reclusión en una institución total, la cárcel en nuestro caso, tiene sobre el yo del individuo.

La institución total es para Goffman “un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio”⁷²².

Las instituciones totales absorben “parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona en cierto modo un mundo propio”⁷²³. La tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada por las barreras que impiden el contacto con el resto de la sociedad, al mismo tiempo que intentan evitar la fuga de los miembros.

Las cárceles pertenecen a “un tipo de institución total, organizado para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella”⁷²⁴.

Foucault dirá que una prisión es una institución completa y austera, un aparato disciplinario exhaustivo que debe ocuparse de todos los aspectos del individuo⁷²⁵.

Si en la vida ordinaria, el individuo tiende a descansar, a disfrutar del ocio y a trabajar en lugares distintos, con diferentes compañeros, bajo autoridades también diferentes y sin un plan racional único, en las instituciones totales desaparecen las separaciones que compartimentan estos tres ámbitos y la

⁷²¹ Goffman, Erving. (2001. Original 1961). *Internados*. Buenos Aires: Amorrortu.

⁷²² *Ibidem*. pág. 13.

⁷²³ *Ibidem*. pág. 17.

⁷²⁴ *Ibidem*. pág. 18.

⁷²⁵ Foucault, Michel (original: 1975; 1979) óp. cit.pág.238

persona desarrolla todos los aspectos de su vida en el mismo lugar y bajo una misma y única autoridad.

Todas las actividades diarias están estrictamente programadas, y se imponen desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Las diversas actividades obligatorias se integran en un plan racional único, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución.

El personal encargado de la supervisión no tiene como actividad específica la orientación ni la inspección periódica sino más bien la vigilancia. Entre este pequeño grupo de personal supervisor y el gran grupo manejado de los internos se produce una escisión básica. Los internos viven dentro de la institución y tienen limitados contactos con el mundo, más allá de sus cuatro paredes; el personal cumple una jornada laboral y está socialmente integrado en el mundo exterior.

El contacto entre ambos estratos es muy restringido, lo cual ayuda “presumiblemente a mantener los estereotipos antagónicos”. Poco a poco se van formando dos mundos social y culturalmente distintos, con escasa penetración mutua. A este respecto, resulta muy significativo que el edificio y el nombre de la institución lleguen a identificarse, a los ojos del personal y también de los internos, como algo perteneciente a aquél y no a éstos, de modo que cuando cualquiera de ambos grupos se refiere a los fines o intereses de “la institución”, se refieren implícitamente a los fines e intereses del personal⁷²⁶.

Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón dirán que la prisión es “una institución basada en las relaciones de sometimiento y subordinación, origen de una continua intimidación latente en el ambiente, y con un claro carácter autoritario y uniformizante”⁷²⁷.

Las instituciones totales son incompatibles con la familia. Aunque la vida familiar suele contraponerse a la vida solitaria, en las instituciones totales lo que se da

⁷²⁶ Goffman, Erving. (Original 1961: 2001) óp. cit. págs. 22 y 23.

⁷²⁷ Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit. pág. 194

es la vida de cuadrilla. “Los que comen y duermen en el trabajo, con un grupo de compañeros, difícilmente pueden llevar una existencia doméstica significativa”⁷²⁸.

Para Goffman las instituciones totales son invernaderos donde se transforma a las personas. Cada institución total es un experimento natural de lo que puede hacerse al yo⁷²⁹. En este sentido, nos interesa resaltar lo que Goffman denomina “mortificaciones del yo”⁷³⁰, que son las afectaciones a la intimidad que se dan en una institución total, en nuestro caso la prisión.

El proceso de admisión en una institución total constituye la primera mortificación del yo. Mediante los procedimientos de admisión se prepara o se programa al recién llegado para formar parte de la maquinaria administrativa de la institución. En cierta manera son mecanismos que contemplan a la persona, como objeto.

Al regular la admisión de los internos, nuestra legislación, recoge varios de estos procedimientos. De forma muy sintética, señala que al interno admitido (art. 18 RP) se le fotografía, se le efectúa la reseña dactilar, se le abre un expediente personal que recoge su situación, se le cachea, se le registran sus enseres, se le administran las medidas de higiene precisas y se le facilitan los vestidos necesarios.

El procedimiento de admisión puede caracterizarse como una despedida y un comienzo, con el punto medio señalado por la desnudez física. La despedida implica el desposeimiento de toda propiedad, importante “porque las personas extienden su sentimiento del yo a las cosas que les pertenecen”⁷³¹.

Son todas ellas, acciones que inciden en la intimidad del recluso, pues mediante las mismas se accede a información sobre él, y también a su cuerpo y a sus pertenencias.

⁷²⁸ Goffman, Erving. (Original 1961: 2001) óp. cit. págs. 24 y 25

⁷²⁹ *Ibidem*. pág. 25

⁷³⁰ *Ibidem*. pág. 27

⁷³¹ *Ibidem*. pág. 31

Se viola en primer término, la intimidad que se guarda sobre sí mismo, pues durante el proceso de admisión, los datos concernientes a su status social y a su conducta en el pasado, especialmente en lo que se refiere a los hechos que lo desacreditan, se recogen y registran en un legajo, que queda a disposición del personal⁷³².

Los nuevos públicos, que son sus compañeros y los funcionarios, pueden enterarse de hechos, ordinariamente ocultos, que desacreditan al yo.

La persona pierde el control sobre la información acerca de sí mismo. Es el sentimiento de exposición, de exhibición, la persona no sabe quién de su entorno conoce su historia y en qué medida.

Los exámenes médicos y las inspecciones con fines de seguridad exhiben a menudo físicamente al interno; una exhibición similar resulta de la disposición de los dormitorios colectivos y los retretes sin puertas⁷³³.

Por lo demás el interno casi nunca está completamente solo, siempre hay alguien que puede verlo y oírlo, siquiera se trate de sus compañeros de reclusión. La persona no puede controlar ni la calidad ni la cantidad de las relaciones con otros semejantes.

Es una mortificación del yo que deriva de una exhibición contaminadora de tipo físico, pues los contactos físicos y las relaciones sociales son forzados. Cuando el interno carece de control sobre quienes lo observan en su desgracia, o sobre quienes conocen su pasado, sufre la contaminación que comporta una relación forzada con esas personas.

Tras la admisión, los efectos personales que un individuo lleva consigo son manoseados por un empleado que los registra y prepara para el depósito. El interno mismo puede ser palpado y registrado hasta el extremo. En el curso subsiguiente de su estadía puede hacersele objeto de inspecciones personales y de su alojamiento, ya como elemento de rutina, ya en forma ocasional, cuando

⁷³² *Ibidem.* pág.35

⁷³³ *Ibidem.* pág. 36

surge algún inconveniente (son los supuestos de los registros, cacheos y requisas del artículo 68 RP).

En todos estos casos no solo el que inspecciona, sino la inspección en sí, invaden la intimidad del individuo, violentando en buena medida el campo del yo⁷³⁴.

Otro tipo de exhibición contaminadora es la intromisión de un extraño en la relación íntima de un individuo con sus personas significativas. Un interno puede tener que soportar que se lea y censure su correspondencia personal (en este sentido el artículo 46 RP recoge los supuestos de apertura y de intervención de las comunicaciones escritas; y el artículo 50 RP establece el registro del contenido de los paquetes, tanto recibidos como enviados).

En conclusión, las mortificaciones del yo, según la terminología goffmaniana, que la persona sufre en una institución total, se traducen en el contexto penitenciario, en graves afectaciones de la intimidad.

La persona debe permitir el acceso a su cuerpo, mediante cacheos, exámenes y recogida de datos físicos; contempla cómo sus efectos personales son manipulados y retirados; su correspondencia registrada; su espacio personal y pertenencias están expuestas a registros; se ve obligado a convivir con personas que no ha elegido y soportar unas relaciones no queridas; por último sufre la exposición y exhibición de vivir continuamente en presencia de otros y de la falta de control sobre la información sobre sí mismo.

A pesar de todo ello y como expresión de una necesidad antropológica, la persona tiende a conservar, como último reducto de su intimidad existencial, un mínimo de espacio personal⁷³⁵.

Como ya decíamos en el capítulo IV, al hablar de las relaciones calificadas como de sujeción especial, la mayor intensidad de la presencia de la administración pública en la vida de las personas reclusas, supone una intersección grande,

⁷³⁴ *Ibidem.* pág. 40

⁷³⁵ *Ibidem.* págs. 314 y 315

cuando no la confusión, entre las esferas pública y privada con la grave consecuencia de una gran afectación de la intimidad.

4.- LA INTIMIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

4.1.- *La Ley Orgánica General Penitenciaria, una norma humanista*

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, fue la primera ley de su rango, y constituye la primera disposición, con rango de Ley en toda la historia del ordenamiento penitenciario español, que regula tanto la ejecución de las penas y medidas de libertad, como el estatuto jurídico del recluso.

La aprobación de la Ley General Penitenciaria por el Congreso de los Diputados fue calificada por García Valdés como un acontecimiento histórico y singular: “a partir de ahora el Parlamento, es decir, el pueblo español, se compromete con las prisiones”⁷³⁶

El mismo profesor recuerda como “todos los partidos del arco parlamentario estuvieron básicamente de acuerdo, en la forma y en el fondo, con la Ley. La ausencia de enmiendas a la totalidad, la escasa discusión en el Congreso, puramente testimonial en muchos de los escasos casos...y la nula en el Senado, convirtieron el texto en algo de todos”⁷³⁷.

No es cuestión baladí, el hecho de que varios de los parlamentarios de aquella época habían estado en prisión, víctimas de una dictadura hostil a cualquier oposición, fuese del signo político que fuese.

⁷³⁶ García Valdés, Carlos (1982) *Estudios de derecho penitenciario*. óp. cit.pág.39

⁷³⁷ García Valdés, Carlos (2014) *Apuntes históricos del derecho penitenciario español*. Madrid. Edisofer.pág.35

Esta circunstancia explica el apoyo unánime de los diputados y senadores a una Ley humanista y humanizadora; “por si algún día tenemos que volver a las prisiones”, como manifestó un célebre político, según recoge Bueno Arús⁷³⁸.

Como así se expresó en la propia Exposición de Motivos⁷³⁹, la Ley se redactó teniendo “en cuenta junto a las conclusiones de la ciencia penitenciaria de nuestro tiempo, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, los pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados y el anteproyecto de Constitución española”.

De este modo y como recuerda Reviriego Picón “supuso nuestra incorporación a los modernos movimientos de reforma penitenciaria”⁷⁴⁰; pues es cierto que se tuvieron en cuenta las leyes penitenciarias de Suecia de 19 de abril de 1974, de Italia de 26 de julio de 1975 y de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976⁷⁴¹.

Es más, para Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón, la Ley es una copia cuasi literal de la Ley Sueca de 1974⁷⁴².

Como también se afirmaba en la Exposición de Motivos, el humanismo inspiró toda la reforma que representó la ley; y aunque “las prisiones son un mal necesario”, la finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados. La sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como la actividad directamente dirigida a la consecución de dichas reeducación y reinserción.

⁷³⁸ Bueno Arús, Francisco (2005) Prólogo: veinticinco años de ley penitenciaria. En Bueno Arús, Francisco (Coord.) (2005) *Ley General Penitenciaria*. Madrid. Colex. (9-24) pág. 12

⁷³⁹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (Boletín Oficial de las Cortes Núm. 148 del 15 de septiembre de 1978, págs 3.200 y siguientes)

⁷⁴⁰ Reviriego Picón, Fernando (2008) pág. 25

⁷⁴¹ Bueno Arús, Francisco (1981) Estudio Preliminar. En García Valdés, Carlos. *La reforma penitenciaria española*. (págs. 7-47). Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. pág. 10.

⁷⁴² Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit. pág. 173

De este modo y a juicio de Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón la Ley se olvida de “anquilosadas y atávicas tendencias retribucionistas” proclamando que “la rehabilitación y sólo la rehabilitación es la única justificación del Derecho Penitenciario”⁷⁴³.

El artículo 1 del referido cuerpo normativo recoge estos principios señalando que “Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”.

Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

De aquí se desprende una doble consecuencia: la necesidad de que el Derecho, como elemento garantizador, discipline minuciosamente la situación del interno en relación con la sociedad que le sanciona y desea su plena reintegración a la misma; y la necesidad asimismo de contar con la cooperación de las ciencias de la conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado.

La ley nació con la vocación de ser “un primer paso en la normalización de la situación penal y penitenciaria de nuestro país y la implantación de un sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad más justo y humano, en el marco de un Estado democrático de derecho”⁷⁴⁴.

El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta,

⁷⁴³ *Ibidem*.pág. 172.

⁷⁴⁴ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.(Boletín Oficial de las Cortes Núm. 148 del 15 de septiembre de 1978, pág.3.201)

y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa, así como para la defensa de aquellos derechos que nacen específicamente de la condición de interno”⁷⁴⁵.

Ya en el articulado, la ley declara expresamente en su artículo tercero que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.

A continuación en el mismo artículo se introduce una cláusula no discriminatoria con la siguiente expresión “sin establecerse diferencia alguna por razón de la raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”.

La ley colige del principio del respeto a la personalidad humana de los reclusos y a sus derechos, y del principio de no discriminación, la posibilidad de ejercicio por parte de los internos de “los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

Concluye el meritado artículo con las declaraciones de que “la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos” y de que “el interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre”.

Desde su aprobación la Ley Orgánica General Penitenciaria, ha sufrido cuatro reformas de muy desigual profundidad.

La primera de ellas redujo la edad hasta la cual podrán permanecer en prisión, junto con ellas, los hijos de las internas⁷⁴⁶.

La segunda reforma, creó los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (Boletín Oficial de las Cortes Núm. 148 del 15 de septiembre de 1978, pág. 3.201)

⁷⁴⁶ Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre.

⁷⁴⁷ Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo.

Como apuntan Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón la reforma se encuadró dentro del más que problemático contexto antiterrorista y de la lucha del Estado de derecho para intentar

La tercera, coetánea de aquella precisó las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria⁷⁴⁸.

Por último se introdujeron nuevos requisitos para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento⁷⁴⁹.

El Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica fue aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, posteriormente ha sido reformado completamente por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aunque se han mantenido vigentes algunos artículos relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada⁷⁵⁰. Es de interés apuntar que en el Reglamento de 1981 apenas encontrábamos únicamente una referencia a genérica a la “intimidad personal” del recluso así como una previsión más concreta con relación a sus comunicaciones.

El Reglamento penitenciario hoy vigente nació con las siguientes finalidades: profundización en el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario; apertura de las prisiones a la sociedad; redefinición del régimen cerrado; regulación amplia de los derechos y deberes de los reclusos. En este último apartado, resulta de especial interés para nuestro estudio, la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los reclusos como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios y la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores y sobre la forma de realizar los cacheos personales.

salvaguardar el arduo equilibrio al respeto propio de supervivencia y el respeto a los derechos fundamentales, (2014) óp. cit.pág.194

⁷⁴⁸ Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio.

⁷⁴⁹ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

⁷⁵⁰ La disposición derogatoria única. Derogación normativa. 3 dice expresamente que “No obstante lo dispuesto en el párrafo b) del apartado anterior, se mantiene la vigencia de los artículos 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del artículo 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada”.

Por último el nuevo Reglamento incide en la regulación tanto del procedimiento sancionador como de la relación laboral especial penitenciaria y en la intervención del Ministerio Fiscal en el control de la actividad penitenciaria. Los nuevos modelos del sistema prestacional de la Administración penitenciaria, en especial la asistencia sanitaria, y de organización de los centros penitenciarios también son objeto de regulación por el Reglamento.

Al igual que la Ley Orgánica de la que es desarrollo, el Reglamento señala como fin primordial de la actividad penitenciaria la reeducación y reinserción social de los sentenciados, y el hecho de que el interno es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad⁷⁵¹.

Se contempla también la declaración tanto del respeto a la personalidad de los internos y a los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena como la interdicción de la discriminación en el ejercicio de la actividad penitenciaria⁷⁵².

En conclusión, la ley habilitada constitucionalmente para desarrollar las limitaciones de los derechos de las personas reclusas, es la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre que acabamos de describir junto con su Reglamento de ejecución y desarrollo, y constituye además el marco normativo del derecho a la intimidad de las personas reclusas.

4.2.- Las declaraciones generales

El ingreso de una persona en prisión no afecta ni a su condición de tal persona humana ni a la de ciudadano de un Estado, por eso, el recluso, en su relación con la Administración penitenciaria, ostenta una serie de derechos⁷⁵³.

⁷⁵¹ Artículos 2º y 3º.3 RP.

⁷⁵² Artículo 4º.1 RP.

⁷⁵³ Montero Hernanz (2012). *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. Madrid. La Ley.pág.274

En primer lugar debemos destacar como se contempla una declaración general de respeto a los derechos, entre los que se entiende incluido el derecho a la intimidad⁷⁵⁴.

El tenor literal de la disposición señala: “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena”.

Como afirman Fernández-Arévalo y Nistal Burón el interno ostenta los derechos fundamentales inherentes a su condición de persona, los cuales son anteriores a cualquier norma, inviolables e irrenunciables y, por tanto la legislación penitenciaria no puede hacer otra cosa que reconocerlos⁷⁵⁵.

La declaración general del artículo 4.2 RP sí hace referencia expresa a la intimidad, cuando dice que “En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos: b) Derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión”⁷⁵⁶.

4.3.- Intimidad personal: nombre, condición reservada, ingreso. El lugar de cumplimiento

En el mismo artículo 4.2 b) RP y en su último párrafo se establece expresamente el derecho de los internos a “ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros”.

⁷⁵⁴ Artículo 3 LOGP

⁷⁵⁵ Fernández Arévalo, Luis y Nistal Burón, Javier (2012). *Manual de Derecho Penitenciario*. Pamplona. Aranzadi. págs. 348 y 349.

⁷⁵⁶ Aunque se trata de una cuestión casi anecdótica en tanto que sólo existe en la actualidad un centro penitenciario militar con un número de internos inferior al centenar (hace dos décadas, en virtud de la Resolución de 11 de enero de 1995 se procedió al cierre del centro penitenciario de Las Palmas de Gran Canaria), cabe apuntar que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares (RD 1396/ 1992, de 20 de noviembre) establece en su artículo tercero que “Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos y su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y a la cultura, al desarrollo integral de su personalidad y a elevar peticiones y recursos a las autoridades”. La cursiva es nuestra.

Aunque el derecho a ser identificado por el propio nombre⁷⁵⁷, y no mediante un número, es una manifestación clara de la dignidad y del derecho al honor, entendemos que, en ocasiones, se puede hallar vinculado al derecho a la intimidad personal.

Así parece suceder con las personas transexuales para quienes la Instrucción I 7/2006 TGP de 9 de marzo, establece que la Administración instará el empleo de nombre adecuado a su identidad de género, en las relaciones grupales e interpersonales penitenciarias⁷⁵⁸.

También el derecho al propio nombre puede tener relevancia en el desarrollo del derecho a la intimidad familiar, pues puede darse el supuesto de que un interno haya utilizado varios nombres y sólo si se acredita su verdadera identidad podrá acreditar, asimismo sus parentescos a los efectos de comunicaciones y de visitas de familiares, que constituyen manifestaciones significativas de la intimidad en prisión⁷⁵⁹.

El derecho, que el interno tiene a que su condición sea reservada a terceros, se conecta con la limitación del uso de la informática establecida en el artículo 6 RP.

Una especial observancia de intimidad se prescribe en el procedimiento de ingreso de la persona en prisión:

Admitido un recluso dentro de un establecimiento penitenciario, “se procurará⁷⁶⁰ que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible,

⁷⁵⁷ Aunque los ejemplos serían infinitos, cómo no recordar aquí las tristes reflexiones de Oscar Wilde encerrado en la cárcel de Reading cuando en su epístola *De profundis* apuntaba “En la vasta prisión donde entonces estaba encarcelado, no era más que el número y la letra de una pequeña celda de una larga galería, uno entre mil números sin vida, como entre mil vidas sin vida”.

⁷⁵⁸ Sin embargo para las relaciones de carácter oficial, incluida la documental, seguirá empleándose el nombre oficialmente acreditado.

⁷⁵⁹ Ríos Martín recoge uno de estos supuestos que fue resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 674/2004, Secc. 5ª, de 16 de marzo. En Ríos Martín, Julián Carlos y otros (2011) *Manual de ejecución penitenciaria*. Madrid. Colex. pág. 55.

⁷⁶⁰Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez consideran que el término “procurará” debió sustituirse por otro más imperativo dada “la importancia que tienen los primeros momentos

a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión”⁷⁶¹.

La misma reserva y discreción, a juicio de García Valdés⁷⁶², se prescribe para los traslados que deberán efectuarse de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos, contemplado en el artículo 18 LOGP.

La propia localización geográfica de los centros penitenciarios debe de facilitar que el condenado a prisión cumpla la pena en lugares cercanos a sus personas íntimas. En este sentido el artículo 12.1.LOGP establece que “La ubicación de los establecimientos será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

También en el Reglamento Penitenciario y, de forma específica en su Exposición de motivos, se hace expresa mención del derecho a la intimidad de los reclusos⁷⁶³.

4.4.- Intimidad corporal o la dimensión física de la intimidad

Nosotros ya hemos manifestado, anteriormente, que, desde nuestro particular punto de vista, las intervenciones corporales como los cacheos, al practicarse sin el consentimiento de la persona intervenida y con coacción, suponen una afectación total del derecho de intimidad.

en una cárcel de una persona”. Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (1999) *Reglamento penitenciario Comentado*. Madrid. Mad. pág.79

⁷⁶¹ Art. 15.6 RP

⁷⁶² García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. óp. cit. pág.72

⁷⁶³ En concreto se dice que ha motivado “la nueva regulación de materias que afectan” a este derecho “como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios y la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores y sobre la forma de realizar los cacheos personales” . Manifestación importante es el capítulo III RP sobre protección de los datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios (artículos 6 a 9).

La legislación penitenciaria parece corroborar nuestra afirmación, pues al regular la práctica de estas intervenciones corporales preceptúa el respeto a la dignidad de la persona en la forma de practicarse, sin embargo no menciona la intimidad.

De este modo el artículo 23 LOGP para registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y los recuentos, dispone que las intervenciones en la persona del recluso y en sus cosas, necesarias para combatir “la posesión de cosas prohibidas y elementos contundentes”⁷⁶⁴, se practicarán dentro del respeto a la dignidad de la persona⁷⁶⁵.

El artículo 71 RP, por su parte, añade el respeto a los derechos fundamentales para la realización de estas intervenciones “especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas” y señala que “ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico”.

En cambio, sí parece que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han tenido en cuenta una última manifestación de respeto a la intimidad, cuando, en sus resoluciones, han impuesto la obligación de usar alguna prenda (bata) en los cacheos con desnudo integral que impida la exhibición cotidiana de la desnudez⁷⁶⁶.

De otra parte, los mismos Jueces de Vigilancia Penitenciaria, reconocen la gran afectación que estas intervenciones representan en la intimidad, cuando en sus Criterios, obligan a la Administración Penitenciaria a darles cuenta de los cacheos con desnudo integral, practicados a los internos, mediante la remisión del oportuno parte que justificó la adopción de la decisión, y del resultado del cacheo, lo que posibilita que por el Juez de Vigilancia Penitenciaria se examine la concurrencia de los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad

⁷⁶⁴ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. óp. cit.pág.82

⁷⁶⁵ La expresa referencia a la dignidad de la persona fue introducida por enmienda del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya, motivada para evitar “al máximo los tratos y formas que puedan ser infamantes para la persona”. García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. pág. 135

⁷⁶⁶ Fernández Arévalo, Luis y Nistal Burón, Javier (2012). *Manual de Derecho Penitenciario*. Pamplona. Aranzadi. pág.484.

Con relación a la forma y exigencias de realización de los cacheos, véase, Ríos Martín, Julián Carlos (2001) *Manual de ejecución penitenciaria*, Madrid. Colex, págs. 229 a 235.

de la medida acordada. De esta manera se cumplen las funciones de tutela y de control de legalidad de la actividad penitenciaria, cuando resulta afectado un derecho fundamental mediante una intervención excepcional como el cacheo con desnudo integral⁷⁶⁷.

Por su parte, el Defensor del Pueblo mantiene abierta una investigación sobre los cacheos con desnudo integral desde 1996⁷⁶⁸.

Mención especial merece la realidad de las personas transexuales. El acceso de estas personas a las instalaciones penitenciarias de uso colectivo deberá compatibilizar la protección de su derecho de intimidad con la del resto de personas que las utilicen⁷⁶⁹.

4.5.- La dimensión espacial de la intimidad

El espacio físico íntimo se preceptúa en el artículo 13 LOGP, que establece que “los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos”, señalando entre ellos, los dormitorios individuales, los locutorios individualizados⁷⁷⁰ y las salas anejas de relaciones familiares.

Como ya hizo ver García Valdés “un centro penitenciario moderno está basado en dos ideas esenciales: la construcción en horizontal y la celda individual”⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Criterio 97. Jueces de Vigilancia Penitenciaria (2008). *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007*. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

⁷⁶⁸ Informe del defensor del pueblo de 2011 pág. 213

⁷⁶⁹ Instrucción I 7/2006 TGP. Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁷⁷⁰ La referencia a los locutorios individualizados se debe a una enmienda del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya, en cuya motivación se expresaba que “se requiere que los locutorios sean individuales, para evitar las dificultades de los locutorios generales actuales, que convierten las visitas en algo degradante y contrario a la dignidad humana”. García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. pág. 100.

⁷⁷¹ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. óp. cit. pág. 61

4.5.1.- La celda individual

En su momento ya expusimos lo importante que para la intimidad de la persona es el disponer de un ámbito espacial privado; y también, cómo el principio celular es la principal herramienta que el legislador orgánico ha puesto a disposición de la Administración penitenciaria para cumplir con su obligación de preservar el derecho a la intimidad de los internos.

Como dicen Fernández Arévalo y Nistal Burón, la celda no es sino una dependencia del establecimiento penitenciario donde el interno se aloja, descansa, y en el que constituye su espacio de privacidad, que se opone al resto de las dependencias de los centros penitenciarios, que aparecen por el contrario destinadas al desarrollo de actividades colectivas⁷⁷².

Pero partamos de lo previsto en el artículo 19 LOGP, apartado 1, que es rotundo cuando dice que “Todos los internos se alojarán en celdas individuales”⁷⁷³.

El alojamiento en dependencias colectivas, se considera un recurso excepcional, “se podrá recurrir a dependencias colectivas” dice la ley, y sólo para los supuestos de “insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento”⁷⁷⁴.

Este carácter excepcional se subraya cuando se dice además que “En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente”⁷⁷⁵; lo que parece indicar un cuidado en la selección de personas cuando tengan que compartir alojamiento, y, por tanto, intimidad.

⁷⁷²Fernández Arévalo, Luis y Nistal Burón, Javier (2012). *Manual de Derecho Penitenciario*. Pamplona. Aranzadi. pág.299

⁷⁷³ *In claritas no fit interpretatio*

⁷⁷⁴ En el mismo sentido artículo 13.2 R.P. “Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda”.

⁷⁷⁵ En el mismo sentido artículo 13.3 R.P. “En los establecimientos especiales y de régimen abierto podrán existir dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen”.

El artículo 13.1 RP incide en el principio celular, cuando dice que este principio orienta el sistema penitenciario, “de manera que cada interno disponga de una celda”. La convivencia en celda de dos o más reclusos, es una excepción que necesita la concurrencia de varias circunstancias y requisitos: Primero, que las dimensiones y condiciones de habitabilidad de la celda permitan el alojamiento de más de una persona, y siempre “preservando la intimidad”. Segundo: autorización para compartir celda a petición del interno, y siempre que “no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen”⁷⁷⁶.

Por tanto, la convivencia en una celda con carácter permanente exige, tanto un espacio adecuado para preservar la intimidad personal, como el consentimiento del interno que ya la ocupa. Idoneidad espacial y voluntad para compartir intimidad nos remiten, tanto a la dimensión material de este derecho, como al poder de control de la persona que ocupa un espacio para permitir el acceso al mismo.

El principio celular, que está recogido en las Reglas 8 y 9 de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa respectivamente, y 68 de ambos organismos, también está presente en el origen de la prisión.

Recordemos que en el año 817, el Concilio benedictino de Aix la Chapelle en su canon 134 estableció el régimen celular como la pena más grave con el objetivo del arrepentimiento del culpable⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ La Instrucción I-5/2014 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias establece que si se detecta riesgo de suicidio en un interno cuando ingresa se preceptúa la celda compartida, al objeto de evitar el aislamiento. En este caso la celda se comparte bien con otro interno en proceso de ingreso, bien con el llamado interno “de apoyo” u otro interno de confianza.

⁷⁷⁷ Héfèle, Charles Joseph (1911) *Histoire des Conciles*. París. Letouzey et Ané. Tome IV Première partie pág.13 El canon 134 establecía literalmente lo siguiente “Penas que los prelados de las casas de canónigos sometidas al obispo pueden infligir a los canónigos que están bajo su jurisdicción. Si un canónigo no se enmienda después de varias advertencias, será condenado a pan y agua por unos días. Si sigue con la misma actitud, se le excluirá de la mesa común y del coro y ocupará en la iglesia un lugar a parte que manifieste su deshonor. Si, a pesar de esas medidas, no se obtiene nada, se le azotará, pero solamente si su edad lo permite. Si su edad o su calidad sacerdotal no lo permiten, será reprendido públicamente y condenado al ayuno perpetuo hasta su total enmienda. La gradación de las penas establece después de eso la pena de cárcel y finalmente el hacer comparecer al delincuente ante el obispo quien decidirá de la actuación adecuada. Los prelados no deben olvidarse que la Iglesia es igual a una paloma que

Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón hacen ver que esta pena tenía carácter de penitencia del que derivará el nombre de penitenciario que se ha universalizado para referirse a la propia prisión⁷⁷⁸.

Asimismo el aislamiento que supone la celda se impuso en el hospicio de San Miguel en Roma erigido por Clemente XI en 1704 para delincuentes jóvenes⁷⁷⁹.

También Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón, nos recuerdan cómo la Sociedad penitenciaria de Filadelfia reunida en 1787, consiguió introducir en la prisión de Walnut Street un sistema celular de completo aislamiento durante el día y la noche con exclusión del trabajo, para propiciar un ambiente para la meditación, donde la única lectura permitida era la Biblia. Ello obedecía a la espiritualidad cuáquera que consideraba a los individuos privados de libertad como personas o sujetos, y no meros objetos de tratamiento. Se pretendía iniciar un proceso de reflexión en el interior de la celda, buscando una relación directa del condenado con su conciencia⁷⁸⁰.

Para Foucault la sociedad protestante recupera la celda como técnica del monacato cristiano, que sólo existía en los países católicos, para reconstituir a la vez al recluso trabajador (*homo oeconomicus*) y la conciencia religiosa⁷⁸¹.

En este sentido, encontramos de interés señalar cómo la celda del monacato cristiano no es esencialmente un lugar de penitencia, sino, y sobre todo, un lugar de encuentro del monje consigo mismo, con la conciencia que es su intimidad.

Si en un primer momento el monacato benedictino prescribía el dormitorio común⁷⁸², posteriormente la celda se convirtió en el lugar místico donde, en

nunca araña o hierre *sino que se contenta con castigar dando ligeros golpes de ala*". La cursiva es nuestra.

⁷⁷⁸ Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit.493

⁷⁷⁹Ibídem. pág. 63

⁷⁸⁰ Ibídem. págs. 67, 68 y 98

⁷⁸¹ Foucault, Michel (original: 1975; 1979) óp. cit. pág. 127

⁷⁸² Colombás, M. García y Aranguren, Iñaki (1993) *La regla de San Benito*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. pág. 116

palabras del maestro espiritual cisterciense del siglo XII, Guillermo de Saint-Thierry, el monje se cura de los vicios y evita enfrentarse con extraños⁷⁸³.

Como también ya hemos visto, la razón del principio celular en la LOGP, obedece, según García Valdés a razones de respeto a la personalidad e intimidad del recluso, además de evitarse el perturbador hacinamiento y posible promiscuidad sexual que el alojamiento conjunto de varias personas puede procurar⁷⁸⁴.

La vinculación del principio celular a un espacio íntimo personal fue palmaria en la tramitación de la LOGP. En este sentido, ya hemos visto, cómo una enmienda del grupo parlamentario Socialistes per Catalunya, que no llegó a prosperar, pretendía introducir la posibilidad de que los internos pudiesen decorar la celda a su gusto “para suprimir o cuando menos atenuar la monotonía masificadora y despersonalizadora que habitualmente padecen”, entendiendo que tal posibilidad era “un factor positivo que puede aminorar y evitar angustias y obsesiones”⁷⁸⁵.

Sin embargo, como señala Montero Hernanz, aunque desde la publicación de la LOGP, todos los esfuerzos en materia de infraestructura tenían entre sus objetivos avanzar en el logro de que los internos se alojaran, como regla general, en celdas individuales, el constante aumento de la población reclusa hizo que este objetivo quedara en segundo lugar⁷⁸⁶.

⁷⁸³ Torre, Juan María de la (Ed) (2003) *Guillermo de Saint-Thierry, Carta de Oro y Oraciones Meditadas, III, 105-106*. Burgos.págs. 65-66. Consultado en <http://win.ocist.org/pdf/Florinda.pdf> el 26-12-2014. También el maestro cisterciense dice en el mismo lugar que “Una es tu celda exterior y otra la interior. La interior es la casa en que habita tu alma con tu cuerpo; la interior es tu conciencia en la que debe morar Dios con tu espíritu en lo más hondo de tu intimidad”.

⁷⁸⁴ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. óp. cit. pág.74

⁷⁸⁵ García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. pág. 122

⁷⁸⁶ Montero Hernanz (2012) *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. Madrid. La Ley.pág.84

No obstante es de señalar que aunque permanece esta situación de masificación en nuestras prisiones, desde el año 2010 se está produciendo una disminución de la población reclusa⁷⁸⁷.

En este sentido permítasenos tan solo apuntar que la masificación de nuestras cárceles se podría ver reducida con la aplicación de las penas alternativas a la prisión⁷⁸⁸.

Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez también achacan el incumplimiento del principio celular a una falta de decisión o voluntad⁷⁸⁹.

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han mostrado su preocupación respecto de que este principio celular, de regla general, se presente como excepción, y que la excepción de varios internos en la misma celda se presente como la regla⁷⁹⁰.

La imposición de compartir el ya reducido espacio de la propia habitación y sus servicios, necesarios para garantizar la privacidad individual aumenta extraordinariamente, la “aversividad” de la reclusión, como apuntan Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez⁷⁹¹.

La imposibilidad de cumplir el principio establecido en la LOGP, de que hubiera un preso por celda no es inocua desde el punto de vista del tratamiento individualizado y los derechos de los presos. Por ello el Defensor del Pueblo mantiene abierto un expediente sobre los efectos de compartir celda, en el que formuló en su día la recomendación de que se hiciese un informe sobre los mencionados efectos; la recomendación fue aceptada y el estudio se llevó a

⁷⁸⁷ Consúltense las estadísticas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias disponibles en <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas>.

⁷⁸⁸ Para las alternativas a la prisión véase Informe anual del Defensor del Pueblo del año 2013, pág.150 y ss.; y Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit págs. 193 y ss.

⁷⁸⁹ Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (1999) *Reglamento penitenciario Comentado*. Madrid. Mad. pág. 75

⁷⁹⁰ Criterio 95 Jueces de Vigilancia Penitenciaria (2008). *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007*. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

⁷⁹¹ Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (2011) *Reglamento penitenciario*. Madrid. Colex. pág. 75

cabo⁷⁹². Debemos destacar que únicamente en el ámbito penitenciario militar se cumple la previsión del principio celular⁷⁹³.

El estudio fue encargado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a un equipo de trabajo, formado por sociólogos y psicólogos de Instituciones Penitenciarias, y fue publicado hace casi una década⁷⁹⁴. El estudio puso de relieve, en primer lugar, el elevado número de horas que el interno pasa en la celda, alrededor de unas 15 horas al día, y puso de manifiesto que existen dos grandes grupos de internos, los que no desean compartir celda y los que sí.

Los que no desean compartir celda, aproximadamente tres de cada cuatro de los internos, consideran perjudicada su intimidad por este hecho, el cual les genera agresividad, conflictividad y viven esta situación con ansiedad y conflictividad.

El otro grupo, el que prefiere estar acompañado en la celda, se trata de internos que quieren compartir la celda con un buen compañero o amigo, con el que tener una buena relación.

En definitiva, parece claro que todos los internos desean tener intimidad en la celda, bien la intimidad de la soledad, bien la intimidad compartida con un compañero amigo.

El Defensor del Pueblo, en varios de sus informes anuales ha reiterado su preocupación respecto de la persistencia de dormitorios colectivos y celdas múltiples, así como por el incremento del número de celdas, que originalmente concebidas para una sola persona, posteriormente han sido ocupadas por dos reclusos y en las que en la actualidad ha sido instalada una tercera litera. El Alto comisionado considera esta situación un radical alejamiento del alojamiento celular⁷⁹⁵.

⁷⁹² Informe del Defensor del Pueblo de 2009, pág.315

⁷⁹³ Vimos con anterioridad que en la actualidad existe únicamente un centro penitenciario militar, radicado en Alcalá de Henares y construido en 1979, el mismo año de la aprobación de Ley Orgánica General Penitenciaria.

⁷⁹⁴ Benito Rangel, Francisco; Gil Parra, Manuel y Vicente Cuenca, Miguel Ángel (2007). Efectos aparejados por el hecho de compartir celda. *Revista de estudios penitenciarios* 253, 9-29

⁷⁹⁵ Informes anuales del Defensor del Pueblo de 2009 pág. 315, 2010, pág. 279, 2012, pág. 126, y 2014, págs. 166 y 167

Como un mal menor, a nuestro juicio, Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez apuntan que se debería haber consagrado “el principio de celda individual, al menos, para internos clasificados en primer y segundo grado de tratamiento “y haber reservado la posibilidad de celda compartida y dormitorios colectivos sólo para internos clasificados en tercer grado, “cuya normativa regimental puede adecuarse de mejor manera a ese sistema de vida o, al menos, conllevar menores perjuicios”⁷⁹⁶.

En definitiva, todo parece apuntar a que, con una real implantación del principio celular, se garantizaría la intimidad que un espacio personal proporciona al individuo, en ese caso a la persona interna en prisión.

4.5.2.- El lugar seguro para los efectos personales

Otra manifestación de la dimensión espacial de la intimidad se encuentra en el lugar seguro que la Administración penitenciaria debe proporcionar a la persona presa para guardar sus efectos personales.

Más allá del derecho de propiedad, en las pertenencias del interno, también está implicado el aspecto íntimo, pues, aun tratándose de cosas sin valor económico, pueden tener un valor afectivo y sentimental; por lo que se les rodea de una protección que preserva a estos objetos en cuanto son emanación de la persona de su dueño; por eso precisan de un espacio reservado o “íntimo” para su custodia.

En este sentido el artículo 21.1 LOGP pone a disposición de cada interno un mueble adecuado para guardar sus pertenencias⁷⁹⁷. Cuando el interno no esté autorizado para conservar en su poder sus pertenencias, éstas se guardarán en lugar seguro (art. 22.1 LOGP).

⁷⁹⁶ Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (1999) *Reglamento penitenciario Comentado*. Madrid. págs.74 y 75

⁷⁹⁷ En el mismo sentido artículo 14.2 R.P. “Todo interno dispondrá de un lugar adecuado para guardar sus pertenencias, aunque se encuentre compartiendo celda con otros”.

4.5.3.- *Las intervenciones en el espacio íntimo.*

Al igual que las intervenciones, ya vistas, en la persona y cosas del interno, las que se realicen en el ámbito íntimo que es su espacio, también se practicarán dentro del respeto a la dignidad de la persona.

Así lo dispone la LOGP⁷⁹⁸ para registros de los locales que ocupen los internos, así como para las requisas de las instalaciones del establecimiento⁷⁹⁹.

El Reglamento Penitenciario⁸⁰⁰ también se refiere a estas intervenciones espaciales cuando ordena el respeto a los derechos fundamentales para la realización de las mismas.

4.5.4.- *Los locales adecuados para la intimidad*

La convivencia de las madres con sus niños requiere locales adecuados⁸⁰¹.

Por último, para preservar la intimidad se preceptúan departamentos apropiados para las visitas de abogados, procuradores y otros profesionales⁸⁰² (artículo 51.2 y 3 LOGP).

⁷⁹⁸ Artículo 23 LOGP

⁷⁹⁹ La expresión “y dentro del respeto a la dignidad de la persona” fue una enmienda del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya motivada para “evitar al máximo los tratos y formas que puedan ser infamantes para la persona”. García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. pág. 135.

⁸⁰⁰ Artículo 71

⁸⁰¹ Artículo 17.5 RP: “La Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias”.

⁸⁰² Artículo 51.2 y 3 LOGP

4.6.- Las comunicaciones

Las comunicaciones, aunque gozan de la protección de un derecho fundamental específico, constituyen manifestación de la intimidad. Esta circunstancia encuentra eco en la legislación penitenciaria como veremos a continuación.

En toda clase de comunicaciones, tanto orales como escritas, se preserva la intimidad, como resalta el artículo 51.1.LOGP de forma destacada: "Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad".

Las comunicaciones suponen la habilitación de un tiempo y un espacio íntimos para el recluso y ciertas personas. Y como dice Delgado del Rincón la relación con el mundo exterior que propician estas comunicaciones favorece la reinserción del preso en la sociedad o, al menos, sirve "para contrarrestar los efectos desocializadores que conlleva la vida en prisión"⁸⁰³.

Su régimen se establece en el artículo 51.1 LOGP: Tienen carácter periódico. Pueden celebrarse con familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. Se garantiza que las comunicaciones sean en la propia lengua. No tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

4.7.- La intimidad relacional

En la legislación penitenciaria encontramos varias manifestaciones de la intimidad relacional, aquella que, tal y como hemos definido, comprende la intimidad de las relaciones del individuo con las personas con las que está vinculado afectivamente.

⁸⁰³ Delgado del Rincón, Luis E. (2006) op. cit. pág.212.

La intimidad familiar, manifestada en la relación materno-filial, es objeto de especial interés por parte de la Administración Penitenciaria.

En el artículo 38.2 LOGP, primer párrafo, se establece la compañía de los hijos menores de tres años de edad para las madres internas en aquellos centros donde se encuentren. En el segundo párrafo se prescribe la celebración de convenios por parte de la Administración penitenciaria con entidades públicas y privadas, a fin de potenciar al máximo, entre otras cosas, “el desarrollo de la relación materno-filial”⁸⁰⁴.

Para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario se garantiza un régimen específico de visitas, las cuales se realizarán sin restricción alguna, tanto en lo que hace referencia a la frecuencia como a la intimidad⁸⁰⁵.

La existencia de las unidades de madres responde a la extensión del principio de protección de la familia al ámbito penitenciario para “paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión”⁸⁰⁶.

Con las diferencias evidentes que existen entre la maternidad y la paternidad, nos preguntamos por qué no gozan de los anteriores derechos los niños respecto de sus padres internos, máxime si, como nos recuerdan Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón, la estancia de los niños en las prisiones en la compañía parental, es un derecho del niño no de los progenitores⁸⁰⁷. Nuestra pregunta abriría el debate sobre la igualdad de género, debate de gran interés pero que supera el objeto de este trabajo.

⁸⁰⁴ En el mismo sentido el artículo 17.2 RP establece que “Las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

⁸⁰⁵ Artículo 38.3 LOGP

⁸⁰⁶ Exposición de Motivos del RP

⁸⁰⁷ Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino y Nistal Burón, Javier (2014) óp. cit. pág. 418.

Tan sólo apuntamos, junto con Ríos Martín, la injusticia que puede derivarse de la exclusión de la posibilidad de que sea el padre el que ingrese con su hijo, a pesar de tener asumidas las funciones básicas de cuidado y guarda en el momento del ingreso, sobre todo en los casos en que la madre se encuentre ausente.⁸⁰⁸

Otra manifestación del principio de protección a la familia es el desarrollo de los departamentos mixtos.

Los centros mixtos regulados en el artículo 168 RP⁸⁰⁹, permiten la convivencia de cónyuges del mismo o distinto sexo y de personas de uno y otro sexo, cuando ambos estén privados de libertad. Estos espacios especiales permiten el desarrollo de la intimidad, tanto en la relación matrimonial, como en otras relaciones afectivas y/o sexuales que se puedan expresar o propiciar con dicha convivencia.

Como han puesto de realce Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez, el éxito con que se han organizado estos departamentos, manifestado en ausencia de problemas o conflictos, ha animado al legislador a flexibilizar uno de los criterios de separación interior con mayor arraigo y tradición, como es el de la separación de sexos. La experiencia ha demostrado que, en lo que respecta a la intimidad, la convivencia de parejas en prisión, supone el mantenimiento de una relación afectivo-sexual normal que contribuye al equilibrio físico y psíquico a nivel individual, y constituye una forma directa de fomentar o mantener los vínculos familiares de cada interno o interna⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Ríos Martín, Julián Carlos y otros (2011) *Manual de ejecución penitenciaria*. Madrid. Colex. pág.54

⁸⁰⁹Artículo 168 RP:” Centros o Departamentos Mixtos. Con carácter excepcional, el Centro Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 a), de la Ley Orgánica General Penitenciaria podrá, para ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer, para grupos determinados de población penitenciaria, Centros o Departamentos Mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres.

⁸¹⁰ Dice el Artículo 172 RP intitulado Cónyuges: “En todo caso, y salvo que razones de tratamiento, clasificación, seguridad o buen orden del Establecimiento lo hagan desaconsejable se fomentará la plena convivencia de los cónyuges que se encuentren privados de libertad.

⁸¹¹ Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (1999) *Reglamento penitenciario Comentado*. Madrid. Mad. pág. 288

La intimidad aparece expresamente indicada en los permisos de salida regulados en el artículo 47.1 LOGP⁸¹², cuando el fallecimiento o enfermedad grave de personas vinculadas íntimamente al interno, así como el alumbramiento de la esposa, son motivo de concesión de permiso de salida⁸¹³.

Son permisos que, a juicio del Tribunal Constitucional, “pueden fortalecer los vínculos familiares”⁸¹⁴.

Al interno se informa de la enfermedad grave o el fallecimiento de los parientes y personas íntimamente vinculadas a él⁸¹⁵.

Los presos que no pueden obtener permisos de salida reciben las visitas de familiares o allegados íntimos; para estas visitas se disponen locales anejos adecuados (artículo 53 LOGP que además remite al artículo 51.1 párrafo segundo LOGP, en el sentido de que estas visitas se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad)⁸¹⁶.

El Reglamento Penitenciario⁸¹⁷ desarrolla con detalle el régimen de estas visitas:

⁸¹² Artículo 47.1 LOGP: “En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa...se concederán permisos de salida”.

⁸¹³ El texto de este artículo fue objeto de varias enmiendas en su tramitación. El precepto vigente dice expresamente que “se concederán” estos permisos de salida, sin embargo en el texto del proyecto se decía “podrán concederse”. El cambio de la posibilidad a la necesidad de la concesión, fue debido a la admisión de varias enmiendas. La enmienda del Grupo parlamentario Socialistas del Congreso, estuvo motivada en que “ante hechos tan trascendentales para la vida del interno y habida cuenta de que las situaciones aparecen perfectamente regladas, no es oportuno reconocer una facultad discrecional”. El Grupo Parlamentario Comunista, por su parte, incluyó en su enmienda el supuesto de “alumbramiento” y también incidió en la no discrecionalidad de la autoridad en la valoración de estos supuestos. García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.pág.222

⁸¹⁴ STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4

⁸¹⁵ Art. 52 2 LOGP

⁸¹⁶ Este precepto fue objeto de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya en el sentido de que se añadiese la precisión de que “En estos locales se respetará el derecho de intimidad del interno con las personas por él designadas” su motivación fue que “la visita privada debe tener garantizada su intimidad, a la que todo ciudadano tiene derecho. Por su parte el Grupo Parlamentario Comunista introducía en su enmienda una periodicidad expresa de quince días para estas visitas, por entender que esta “periodicidad mínima de quince días es imprescindible para el adecuado mantenimiento de los lazos familiares”. García Valdés, Carlos (1981) *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.pág.250

⁸¹⁷ Artículo 45 RP.

Los visitantes no podrán llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas.

Tanto las comunicaciones íntimas como las comunicaciones con familiares y allegados, se conceden previa solicitud del interno; tienen una duración superior a una hora e inferior a tres, y la frecuencia mínima de estas visitas es mensual salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

El interno puede celebrar las llamadas visitas de convivencia con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad; estas visitas como las anteriores, con las que son compatibles, se conceden, previa solicitud del interesado, y se celebran en locales adecuados por una duración máxima de seis horas.

Por último se incide en que todas estas comunicaciones previstas se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes.

Las funciones de las comunicaciones, tanto íntimas como familiares, cumplen a juicio de Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez, funciones tan básicas como mantener o desarrollar las relaciones familiares y posibilitar la relación afectiva y sexual entre cónyuges o parejas establecidas⁸¹⁸.

Respecto de la naturaleza de las relaciones personales que pueden ser tenidas en cuenta para celebrar comunicaciones, se observa una gran evolución acorde con el cambio de la sociedad.

En este sentido, en relación con las visitas íntimas, decía García Valdés, hace poco más de tres décadas, que la regulación española admite “contundentemente” las relaciones extramatrimoniales con la frase “allegados íntimos”, entendiéndose por tales, relaciones amorosas heterosexuales estables y continuadas⁸¹⁹.

Con posterioridad los Jueces de Vigilancia Penitenciaria mantienen los criterios de:

⁸¹⁸ Armenta González-Palenzuela, Francisco Javier y Rodríguez Ramírez, Vicente (2011) *Reglamento penitenciario*. Madrid. Colex

⁸¹⁹ García Valdés, Carlos (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*. óp. cit. pág.178

Considerar las comunicaciones íntimas compatibles con las distintas opciones sexuales de los internos.

La posibilidad de conceder las mismas aunque los dos miembros de una pareja estén en prisión.

La posibilidad de que la visita íntima tenga lugar con una persona, esposa o novia actual, y las comunicaciones de convivencia se realicen con los hijos, incluso acompañados por persona distinta a la anterior.

Y por último que la frecuencia de las comunicaciones de convivencia con hijos ha de ser la máxima posible⁸²⁰.

El primero de los criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria citados, está en perfecta sintonía con la ley 13/2005, de 1 de julio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley constituye un hito histórico que ratifica legalmente el gran cambio cultural que se ha dado en nuestra sociedad respecto de las relaciones homosexuales. La constitucionalidad de esta ley fue confirmada por el Tribunal Constitucional en sentencia 198/2012 de 6 de noviembre.

4.8.- Control de la información personal

El control de la información acerca de uno mismo es una de las dimensiones de la intimidad.

Este control encuentra varias manifestaciones expresas en la legislación penitenciaria.

⁸²⁰ Criterios 65, 66, 68 y 69. Jueces de Vigilancia Penitenciaria (2008). Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

Como primera providencia la ley penitenciaria declara el derecho del interno a ser informado de su expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria⁸²¹.

Los datos de las personas presas que se pueden recoger en las entrevistas que realicen los miembros del equipo técnico serán los precisos para la intervención penitenciaria salvo los que afecten a su ideología, religión y creencias en cuyo caso será preciso el consentimiento de la persona presa⁸²².

Como datos penitenciarios especialmente protegidos, se consideran los relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual de los reclusos, que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios. Estos datos sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley⁸²³.

Esta última previsión es valorada como de dudosa legalidad por Ríos Martín, ya que no se puede permitir la cesión de datos de ciudadanos, salvo con el riesgo de vulnerar el derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente⁸²⁴.

También se contempla de forma específica la confidencialidad de los datos clínicos y de la información sanitaria⁸²⁵.

⁸²¹ Artículo 15.2 LOGP. El Reglamento Penitenciario recoge este mismo derecho en los artículos 4.2 k) y 18.1

⁸²² Artículo 7.1 RP

⁸²³ Artículo 8 RP

⁸²⁴ Ríos Martín, Julián Carlos y otros (2011) *Manual de ejecución penitenciaria*. Madrid. Colex.pág.64

⁸²⁵ Artículo 215 RP. La Instrucción 12/2007 SP de 10 de julio, prescribe el consentimiento previo, expreso y por escrito, para la información que sobre datos sanitarios que realicen los Facultativas delos Centros Penitenciarios, a instancias ajenas al proceso asistencial, y no contempladas en las excepciones previstas en el artículo 16 de la Ley 41/2002 de Protección de Datos de carácter personal.

A nivel de Instrucción se ha establecido la necesidad de la previa autorización escrita del interno para facilitar cualquier información que sobre el contenido de su expediente informático o físico se haga desde el exterior⁸²⁶.

Por último, el derecho fundamental a la protección de datos, un derecho autónomo, pero que constituye una garantía del derecho a la intimidad, en cuanto establece la limitación del uso de la informática para garantizar la intimidad, encuentra su reflejo cuando se prescribe que los datos de carácter personal de los reclusos se tratarán conforme a la legislación específica⁸²⁷ y se obliga a las autoridades penitenciarias a garantizar la seguridad de estos datos, para evitar entre otras incidencias, el acceso no autorizado a los mismos, y se establece el secreto profesional⁸²⁸.

4.9.- Horario para la intimidad

El horario se regula para que el recluso cuente con un tiempo personal. De esta forma se establece que el tiempo habrá de distribuirse de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas laborales y culturales de los internos⁸²⁹.

Reglamentariamente se ha añadido que se garantizarán un mínimo de dos horas para que el interno pueda dedicarlas a asuntos propios y un tiempo suficiente para atender a las actividades culturales y terapéuticas y a los contactos con el mundo exterior⁸³⁰.

Las ocho horas de descanso nocturno unidas al principio celular aseguran un tiempo íntimo en un espacio íntimo. También la organización del horario en pro

⁸²⁶ Instrucción 4/2005 TGP de 16 de mayo, “C) 8). Dirección General de Instituciones Penitenciarias

⁸²⁷ Esta legislación no es otra que la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre.

⁸²⁸ Artículo 6 RP

⁸²⁹ Artículo 25.2 LOGP

⁸³⁰ Artículo 77.2 RP

de las necesidades espirituales del interno se puede interpretar en el sentido de preservar la intimidad necesaria que exige la vida espiritual.

A este respecto tendría mucho interés abrir la reflexión sobre qué es vida espiritual o espiritualidad. Para ello sólo apuntaremos que el concepto de espiritualidad, trasciende los credos y las confesiones, y nos remite a la idea de vida consciente; aquella concepción filosófica de intimidad que requiere de un ámbito íntimo, tanto espacial como temporal para su cultivo y expresión. El tiempo garantizado para los contactos con el mundo exterior, también es un tiempo para la intimidad, pues ésta se crea o expresa en las relaciones con los demás.

El mismo ámbito íntimo requieren las actividades intelectuales, de estudio, de formación académica o artística, que aparecen referenciadas en la Ley. Así el trabajo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades: Las dedicadas al estudio y formación académica; y las artesanales, intelectuales y artísticas⁸³¹.

Respecto a las actividades de estudio, Viedma Rojas ha puesto de manifiesto, tanto la importancia de unas condiciones favorables, como la gran deficiencia de las mismas en la realidad penitenciaria. La generalidad de los centros “no disponen de espacios específicos para que los estudiantes universitarios desarrollen sus estudios en unas mínimas condiciones de silencio y sosiego”⁸³².

La posibilidad de un horario flexible para las madres internas con hijos menores clasificadas en tercer grado, para fomentar la relación materno-filial es una manifestación de tiempo para la intimidad familiar⁸³³.

⁸³¹ Artículo 27.1 LOGP, letras “b” y “f”.

⁸³² Viedma Rojas, Antonio (2013) *Universitarios en prisión*. Madrid (Tesis doctoral UNED) pág. 145

⁸³³ Dice el artículo 179 RP. “Horario flexible. Con relación a las internas con hijos menores clasificadas en tercer grado, la Junta de Tratamiento podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen.

4.10.- Limitación de penas

Las penas se limitan en función de preservar la intimidad. Así la sanción consistente en la limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente no puede prolongarse más allá de un mes⁸³⁴.

Lo mismo sucede con la intimidad familiar de madres y sus hijos convivientes, estas madres no pueden ser sancionadas con la sanción de aislamiento en celda⁸³⁵.

Las sanciones de aislamiento en celdas o de fin de semana suponen también que los internos no puedan hacer uso de las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia; sin embargo se encomienda a la Dirección del Establecimiento que procure que el cumplimiento de las referidas sanciones no coincidan con la fecha autorizada para la celebración de las comunicaciones anteriores, excepto cuando se trate de sanciones de inmediato cumplimiento o aplicación de aislamiento provisional. En este último caso se demorará la comunicación hasta después del cumplimiento de la sanción. Y cuando no se pueda llevar a efecto lo anterior y la familia ya se haya desplazado hasta el centro penitenciario se autorizará una comunicación oral de veinte minutos y se señalará nueva fecha para la comunicación suspendida⁸³⁶.

4.11.- Tratamiento

El tratamiento penitenciario, que consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados⁸³⁷, también requiere, a nuestro juicio, la existencia de un ámbito íntimo.

⁸³⁴ Artículo 42.2 LOGP: “No podrán imponerse otras sanciones que: d. Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo”.

⁸³⁵ Artículo 43.3 LOGP: “No se aplicará esta sanción a las mujeres que tuvieran hijos consigo”.

⁸³⁶ Instrucción 4/2005 TGP A) 3.3. Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁸³⁷ Artículo 59.1 LOGP

El tratamiento tiene la finalidad de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal “una vida sin delitos” y “con conciencia social” para ello se procura que el interno desarrolle una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general⁸³⁸.

Intención, respeto, conciencia, responsabilidad son capacidades y facultades del ser humano en cuanto dotado de inteligencia y voluntad. Todas ellas nos remiten a la consciencia o concepción filosófica de intimidad.

De ahí que sostengamos que la labor de asimilación y desarrollo de estas capacidades y facultades requieren de una intimidad personal expresada en tiempo, espacio y condiciones adecuadas.

5.- EL CONCEPTO DE INTIMIDAD PENITENCIARIA: EL ÁMBITO PROPIO Y RESERVADO EN LA PRISIÓN.

Un concepto de intimidad penitenciaria tiene que partir necesariamente del precepto constitucional que hace expresa referencia a los derechos de las personas condenadas a penas de prisión.

Este precepto no es otro que el artículo 25 CE que en su número 2 dice literalmente que “Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social” y también que “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, por último incide en que en todo caso tendrá derecho al “acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Entre los derechos fundamentales a los que se refiere este artículo 25 CE, qué duda cabe, que figura el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo

⁸³⁸ Véanse a este respecto los artículos 59.2, 61.1 y 59.2 LOGP

18.1 de nuestra Norma Suprema, un derecho que como todos los derechos fundamentales, desde su origen y en toda su evolución histórica hasta la actualidad, tienen su fundamento en el respeto a la dignidad humana, pero que, en su caso, además, está vinculado a la personalidad.

El artículo 25 CE, asimismo, al hallarse encuadrado entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, cabe concebirlo como derecho fundamental del condenado a poder ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad.

Esta reincorporación también denominada reinserción es la finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad, que se conciben como tratamiento, esto es, como la actividad directamente dirigida a la consecución de dichas reeducación y reinserción.

Esta reinserción es posible porque el ser humano, en este caso, la persona condenada, es un ser racional y moral. Su racionalidad le permite tomar decisiones voluntarias y libres; y su condición moral le hace responsable de sus actos.

La capacidad de elección de la persona es la esencia de la dignidad humana, que la Filosofía asienta en el fuero interno, al que denomina conciencia y que no es otra cosa que la intimidad. De ahí que el derecho a la intimidad revista una trascendental importancia para la persona presa, y su preservación exija de un especial cuidado en el ámbito penitenciario, pues al aunar dignidad y consciencia puede hacer posible que la persona penada alcance con éxito su rehabilitación.

No se pueden cuestionar las evidentes limitaciones que para la intimidad de la persona reclusa representa la vida en el interior de la prisión. La continua vigilancia a la que se ven sometidos los internos y la naturaleza misma de la prisión en cuanto institución total, constituyen graves afectaciones de la intimidad.

Pero ello no debe servir de justificación para repetir mecánicamente, como hace nuestro Tribunal Constitucional, que una de las consecuencias más dolorosas de la vida en prisión es la reducción de la intimidad, y mucho menos llegar a equipararla a la vida interior, afirmación inaceptable que conduce fatalmente a la

negación del derecho a la intimidad a las personas presas, pues, como ya hemos dicho, lo interior en cuanto no expresado o no relevado no tiene relevancia jurídica.

Antes al contrario, es preciso liberar la relación penitenciaria de su confinamiento en la categoría de relación de sujeción especial, donde la intimidad personal de las personas reclusas se diluía en la intimidad mayor del espacio interior del Estado, una intimidad esta, la estatal, ficticia e inventada que impedía las garantías jurídicas más elementales.

De este modo se recupera en la relación penitenciaria el ámbito de libertad individual en que la persona es soberana frente a la esfera pública del Estado, en un equilibrio que fue el origen del derecho de intimidad.

Los límites del derecho de intimidad en la prisión deben de ser interpretados restrictivamente y hallar su justificación tan sólo en las finalidades tasadas de la institución penitenciaria. Es decir que el derecho de intimidad de las personas presas sólo podrá limitarse cuando se pongan en peligro la reeducación y reinserción social del recluso, así como el orden y seguridad del establecimiento penitenciario.

Por el contrario el derecho a la intimidad en la prisión debe de ser interpretado positivamente, valorándolo en su condición de elemento central del ordenamiento jurídico, considerando todo su contenido como esencial, y en consecuencia respetarlo, llevándolo al mayor desarrollo, promoción y despliegue del mismo.

De esta manera deberá interpretarse para las prisiones el “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Así, después de analizar la legislación penitenciaria, se puede afirmar que el ámbito íntimo del interno está constituido por espacios y tiempos concretos, y además, por el poder de control de acceso físico a la propia persona y sobre la información acerca de sí mismo.

Entre los espacios se encuentran los individuales y aquellos que hacen posible la relación íntima con otras personas.

Los espacios individuales son la celda o dormitorio individual y el espacio adecuado para guardar las pertenencias personales. La celda pertenece a la categoría de espacios personales primarios, considerados una extensión de la propia identidad de sus ocupantes, lugares con significado, que trascendiendo la dimensión física son emanación de su persona. Por eso nosotros, apoyados en la legislación penitenciaria, mantenemos la existencia de un derecho a la celda individual para preservar el área de intimidad necesaria tanto para una vida digna como para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena.

Por su parte los espacios relacionales son aquellos que propician la dimensión positiva de la intimidad en cuanto posibilidad de tener o crear intimidad con otras personas. Estos espacios se pueden dividir en permanentes y no permanentes. Los no permanentes son los departamentos apropiados para preservar la intimidad en toda clase de comunicaciones. Los permanentes se corresponden con las unidades de madres para la convivencia materno-filial y los departamentos mixtos que permiten la convivencia de parejas, cuando ambos miembros están privados de libertad. Y aquí debemos señalar el gran avance experimentado en la legislación penitenciaria que, superando el tradicional criterio de separación de sexos, permite la convivencia de parejas, sean o no matrimonio, sean del mismo o de diferente sexo. Sin embargo queda pendiente el reconocimiento del derecho de los hijos menores de tres años a convivir con sus padres varones en prisión.

El tiempo íntimo es aquel que el horario penitenciario dispone, tanto para actividades personales del interno, como para las comunicaciones y convivencia. En este sentido consideramos tiempo individual el descanso nocturno en el dormitorio individual, y el tiempo destinado a actividades que precisan de una intimidad que requiere, a su vez, de un espacio y condiciones adecuados, como son las necesidades espirituales, el tratamiento, los asuntos propios, las actividades intelectuales, de estudio, formación académica y artística.

Mención especial nos merece el espacio y el tiempo íntimos que requiere el tratamiento penitenciario, pues si éste es el conjunto de actividades encaminadas a la reeducación y reinserción social de los penados, haciendo de estos unas personas responsables y respetuosas, qué duda cabe que para la asimilación de estas capacidades se requiere una intimidad personal expresada en tiempo, espacio y condiciones adecuadas.

Los tiempos para las comunicaciones y la convivencia son los que permiten la relación del interno con otras personas. Tanto en las comunicaciones como en la convivencia, el interno puede tener intimidad familiar con las personas con las que mantiene un vínculo afectivo. Nosotros consideramos que hemos podido fundamentar que las comunicaciones son un derecho de los internos, en cuanto que habilitan para éstos un espacio y un tiempo reservados frente a la acción y conocimiento de los demás. Por tanto se puede sostener que las comunicaciones son ejercicio del derecho fundamental de intimidad, y dentro de ellas las visitas de contenido sexual, la máxima expresión de este derecho. El que las comunicaciones íntimas sean compatibles con las distintas opciones sexuales de los internos también son muestra de la asunción de la evolución social y cultural.

El mantenimiento de un mínimo de comunicaciones y la convivencia materno-filial son tenidas en cuenta a la hora de limitar las penas o sanciones

La intimidad familiar también es tenida en cuenta para obtener permisos de salidas en los supuestos de fallecimiento y enfermedad grave de las personas afectivamente significativas, así como en el caso de alumbramiento de la esposa. Y lo mismo sucede en la propia localización geográfica de los centros penitenciarios que debe de facilitar que el condenado a prisión cumpla la pena en lugares cercanos a sus personas íntimas.

El respeto a la intimidad es tenido en cuenta de manera especial en el procedimiento de ingreso en prisión

El tercer elemento del ámbito íntimo de la persona es el poder de control tanto del acceso físico a la propia persona como a la propia información. En la prisión estos controles, encuentran su manifestación en la necesidad de la autorización

del interno para compartir celda, en su derecho a conocer su expediente personal; a mantener reservada su condición, en la necesidad de su consentimiento para facilitar la información a él relativa y en la protección de sus datos personales, clínicos e información sanitaria. Y aunque la legislación penitenciaria admite que ciertos datos pueden ser cedidos o difundidos, sin el consentimiento del interesado, cuando así lo disponga una ley por razones de interés general, entendemos que es una previsión que vulnera el derecho a la intimidad.

La intimidad es tenida en cuenta para recibir información acerca del fallecimiento y enfermedad grave de las personas afectivamente significativas

Hasta aquí ha llegado nuestra descripción y nuestra valoración del control de información que puede ejercer la persona interna en un centro penitenciario. Ahora nos referiremos a la pérdida de este control que, a nuestro juicio, se produce tanto en las intervenciones corporales como en los registros de celda (debidamente justificados por supuesto), donde se sacrifica absolutamente el derecho a la intimidad, pues en ambas actuaciones se destruyen los dos elementos de este derecho. El ámbito reservado deja de tener está característica y el control sobre el mismo se pierde completamente.

La invasión del territorio y la violación del espacio personal que suponen estas intervenciones son hechos tradicionalmente considerados graves al constituir intromisiones en la intimidad. La inviolabilidad del espacio personal así como la presencia de la persona afectada por un registro constituyen manifestaciones muy antiguas del derecho a la intimidad

En las intervenciones corporales se produce un acceso in consentido al propio cuerpo, con la consiguiente quiebra de la integridad física y de la intimidad corporal, así como la consiguiente afectación del sentimiento de pudor.

En los registros se accede al espacio íntimo sin el consentimiento de la persona que lo ocupa, que pierde así el control sobre la información que sobre sí misma, puede obtenerse con esta intervención

Lo único que se puede preservar, y ya es bastante, es la dignidad personal mediante un procedimiento cuidadoso y respetuoso en estas actuaciones. Para

los registros la presencia del interesado y el traslado posterior del informe del resultado de la diligencia le dan la oportunidad de tener el conocimiento de la injerencia y en consecuencia preservar el derecho fundamental a las garantías procesales ex art. 24 CE.

En conclusión, el ámbito propio y reservado de la persona en prisión está constituido por el control sobre su información, y los espacios y tiempos que le reconoce la legislación penitenciaria para el desarrollo y expresión de su intimidad.

Este es el concepto del derecho a la intimidad penitenciaria, que hemos obtenido, aplicando el método para hallar la esencia del derecho de intimidad a dicha legislación.

Es una intimidad posible, que deberá interpretarse y aplicarse en el sentido de su mayor expresión, desarrollo y eficacia, para lograr el objetivo de este derecho que, no es otro que el de una calidad mínima de vida humana y la posibilidad de una reinserción futura.

Esta tarea deberá hacerse con especial atención y cuidado, dados los condicionantes de la prisión, derivados de su naturaleza de institución total.

Si se ha rescatado la intimidad de las personas presas, que en la antigua relación de sujeción especial, se diluía en la intimidad mayor de la Administración; ahora se debe identificar y preservar esa esfera de libertad individual, que significa la intimidad, en el ámbito de la prisión, donde la presencia de la esfera pública es más intensa.

De este modo se reactualizará el origen y sentido del derecho de intimidad que es la reivindicación de un espacio privado, como respuesta y defensa frente al espacio público.

El jurista, intérprete y aplicador de la Ley, tiene la obligación de desarrollar, en toda su potencialidad, la intimidad de las personas en el ámbito público de la prisión. Cuenta para ello con la herramienta de una legislación humanista y humanitaria, para hacer realidad el fin de la intimidad, que es una vida digna;

dignidad del hombre que, en cuanto ser dotado de consciencia, le faculta para tener intimidad.

CONCLUSIONES

Primera.-

La intimidad es una realidad humana preexistente al Derecho, y éste, como creación del hombre que pretende la organización de la vida social, utiliza conceptos que son objeto de reflexión y estudio por parte de otras disciplinas no jurídicas. Es lo que sucede con la intimidad, de la que se han ocupado, cada una desde su peculiar visión, la Filosofía, la Psicología y la Sociología.

De forma general, los sociólogos y psicólogos utilizan indistintamente las palabras “privacidad” e “intimidad”, como sinónimas; la Filosofía, en cambio, las distingue entre sí. No obstante, ambas palabras “privacidad” e “intimidad”, hacen referencia a una noción espacial, bien física, bien simbólica.

La Filosofía sitúa la intimidad en el fuero interno de la persona y la identifica con la consciencia o conciencia que el ser humano tiene de su propia identidad, de sí mismo. Esta conciencia del propio yo hace posible que la persona pueda tomar decisiones voluntarias y libres, y en consecuencia, hacerse responsable de sus actos.

La Filosofía distingue “intimidad” y “vida privada” o “privacidad”. La vida privada se define en relación con la vida pública, que se diferencian por la existencia o no de su difusión. La intimidad, en cambio, es un concepto absoluto cuya esencia es ser interioridad”.

La concepción psicológica de intimidad pivota sobre la idea de control. Mediante la intimidad o privacidad la persona regula el contacto físico con los demás y la información acerca de sí misma. El individuo necesita regular con quién se interactúa y en qué grado, y controlar el contenido de información personal que se trasmite a los demás.

La privacidad y la interacción social se regulan mediante los mecanismos de la territorialidad y del espacio personal. Tanto la invasión del territorio como la violación del espacio personal pueden ser consideradas como hechos graves al constituir intromisiones en la intimidad

La Sociología utiliza preferentemente el término privacidad para referirse a la intimidad, y la define como la esfera de soberanía individual o esfera privada de cada individuo, que como ámbito de libertad, es reconocida socialmente y garantizada por el Derecho. En cuanto esfera privada, la privacidad es un ámbito donde los demás no tienen derecho a inmiscuirse y se opone a la esfera pública, en la que se incluye al Estado.

La delimitación de las esferas pública y privada, con la consiguiente aparición de la intimidad, tuvo lugar en la Edad Moderna. Tres fenómenos alentaron este proceso: la Reforma, el nuevo Estado y la propagación del alfabetismo. Y los tres envueltos en el Racionalismo que, al considerar la razón como instrumento del hombre para entender el mundo; precisa de una soledad individual para propiciar la relación directa entre el sujeto cognoscente y el objeto de análisis.

El Estado Moderno es un Estado soberano que monopoliza el poder político y que, al institucionalizarse, crea un espacio público. Frente al espacio público surge la esfera privada como ámbito de libertad individual en la que la persona también es soberana. El espacio privado, pues, aparece como respuesta y defensa frente al espacio público.

La idea de privacidad se gesta en la filosofía política liberal, principalmente con Locke, Stuart Mill y Constant, en los cuales el concepto de privacidad tiene un sentido normativo que ha llegado hasta nuestros días y que ha generado la expresión "right of privacy". Expresión que hace referencia al derecho a tener un control exclusivo sobre la vida privada y un límite frente al poder, que ha sido traducido como derecho a la intimidad.

El respeto a la privacidad es expresión de tolerancia y del carácter democrático y pluralista de gobiernos y sociedades. Así entendida la privacidad es una libertad negativa, un ámbito de no coerción. Esta esfera privada necesitará defenderse del poder, de ahí la necesidad de garantizarla jurídicamente a través de las llamadas libertades civiles que llegan a constitucionalizarse.

Segunda.-

La doctrina es unánime en señalar el artículo de Samuel Warren y Louis Brandeis, escrito a finales del siglo XIX, como el acta fundacional del derecho a la intimidad. The right to be let alone, el derecho a no ser molestado, o el derecho a la intimidad, amparado en el Common Law, se abrió paso como derecho fundamental en los textos constitucionales; lo que en Europa aconteció bien entrado el siglo XX.

Sin embargo, en la historia se encuentran manifestaciones de la intimidad, que han sido objeto de protección jurídica antes de la formulación expresa de la intimidad como derecho específico.

En la Edad Media están las raíces profundas de la libertad como autonomía y como seguridad, como tutela de los propios derechos y de los propios bienes, de ahí que entre las instituciones y los textos medievales, se encuentren antecedentes de una protección a la intimidad.

Con el movimiento constitucionalista; aparecen los derechos fundamentales, propiamente hablando, los cuales, desde su origen y en toda su evolución histórica hasta la actualidad, tienen su fundamento en la idea de la dignidad humana que consiste en la capacidad que el hombre tiene de elegir.

Es de señalar la gran similitud del concepto de dignidad humana con el concepto filosófico de intimidad; el cual como consciencia reside en el núcleo más profundo de cada individuo, donde se toman las decisiones de forma voluntaria y libre.

Dignidad y consciencia, dignidad y concepto filosófico de intimidad son la cara externa y la cara interna de la misma realidad. Se puede decir que la percepción del individuo como ser moral tiene su correspondencia y manifestación externa en la dignidad, reconocida por la cultura y la sociedad.

Se puede afirmar que los derechos fundamentales surgen a la par que el concepto de privacidad o esfera privada. Es más, creemos que los derechos fundamentales son una manifestación esencial de la privacidad; pues la esfera

privada precisa del reconocimiento de unos derechos que preserven el espacio personal de libertad que supone.

Al objeto de evitar las guerras por motivos religiosos, surgió la tolerancia como precursora de la libertad religiosa, considerada el primer derecho fundamental. Una libertad religiosa que tiene su asiento en la conciencia de la persona (concepto filosófico de intimidad) y pertenece a lo más íntimo de la esfera privada del individuo (concepto sociológico) de intimidad.

En los textos de derechos fundamentales del siglo XVIII persiste la manifestación de la intimidad en la libertad de conciencia y en la no utilización de la casa sin consentimiento de su dueño, aparece la inviolabilidad del domicilio y de los papeles y efectos privados e irrumpen los derechos al goce de la vida, a la libertad y a la seguridad, que serán los presupuestos que en el futuro propiciarán la aparición del derecho a la intimidad.

En el siglo XIX, la intimidad aparece reflejada en la inviolabilidad del domicilio, en el secreto de los efectos y papeles privados y de las comunicaciones. En algún caso se regula la inspección o registro de estos papeles y correspondencia que habrá de hacerse en presencia del propietario, señalando así una de las dimensiones de la intimidad que es el control de la información acerca de uno mismo.

A finales del siglo XIX Warren y Brandeis formularon la actual concepción del específico derecho de intimidad. Para ello partieron de la naturaleza espiritual del ser humano, en la que se incluye la vida privada, y del derecho a la vida, como derecho a disfrutar de la misma. Desde estos dos presupuestos encontraron en el Common Law el principio de la total protección del individuo y de sus bienes, el cual también otorga a cada persona el derecho al control absoluto sobre la difusión de su vida privada. Este derecho es el derecho de intimidad, que tiene su fundamento tanto en la inviolabilidad de la persona como en el derecho de propiedad, entendido en un sentido amplio.

Desde entonces el derecho de intimidad ha ido integrándose en los textos constitucionales modernos. En las constituciones vigentes siguen estando presentes las manifestaciones clásicas de la intimidad: conciencia, inviolabilidad

del domicilio e inviolabilidad de las comunicaciones, y aparece la declaración del derecho específico a la intimidad, lo cual no ha supuesto el fin de la evolución en la concreción del objeto protegido. La intimidad recibe otros nombres como “vida privada” y es calificada con adjetivos que la matizan como “personal” y “familiar”. La esfera privada, considerada como ámbito espacial, se vincula a la vivienda que “preserva la intimidad personal y familiar”.

Tercera.-

Los conceptos de intimidad que el Juzgador Constitucional formula, de modo expreso, presentan una gran similitud con la concepción sociológica de privacidad. Dentro de esos conceptos, el que ha hallado mayor fortuna, es el de “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

La utilización expresa de un concepto sociológico de intimidad no es óbice para descubrir las concepciones filosófica y psicológica que el Alto Tribunal, de manera implícita, esgrime en sus resoluciones.

Antes al contrario, el concepto filosófico está presente y podemos sostener que el concepto psicológico es el más utilizado por el Juzgador Constitucional. En los sucesivos conceptos de intimidad utilizados por el Alto Tribunal aparecen nuevos elementos y matices del control sobre el acceso físico y a la información sobre uno mismo, que integran la concepción psicológica.

En las nociones constitucionales del derecho de intimidad, se configura el mismo como un derecho “vinculado a la personalidad” y “ligado al respeto de la dignidad de la persona”. Este derecho tiene dos notas esenciales, presupone un ámbito y atribuye un poder.

El ámbito es calificado de propio, reservado y necesario. Propio como perteneciente a la persona; reservado frente a la acción, injerencia, conocimiento y divulgación de los demás o terceros; y necesario, para mantener una calidad mínima de la vida humana, necesidad ésta que se valora y concreta en función de la cultura vigente en cada momento.

El poder atribuido por el derecho de intimidad es un poder jurídico que atribuye a su titular una serie de facultades. La persona tiene el poder de resguardar el ámbito reservado, que constituye la intimidad, para sí y su familia de una publicidad no querida.

Es un derecho al secreto, a poseer intimidad, vida privada. Supone un control sobre la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de esa información. Este poder jurídico contiene la posibilidad de vedar a los demás que señalen los límites de nuestra vida privada, de imponerles que no den a conocer esa información, de prohibirles su difusión.

El primer elemento de la intimidad es el ámbito, un término que hace referencia a una noción espacial, bien física y real, bien figurada y simbólica. El Tribunal Constitucional ha ido precisando los contornos y el contenido de este ámbito del derecho de intimidad. Un análisis de su jurisprudencia nos hace ver como el espacio contenido del ámbito se ha ido agrandando y sus límites precisándose y ensanchándose.

La intimidad como consciencia o fuero interno, que es la concepción filosófica, se encuentra en varias sentencias. Siempre que en las resoluciones se relaciona la intimidad con la conciencia, como sucede en los supuestos de intenciones subjetivas, objeción de conciencia, vida interior o zona espiritual y reservada de la persona; se está utilizando el mismo concepto de intimidad de la Filosofía.

Conciencia, aparte, todas las demás manifestaciones de la intimidad se pueden reconducir al control del acceso bien físico bien a la información sobre uno mismo. De ahí, que se pueda afirmar que la concepción psicológica de intimidad, es la que prevalece en el Alto Tribunal a la hora de delimitar el ámbito propio y reservado.

El Tribunal Constitucional ha ido incorporando distintas dimensiones de la vida humana, al ámbito propio y reservado que el hombre siente el instinto de controlar.

De esta manera, la intimidad corporal garantiza al individuo el control del acceso físico a su persona, al mismo tiempo que protege el sentimiento de pudor. El derecho constitucional a la intimidad prohíbe la exhibición in consentida del

cuerpo desnudo, y las intervenciones corporales tendentes a obtener información. La sexualidad, la información sobre la salud, la enfermedad, el dolor y la muerte del individuo, encuentran también cobijo en la intimidad constitucional.

La protección del domicilio supone el control del acceso físico al espacio personal y a la territorialidad. Este control se extiende a la información que se puede obtener mediante dicho acceso. El domicilio es el espacio íntimo por excelencia, un lugar con significado, merced a la impronta que la persona, en cuanto ser espiritual, deja en él.

Aunque gozan de la protección de un derecho fundamental específico, las comunicaciones son manifestación de la intimidad. Para proteger la intimidad se garantiza la impenetrabilidad y el secreto de las comunicaciones, tanto de la identidad de los interlocutores como de lo comunicado, sea cual sea su contenido y el cauce tecnológico utilizado.

Una vez contemplado el individuo en sí mismo, como interioridad y como realidad corporal, una vez observadas su proyección en el espacio y su expresión en las comunicaciones; la intimidad se ocupa de sus relaciones. Cuando la persona sale de sí misma y entra en relación con los otros también se abren parcelas de intimidad. El vínculo con determinadas personas, como son los familiares, hace que los aspectos de la vida de aquellas incidan en la propia esfera de la personalidad del individuo, resultando para éste un derecho a la intimidad propio, no ajeno. Se consideran íntimas las relaciones conyugales y otras relaciones afectivas distintas a las matrimoniales, así como el origen y la filiación y las relaciones y costumbres familiares.

Los datos económicos son aptos para acceder a informaciones no sólo atinentes a la esfera económica de la persona sino concernientes directamente a su vida íntima personal y familiar, por eso el Juzgador Constitucional los ha considerado íntimos y ha vinculado su protección a la protección de la privacidad entendida como libertad y autorrealización del individuo.

Las personas no tenemos compartimentos estancos donde podamos aislar las distintas facetas de nuestra vida; antes al contrario, nuestras dimensiones son

permeables entre sí. De ahí que en el desempeño de nuestro trabajo o profesión surgen relaciones con otras personas en las que podemos compartir una intimidad que debe ser objeto de protección.

Los datos personales, obrantes en cualquier soporte, pueden ser fuente de información sobre la vida privada que es necesario controlar. Por eso mismo el artículo 18.4 C.E., establece la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; lo que supone el control de la información sobre la persona. Es un derecho fundamental autónomo que guarda una estrecha relación con el derecho a la intimidad, del que constituye un instituto de garantía, aunque tiene un objetivo más extenso que éste, pues su garantía no sólo alcanza a la intimidad que protege el art. 18.1 CE, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no.

Hemos calificado de especial la intimidad de los colectivos de personas integrados por los menores, las personas públicas y las personas en prisión.

Respecto de los menores la delimitación del ámbito propio y reservado deja de ser opinable. El legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar pertenece a ese ámbito propio y reservado de manera incuestionable.

En contraste con lo anterior las personas con relevancia pública ven reducido su ámbito de libertad. En este caso el derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información debe ser interpretado restrictivamente, siempre y cuando la información transmitida sea veraz y se refiera a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública.

El tercer colectivo de personas que ostentan una intimidad especial, en este caso también reducida, al igual que las personas públicas, son las personas que se encuentran en centros de internamiento y en prisión. La limitación de su intimidad se debe, según el Tribunal Constitucional, a necesidades de organización y seguridad para los primeros y a la pérdida de la libertad para los segundos, que tiene como una de las consecuencias más dolorosas la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior.

Cuarta.-

Desde la primera sentencia 29/1981, de 24 de julio, hasta la actualidad, el Tribunal Constitucional ha dictado más de un centenar largo de sentencias en materia penitenciaria; y en cerca de veinte ocasiones, diecinueve en concreto, se ha acercado a alguna de las dimensiones del derecho a la intimidad de las personas internas en los centros penitenciarios, una de las intimidades que hemos calificado de “especial” dada la reducción que sufre su ámbito.

Son muchos y variados los aspectos del derecho de intimidad que han sido objeto de estas sentencias: comunicaciones, comunicaciones especiales o “vis a vis”, intimidad corporal, celda e intimidad familiar.

Las distintas cuestiones que la jurisprudencia constitucional plantea sobre el derecho de intimidad en el ámbito de la prisión, permite clasificarlas bajo los títulos de intimidad limitada, intimidad afectada, intimidad reconocida e intimidad negada, tal y como creemos que hemos podido demostrar.

Quinta.-

El Tribunal Constitucional afirma que es la propia Constitución la que configura la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, como una relación de sujeción especial

A esta categórica afirmación llega el Alto Tribunal, porque considera que la Constitución, en su art. 25.2, al contemplar el estado de las personas reclusas, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones. Unas limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios.

Lo anterior supone que todo un colectivo de personas, el de las privadas de libertad, se integra en el marco conceptual que representa la categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial.

La relación especial de sujeción es una figura controvertida, donde la doctrina no se pone de acuerdo ni sobre su naturaleza ni sobre la utilidad de su existencia.

Las relaciones de sujeción especial tuvieron su origen en la monarquía constitucional alemana del siglo XIX, y han logrado mantener su vigencia en un contexto histórico y constitucional muy distinto a aquel que las vio nacer. La posición central del monarca le situaba como dominus único del ejecutivo, identificándose con él, y de esta guisa se formó un bloque representado por el rey, su administración, su ejército y su funcionariado. Frente a este bloque se constituyó otro, integrado por el parlamento, el pueblo y la sociedad.

Dos bloques o dos esferas, la externa y la interna. En la esfera externa se sitúan las relaciones de sujeción general, en las que el Estado crea Derecho con obligaciones para los ciudadanos. Por su parte, las relaciones de especial sujeción se residencian en la esfera interna del Estado, el bloque del Estado configurado como el espacio interior, íntimo, del mismo. En este espacio imperaba la voluntad absoluta del monarca, el Derecho quedaba excluido y, por lo tanto, las relaciones no eran jurídicas.

Frente a las relaciones de general sujeción, donde las garantías jurídicas aseguran una esfera de libertad a los individuos, las personas inmersas en una relación de sujeción especial sufrían una triple quiebra, la invalidez del principio de legalidad de la Administración, la inexistencia de derechos fundamentales y la desprotección judicial.

Con la Constitución de Weimar de 1919 se declaró la soberanía popular, desapareció la monarquía y con ella el principio monárquico, se estableció la supremacía de la ley y la vinculación de la Administración a aquélla. En consecuencia las relaciones de sujeción especial tuvieron que ser revisadas. Ya vigente la Ley Fundamental de Bonn de 1949, tuvo lugar la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 14 de marzo de 1972, que concluyó que las relaciones de especial sujeción sólo están justificadas desde la Constitución, por lo que deben respetarse los derechos fundamentales y el principio de legalidad.

En España, se recibió la categoría de las relaciones de sujeción especial a principios de los años sesenta del siglo pasado, importando el concepto no como era entendido entonces en el Derecho alemán, sino conforme a su concepción antigua y con los límites que tenía en la época clásica.

Desde entonces la jurisprudencia española comenzó a aplicar las consecuencias de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, no sólo al limitado grupo que la doctrina alemana incluía tradicionalmente en este tipo de relaciones, sino indiscriminadamente a otros sectores con las graves consecuencias de restringir derechos fundamentales y crear inseguridad jurídica.

Se puede afirmar que las relaciones jurídicas, de especial sujeción, tienen como elemento común la permanente, duradera y estrecha relación entre la Administración y el administrado. Esta íntima inmediatez no busca sólo la satisfacción de los intereses del administrado, sino el mejor cumplimiento de los intereses generales que la Administración tiene constitucionalmente confiados.

Nosotros somos contrarios a la utilización de la categoría jurídica de relación de sujeción especial. El origen, la historia y las consecuencias de la aplicación de las relaciones de sujeción especial las lastran de tal manera, que su utilización como categoría confunde una labor de aplicación y entendimiento.

Por otra parte, de la literalidad de las normas constitucionales no se desprende la asunción expresa de la categoría de las relaciones de sujeción especial. En realidad, creemos que lo que la Constitución hace, en determinados preceptos, es limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a colectivos de personas por mor de una finalidad. Los presos ven limitados el ejercicio de sus derechos en virtud de la finalidad que debe cumplir la institución penitenciaria en la que están internados.

El artículo 25.2 CE es rotundo cuando declara la vigencia de los derechos fundamentales para la personas en prisión, asimismo sitúa la relación penitenciaria bajo la reserva de Ley y dada su ubicación sistemática obliga a que su regulación se acometa a través de la Ley orgánica. Esta habilitación al legislador orgánico sólo le autoriza a limitar los derechos fundamentales en la medida en que no se perjudiquen los fines de la institución penitenciaria que son la reeducación y reinserción social del recluso.

Sexta.-

Los derechos fundamentales pueden ceder ante los límites que la propia Constitución establece, bien de modo expreso, bien tácitamente, estos últimos

son aquellos que se infieren de manera mediata o indirecta de la Constitución al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos.

Los límites a los derechos fundamentales deben cumplir una serie de condiciones. Destacan, entre ellas, la exigencia de la proporcionalidad de los límites y el respeto al contenido esencial como último valladar de la restricción

Es doctrina consolidada del Alto Tribunal que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales está determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad; a cuyo tenor, una medida limitadora de un derecho fundamental debe superar el juicio de proporcionalidad, cumpliendo los tres requisitos de éste, idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

En el ámbito concreto de la Administración Penitenciaria, la proporcionalidad también es regla tanto para la configuración legal, como para la aplicación de las limitaciones derivadas del artículo 25.2 CE. Por tanto finalidad penitenciaria y proporcionalidad son los requisitos de las limitaciones a los derechos fundamentales en la realidad penitenciaria.

La doctrina es mayoritaria en aceptar la técnica de control que es la proporcionalidad, y que el Tribunal Constitucional utiliza para supervisar la actuación de jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Sin embargo, existen autores muy críticos con la utilización del principio de proporcionalidad. En este sentido, son varios los autores que consideran que los conflictos entre derechos son sólo aparentes y se resuelven con la delimitación de los derechos en aparente lid, no siendo precisa la restricción de un derecho para proteger a otro.

En nuestro estudio, nosotros hemos tenido en cuenta, tanto el principio de proporcionalidad, en cuanto técnica apta para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, como la interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, recomendada por los que niegan la existencia de estos conflictos.

Séptima.-

Tanto nuestra jurisprudencia constitucional como nuestra doctrina interpretan el contenido esencial del art. 53.1 CE, como garantía de los derechos y libertades frente a la actividad legislativa limitadora de los mismos. La garantía del contenido esencial se entiende como “límite de los límites” que el legislador no puede atravesar sin incurrir en inconstitucionalidad.

Una interpretación, a nuestro juicio sorprendente, pues el artículo 53.1 habla de “regular el ejercicio” no de “limitar”, expresiones que no pueden en modo alguno considerarse coincidentes.

Frente al sector mayoritario de la doctrina que entiende la expresión “respetar su contenido esencial”, en negativo, como un límite al legislador cuando limita derechos fundamentales, nosotros nos adherimos a la interpretación positiva que concibe el respeto al contenido esencial de un derecho como desarrollo, promoción y despliegue del mismo.

La interpretación negativa de la expresión “respetar su contenido esencial” lleva a que el legislador pueda restringir los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Un límite que se explica conforme a dos conocidas teorías: la teoría relativa y la teoría absoluta.

La teoría relativa supone, para el objeto de nuestro estudio, que el derecho de intimidad de las personas presas puede terminar por desaparecer totalmente si encuentra una justificación.

Las teorías absolutas también conducen a una relativización de los derechos fundamentales, pues limitan la protección tan solo al núcleo duro, con lo que la parte accesoria queda expuesta al acción del legislador.

En definitiva tanto las teorías relativas como absolutas conducen a la paradoja de que una garantía, la del contenido esencial, concebida para limitar al legislador, abre una brecha para relativizar la protección de los derechos fundamentales.

Nosotros nos adherimos a una concepción unitaria del contenido de los derechos fundamentales. Todo el contenido de los derechos fundamentales

constituye la esencia de los mismos. La determinación del contenido esencial requiere una labor hermenéutica fundamentada en los preceptos constitucionales, en el marco de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución.

Nosotros consideramos que hemos identificado la esencia del derecho fundamental de intimidad a partir del estudio realizado en los Capítulos Primero, Segundo y Tercero de nuestro trabajo, lo que nos ha permitido, además elaborar un concepto de derecho de intimidad penitenciaria.

Octava.-

La dimensión físico-corpórea, incluida por la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la intimidad, es la que ha sido afectada en los hechos de las dos sentencias que hemos denominado de “huelga de hambre” y en los de las cinco que hemos designado de “cacheo”.

Las cinco sentencias de “cacheo” se han denominado así por tener su origen en un cacheo practicado por razones de seguridad, que es un acto destinado a descubrir si la persona presa oculta en su cuerpo o, entre sus ropas, sustancias prohibidas u objetos peligrosos.

Los cacheos penitenciarios se pueden incluir en las llamadas “intervenciones corporales”, en las que la falta de consentimiento y la presencia de la coacción hacen que incidan de modo grave en los derechos fundamentales del intervenido, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad.

En los cacheos, desaparecen, o mejor dicho, se destruyen los dos elementos del derecho de intimidad: el ámbito reservado, que deja de serlo y el control sobre el mismo, que se pierde.

Aunque para el Tribunal Constitucional mediante la intimidad corporal queda protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad, nosotros consideramos que el pudor no es susceptible de objetivación, pues lo entendemos como un instinto que preserva lo que cada

persona considera íntimo. De ahí, que cualquier parte del cuerpo, por diferentes motivos individuales, puede ser íntima y como tal protegida por el pudor.

Por lo tanto, y contrariamente a lo mantenido por el Tribunal Constitucional, nosotros consideramos que cualquier actuación sobre el cuerpo humano, independientemente de las partes afectadas y de los medios utilizados, supone intromisión en la intimidad, siempre y cuando la persona sea contraria a dicha intervención. Es la persona la que decide libremente el acceso de otras personas a su propio cuerpo.

Es doctrina consolidada del Alto Tribunal que para que la afectación de la intimidad, que supone la práctica de un cacheo, se considere constitucionalmente legítima se requiere que la medida sea imprescindible para el orden y seguridad del centro penitenciario, dadas las circunstancias del establecimiento y la conducta previa del interno, que además deberán ser acreditados mediante la correspondiente fundamentación.

Por nuestra parte entendemos que, en el caso concreto de los cacheos, el derecho de intimidad no sólo no es obstruido más allá de lo necesario sino que, como hemos dicho, desaparece, pues se destruyen los dos elementos del derecho de intimidad: que son el ámbito reservado, que deja de serlo y el control sobre el mismo que se pierde. Nos hallaríamos, por tanto, en uno de los supuestos donde la doctrina admite la desaparición total del derecho fundamental.

Novena.-

Las otras dos sentencias, en cuyos hechos consideramos que la dimensión corpórea ha sido afectada, son las que hemos denominado de “huelga de hambre”. En los supuestos de hecho de estas sentencias el acceso al cuerpo de las personas presas tuvo su origen en una asistencia médica en aras de conservar la vida y salud de los internos.

El estado morbosos de los presos fue consecuencia de la huelga de hambre, que los reclusos mantenían para presionar a la Administración Penitenciaria para obligarla a cambiar una decisión.

El tratamiento médico fue practicado en contra de la voluntad de los internos, por lo que desde nuestro concepto de intimidad, ésta resultó afectada al haber habido un acceso no consentido al cuerpo de una persona.

Contrariamente a lo mantenido por el Tribunal Constitucional, nosotros, al concebir como esencial todo el contenido de los derechos fundamentales, consideramos que la intervención médica realizada afectó al derecho a la intimidad, independientemente de las partes del cuerpo sobre los que se actuó, los medios empleados, y la finalidad perseguida.

Y aunque el Alto Tribunal afirma que la asistencia médica obligatoria tan sólo significó una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el artículo 15 CE, nosotros entendemos que, a través de la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular, con lo que constituiría una auténtica vulneración de este derecho, que se extendería al derecho de intimidad.

En este sentido nosotros entendemos que la intimidad corporal forma parte de un derecho más amplio que podríamos denominar “inmunidad corporal”, y que a su vez sería el aspecto pasivo de la libertad de disponer sobre el propio cuerpo.

No cabe duda que, desde nuestra concepción de intimidad como control del acceso físico a uno mismo, la asistencia médica forzosa supone el sacrificio total del derecho de intimidad. Este sacrificio se justifica, a nuestro entender, no en el principio de proporcionalidad, ni en la teoría absoluta del respeto al contenido esencial, como parece que lo hace el Tribunal, sino en los fines de la institución penitenciaria que son la reeducación y la reinserción social de los reclusos para los que es imprescindible la vida.

Décima.-

La sentencia llamada de los “Rayos X” es la última sobre intimidad corporal que ha sido objeto de nuestro estudio, y aunque no tiene como objeto el derecho de intimidad sino el derecho a la integridad física protegido el art. 15 C.E, es traída aquí porque en sus fundamentos de derecho se enjuician los hechos conforme a la garantía constitucional de la intimidad.

Para nosotros es incuestionable que la exploración mediante rayos X constituye una intervención corporal, en cuanto medida de investigación en ausencia de consentimiento por parte de la persona intervenida. La falta de autorización del interesado y la presencia de coacción de estas medidas hacen que los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad resulten afectados.

Incluso desde los propios conceptos del Tribunal, los hechos afectaron a la intimidad, ya que la exploración mediante rayos X supuso una intromisión en el “ámbito propio y reservado” que constituye la intimidad personal y consistió en una indagación sobre el cuerpo, contraria a la voluntad de la persona, con el fin de obtener información” que es una conducta atentatoria contra la intimidad adjetivada de “corporal”.

El hecho de que el Juzgador constitucional considere que una intervención corporal de esta naturaleza es respetuosa con la intimidad, creemos que se debe a que el Tribunal confunde la intimidad con el procedimiento con el que se afecta a la misma. No fue la intimidad la que fue respetada; en todo caso, lo que se respetó fue la dignidad de la persona al escoger un procedimiento cuidadoso en la práctica de la intervención personal.

Undécima.-

Dos son las sentencias, que han tenido por objeto el enjuiciamiento de la constitucionalidad de registros de celda en relación con el derecho fundamental de intimidad. Los supuestos de hecho de estas sentencias contemplan la intimidad en su dimensión espacial.

El Tribunal Constitucional parte de que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante. En consecuencia, este ámbito debe ser salvaguardado para proteger una intimidad tan limitada como la que se puede dar en el interior de la prisión. La preservación de un área de intimidad también es necesaria para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena.

Resulta evidente que los registros conllevan una intromisión en el espacio íntimo de una persona y, como tal intromisión, presupone la voluntad contraria de

aquella. De ahí que el registro es calificado como restricción del derecho de intimidad por el propio Tribunal Constitucional.

Desde nuestro particular punto de vista, el registro de celda no conlleva una restricción de la intimidad espacial, sino su sacrificio absoluto, pues al ámbito íntimo se accede sin el consentimiento de su titular. De esta manera el ámbito propio que es la intimidad, que se califica como reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, pierde esta reserva.

El interno no puede oponerse a esta intromisión en su espacio íntimo, por lo que desaparece el control que es la otra característica de la intimidad. La pérdida de este poder de control lleva asociado, asimismo, el quebranto del control de la información que a consecuencia del registro puede obtenerse respecto de la persona afectada.

Las dos sentencias estudiadas justifican la “restricción” del derecho fundamental de intimidad, que representan los registros de celda, siempre y cuando se cumplan los siguientes dos requisitos, que el registro se desarrolle conforme al principio de proporcionalidad y que tenga una finalidad penitenciaria que es la constatación por parte de la Administración Penitenciaria de que la medida es necesaria para velar por “el orden y la seguridad” del establecimiento en atención a la concreta situación del establecimiento o el previo comportamiento del recluso.

La presencia del afectado en la práctica del registro y el informe posterior que se le traslada, le dan la oportunidad de tener el conocimiento de la injerencia; pero este conocimiento no le retribuye las facultades de una intimidad que ha sido sacrificada, no recupera el control de una información sobre sí mismo que ya ha perdido. La presencia del afectado, así como el traslado al mismo del acta del registro son garantías que se incluyen más fácilmente en el derecho fundamental a las garantías procesales declarado en el artículo 24.2 CE en previsión de un posible expediente sancionador.

Para el Tribunal un registro resulta desproporcionado y no es respetuoso con la intimidad del registrado, cuando no se practica en presencia del mismo. Sin embargo nosotros mantenemos que un registro, practicado en ausencia del

interno y con falta de información posterior, resulta desproporcionado no por afectar más una intimidad que ya se ha sacrificado totalmente por el propio registro, sino porque el modo de practicarse vulnera las garantías procesales y afecta a su dignidad como persona, al desconocer el grado de invasión que ha sufrido en su ámbito íntimo.

A pesar de la doctrina anteriormente expuesta, el Tribunal Constitucional se aparta de ella en la segunda de las sentencias de registro de celda en la que concluye por declarar la constitucionalidad de un registro efectuado en ausencia del registrado, y al que posteriormente no se le informó de su resultado, extremo este último que se justificó en la presunción de que del hecho mismo de no haber sido formalmente informado con posterioridad al registro se pudo inferir sin dificultad la información que es constitucionalmente exigible y también que el hecho de que no se le diera cuenta inmediata posterior del contenido del registro y de su resultado significa necesariamente que éste fue negativo en el caso analizado y que no hubo en él, por tanto, ninguna incidencia relevante.

Es decir toda la garantía constitucional de un derecho fundamental consiste en una presunción. En consecuencia al interno no sólo se le privó del conocimiento de la injerencia en su ámbito privado mediante su presencia durante el registro, sino que se le colocó en la incertidumbre del desconocimiento del resultado y alcance de la práctica del registro.

A lo anterior el Tribunal añade la inseguridad que significa señalar un plazo “razonable” para comunicar la práctica de la diligencia al interno, lo que representa un nuevo factor de indeterminación, incompatible con la garantía de un derecho fundamental.

Nosotros creemos que no se puede considerar proporcionado un registro de cuyo resultado no se informa a la persona afectada y mucho menos que la ausencia de información se justifique en una presunción. Si a esto añadimos un tiempo indeterminado de falta de información del resultado del registro obtenemos además del sacrificio del derecho fundamental de intimidad, la vulneración de las garantías procesales y la afectación de la dignidad de la persona.

Duodécima.-

Son cinco las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha detenido su mirada en las comunicaciones genéricas.

Se puede afirmar que las comunicaciones y visitas son un derecho de los internos, y que dentro de las mismas se distinguen varias modalidades según la condición de los visitantes. Los visitantes pueden ser familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, abogado defensor o abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y procuradores que lo representen, profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, asistentes sociales y sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente.

Estas modalidades de comunicación son de muy distinta naturaleza, por ello cada una de ellas está sometida a regímenes legales claramente diferenciados.

Se puede decir que el derecho a las comunicaciones llamadas genéricas, aquellas que se mantienen con familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, es un derecho a tener intimidad, en cuanto poder para decidir con quien compartir determinados aspectos de la vida privada. Intimidad personal en el caso de los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación, e intimidad familiar en el supuesto de visitas de familiares y amigos.

Se trata de una dimensión positiva de la intimidad en cuanto posibilidad de tener o crear intimidad con otras personas. Es una configuración positiva del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, que pone el acento no en las facultades de exclusión, sino en el acervo de facultades de realización de su titular.

En las otras dos modalidades de comunicaciones, las que se mantienen con profesionales, la intimidad manifestada es la personal, si bien en las comunicaciones con los profesionales de la justicia, al estar implicado el derecho de defensa, la intimidad se acentúa, al menos formalmente, con la obligación del secreto profesional de abogados y procuradores.

El respeto a la intimidad de las comunicaciones y visitas de los presos se puede subsumir en la concepción de intimidad en cuanto control de la información sobre sí mismo. La prescripción de que ciertas visitas tengan lugar en espacios adecuados nos remite a la dimensión física de la intimidad.

En definitiva y con respecto a las comunicaciones llamadas genéricas el Tribunal Constitucional concibe la intimidad en su manifestación de control de información sobre la persona del interno, información que se podría obtener si fuesen accesibles para terceros las comunicaciones del recluso. Este control queda preservado no sólo por el respeto formal a las comunicaciones del interno, sino que en el caso de las comunicaciones con abogados y procuradores, la preservación del control de información se asegura mediante un ámbito físico, los departamentos apropiados. Es la dimensión espacial de la intimidad la que aquí se tiene en cuenta.

Decimotercera.-

Sólo una sentencia ha contemplado un supuesto de intimidad familiar en el ámbito penitenciario. El Juzgador Constitucional reconoce la comunicación familiar como un derecho y lo integra en el derecho a la intimidad.

Esta sentencia señala que las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia, nacional o extranjera han de tener el sentido más estricto y garantista; razón por la cual, las limitaciones por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, no les son aplicables, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido.

Nosotros consideramos que si tenemos en cuenta que la pretensión del interno era comunicar con su familia en su propia lengua, todo parece indicar que, aun sin hacer alusión alguna a ello, para el Juzgador Constitucional la intimidad familiar está vinculada al uso de la lengua propia.

La propia redacción de la ley penitenciaria incide en la “propia lengua” como lengua de la comunicación; es decir, la propia lengua tiene una entidad que hace que prevalezca sobre cualquier otra lengua que el interno pueda conocer. De

este modo la lengua traspasa su función comunicativa y se convierte en símbolo de participación que remite al sentimiento de sentirse parte integrante de una comunidad.

Por todo ello es posible concluir que la intimidad de las comunicaciones telefónicas reside en el uso de la lengua propia o familiar y no en la reserva, que se pierde por la presencia reglamentaria de un funcionario.

Decimocuarta.-

Las comunicaciones llamadas “vis a vis”, también denominadas “íntimas” son aquellas que se desarrollan sin barreras. Legalmente se establece que se deben celebrar de manera que se respete al máximo la intimidad y que no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Para el Tribunal Constitucional la sexualidad se integra en el ámbito íntimo. Por ello, las comunicaciones íntimas, al posibilitar las relaciones sexuales, son un ámbito de intimidad para las personas presas. Estas relaciones íntimas han de celebrarse en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas, lo que supone la habilitación de un ámbito espacio-temporal de intimidad para las personas reclusas.

Sin embargo el Alto Tribunal en su sentencia 89/1987, de 3 de junio, considera que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por lo que la autorización para una comunicación íntima, con la consiguiente restauración episódica de un ámbito provisional de intimidad, es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad.

Los dos argumentos parecen contradecirse, se dice primero que las relaciones sexuales se incardinan en la intimidad (la sentencia 89/1987, de 3 de junio, es la primera en incluir la sexualidad en el ámbito constitucional de la intimidad), para después afirmar que no forman parte de derecho fundamental alguno.

Nosotros entendemos que las relaciones sexuales, como manifestación de la sexualidad, se integran en la intimidad y por lo tanto son objeto o contenido de

este derecho fundamental. En consecuencia su privación es una limitación y una restricción de la sexualidad y por ende del derecho fundamental de intimidad.

Tanto los principios generales de nuestro sistema penitenciario, como los preceptos concretos de su legislación, permiten hablar de un derecho de los internos a mantener contactos con el exterior, a través de comunicaciones y visitas en los establecimientos penitenciarios. Entre los mismos se encuentra la visita íntima como un derecho del recluso para satisfacer sus necesidades sexuales y afectivas.

La propia denominación de estas visitas como “íntimas” nos puede llevar a deducir que el legislador ha querido incluir el mantenimiento de relaciones sexuales como contenido del derecho fundamental a la intimidad, pues el posible contenido sexual de una comunicación se incluye en el mayor grado de intimidad posible.

Por tanto, si las comunicaciones son un derecho de los internos, que habilita para éste un espacio y un tiempo reservados frente a la acción y conocimiento de los demás, se puede sostener que las comunicaciones son ejercicio del derecho fundamental de intimidad, y dentro de ellas las visitas de contenido sexual, la máxima expresión de este derecho.

Al contrario que el Tribunal Constitucional, que basa la negación de la visita íntima en que “que su privación no reduce la intimidad más allá de lo que la ordenada en prisión requiere”, entendemos que la fundamentación de la negación de visitas íntimas exige su proporcionalidad, es decir su adecuación a las finalidades penitenciarias de garantía de la seguridad, el interés de tratamiento y el buen orden y funcionamiento del centro penitenciario.

Más de un cuarto de siglo más tarde, el Tribunal Constitucional en su sentencia 128/2013, de 2 de julio, al enjuiciar constitucionalmente las comunicaciones íntimas de los presos, reitera la fundamentación argüida en la sentencia 89/1987, de 3 de junio.

Sin embargo, se comprueba una evolución de la doctrina constitucional. Si en la sentencia de 1987 la autorización para la comunicación íntima era el resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho

fundamental a la intimidad; en la de 2013 se consideran las comunicaciones un derecho que la legislación penitenciaria reconoce al interno. Y deja bien claro que la naturaleza jurídica de este derecho es la de fundamental al aplicar a su limitación, el principio de proporcionalidad.

Decimoquinta

Aunque el Tribunal Constitucional reconoce que la celda es un ámbito de intimidad, niega que exista un derecho a este espacio íntimo. Esta negación la fundamenta el Alto Tribunal tanto en la legislación penitenciaria como en el artículo 18.1 de la Constitución.

La fundamentación se realiza con argumentaciones demasiado endebles para negar la existencia de un derecho subjetivo a la celda individual. Por un lado se apoya frágilmente en las excepciones que al principio celular establece la legislación penitenciaria. Por otro lado considera que la existencia de esta excepción al principio celular, contribuye al orden en la prisión, y como este orden es el límite de la reducción de la intimidad; concluye que la excepción al principio celular, no reduce la intimidad. Es un razonamiento incompleto pues deja sin respuesta a la pregunta de por qué la posibilidad excepcional de compartir celdas coadyuva al orden en prisión.

Si el propio Tribunal reconoce que la reducción de la intimidad de los presos es dolorosa consecuencia de la vida en prisión, no puede fundamentar esta grave afectación del derecho a la intimidad en la excepción de la posibilidad de convivencia de varios internos en una celda.

Sin embargo, nosotros sí creemos que hay razones para sostener que existe un derecho a la celda individual. Primero, porque el principio celular es un principio inspirador que orienta el sistema penitenciario y que está formulado como un mandato. Segundo, porque las excepciones al principio celular tienen lugar solamente por insuficiencia temporal de celdas individuales y por prescripción médica o interés del tratamiento u observación. Tercero porque, cuando excepcionalmente se autorice a compartir celda, deberán concurrir la petición expresa del interno y unas condiciones materiales aptas para preservar la intimidad. Cuarto porque tanto para celda compartida, como para los dormitorios

colectivos, en establecimientos especiales y de régimen abierto, se exige una selección cuidadosa de los internos. Por último porque los objetivos del tratamiento y la finalidad penitenciaria, de reeducación y reinserción, sólo se alcanzan con un trabajo interior de asimilación del interno, para el cual, consideramos imprescindible la existencia de un espacio propio y reservado para el recluso, donde pueda desarrollar esta tarea.

Por todo ello se puede concluir que el principio celular, otorga al recluso un ámbito espacial para la intimidad. De otro lado, el requisito de la previa petición del interno para compartir celda, significa un poder de control sobre este espacio de su intimidad.

Es más, creemos que el principio celular es la principal herramienta que el legislador orgánico ha puesto a disposición de la Administración Penitenciaria para cumplir con su obligación de preservar el derecho a la intimidad de los internos.

Decimosexta

Creemos que en nuestro estudio hemos elaborado un método para identificar la esencia del derecho de intimidad y aplicarlo al concreto ámbito de la prisión.

De este modo entendemos que la esencia del derecho fundamental de intimidad, se puede identificar si se parte del marco teórico multidisciplinar del fenómeno de la intimidad y de su trayectoria histórica como derecho, y si, además, se tiene en cuenta el contenido que el Tribunal Constitucional ha ido descubriendo dentro del ámbito íntimo. Estas tres herramientas se podrán aplicar a expresiones legislativas diversas, en nuestro caso a la legislación penitenciaria sobre intimidad.

Como hemos visto en nuestro Capítulo Tercero, el Tribunal Constitucional, ha formulado el concepto de intimidad siguiente: “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”. A lo largo de sus sentencias, el Alto Tribunal, ha ido matizando este concepto, añadiéndole peculiaridades y precisando su alcance, entre los que destacan el poder de control y el espacio resguardado que caracterizan el derecho de intimidad.

Con este concepto constitucional de intimidad elaborado por el Alto Tribunal y el método anteriormente señalado para identificar la esencia de este derecho, hemos intentado delimitar el contenido posible del derecho de intimidad de las personas presas.

De esta manera hemos intentado responder a las preguntas ¿cuál es el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, para la persona en prisión? Y ¿En qué consiste el poder de control y dónde está el espacio resguardado, que caracterizan el derecho de intimidad, para la persona reclusa?

Decimoséptima.-

La jurisprudencia constitucional no da un concepto de intimidad penitenciaria, tan sólo hace una aproximación conceptual cuando señala la reducción como la característica principal de la intimidad en la prisión y define la intimidad equiparándola a la vida interior, la cual, en cuanto no expresada o revelada, no puede tener relevancia jurídica. Lo que significa negar el derecho de intimidad a las personas presas.

Sin embargo tanto el artículo 25.2 CE como la legislación penitenciaria reconocen el derecho de intimidad para las personas reclusas.

El derecho de intimidad no está limitado por el fallo condenatorio, pues el Código Penal vigente no contiene ninguna pena que represente expresamente la privación o limitación del derecho de intimidad. “El sentido de la pena”, en cambio, supone para el derecho de intimidad una gran afectación, pero no una privación absoluta.

“El sentido de la pena” referida a la pena de privación de libertad en prisión; presenta dos características que condicionan sobremanera la intimidad de las personas presas: la continua vigilancia a la que se ven sometidas las personas reclusas y el constituir la prisión una “institución total” según el concepto de Goffman.

La condición de institución total que ostenta la prisión, hace que los internos en la misma, sufran lo que en terminología goffmaniana, se denominan mortificaciones del yo, que constituyen graves afectaciones de la intimidad.

En este sentido, la persona debe permitir el acceso a su cuerpo, mediante cacheos, exámenes y recogida de datos físicos; contempla como sus efectos personales son manipulados y retirados; su correspondencia registrada; su espacio personal y pertenencias están expuestas a registros; se ve obligado a convivir con personas que no ha elegido y soportar unas relaciones no queridas; por último sufre la exposición y exhibición de vivir continuamente en presencia de otros y de la falta de control sobre la información sobre sí mismo.

Decimoctava.-

La Legislación penitenciaria española está construida desde una perspectiva humanista en la que se articula como finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad, la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados. De esta manera la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como la actividad directamente dirigida a la consecución de dichas reeducación y reinserción.

El penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma y que conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos, con la sola excepción de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta.

La ley penitenciaria, habilitada constitucionalmente para desarrollar las limitaciones de los derechos de las personas reclusas, constituye el marco normativo del derecho a la intimidad de las personas reclusas.

Incluye la ley una declaración general de respeto a los derechos, entre los que se entiende incluido el derecho a la intimidad, cuestión que es precisada en sede reglamentaria, donde, partiendo también de una declaración general de derechos sí se hace referencia expresa a la intimidad.

El respeto a la intimidad personal hace que la condición de la persona reclusa sea reservada frente a terceros y que los ingresos y traslados se verifiquen con especial cuidado y discreción.

La propia localización geográfica de los centros penitenciarios tiene en cuenta la intimidad familiar, pues debe de facilitar que el condenado a prisión cumpla la pena en lugares cercanos a sus personas íntimas.

Además de un reconocimiento general y expreso del derecho de intimidad, en la legislación penitenciaria encuentran albergue manifestaciones particulares de este mismo derecho.

Decimonovena.-

Nosotros ya hemos dicho que los cacheos suponen una afectación total del derecho de intimidad. La propia legislación penitenciaria parece corroborar esta afirmación, pues al regular la práctica de estas intervenciones corporales preceptúa el respeto a la dignidad de la persona en la forma de practicarse, sin mencionar la intimidad.

La gran afectación de la intimidad que representan los cacheos es motivo de preocupación, tanto para el Defensor del Pueblo como para los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

Al igual que las intervenciones corporales, hemos calificado las intervenciones en el espacio íntimo de los internos como una afectación total de la intimidad, y también en este caso, la legislación penitenciaria parece asumirlo pues para su práctica ordena el respeto a la dignidad de la persona sin referirse a la intimidad.

Vigésima.-

El principio celular es la principal herramienta que el legislador orgánico ha puesto a disposición de la Administración penitenciaria para cumplir con su obligación de preservar el derecho a la intimidad de los internos, que requiere la disposición de un ámbito espacial privado.

Sin embargo el incumplimiento del principio celular es una constante histórica en la política penitenciaria. Lo que es motivo de atención tanto por el Defensor del

Pueblo, como por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Los Criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria vienen reiterando la preocupación de que la regla general del principio celular venga siendo la excepción. El Defensor del Pueblo, por su parte, no deja de recordar el radical alejamiento del alojamiento en celda individual.

Tanto la celda como el lugar seguro para los efectos personales son espacios permanentes e individuales para la intimidad que se completan con los espacios permanentes que hacen posible la relación íntima con otras personas, como son los locales para la convivencia de las madres con sus niños y los departamentos mixtos.

Espacios íntimos no permanentes son los departamentos apropiados para preservar la intimidad en toda clase de comunicaciones, las cuales también son la habilitación de un tiempo íntimo para el recluso y ciertas personas.

Vigésimoprimera.-

La concurrencia de un espacio y de un tiempo íntimos permite la expresión de la intimidad relacional, aquella que el individuo comparte con las personas con las que está vinculado afectivamente. Esta intimidad encuentra su manifestación en la legislación penitenciaria, en la existencia de las unidades de madres, que permite la convivencia materno-filial; en el régimen específico de las visitas a las madres, de los hijos menores de diez años que no convivan con ellas; en la existencia de departamentos mixtos que permite la convivencia de parejas de diferente o del mismo sexo, y, por último, en el régimen de las visitas íntimas, de convivencia, de familiares y allegados íntimos.

La intimidad relacional es tenida en cuenta para limitar las penas o sanciones, al objeto de garantizar el mantenimiento de un mínimo de comunicaciones y la convivencia materno-filial.

Vigésimosegunda.-

El control sobre el acceso físico a la persona está presente en la necesidad de la autorización del interno para compartir celda. El control acerca de la información personal encuentra varias manifestaciones expresas en la

legislación penitenciaria. Son estas: el derecho del interno a ser informado de su expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria, la necesidad de su consentimiento para facilitar la información él relativa, la confidencialidad de los datos clínicos y de la información sanitaria, el derecho a ser informado de la enfermedad grave o el fallecimiento de los personas afectivamente significativas, y la aplicación de la legislación de la protección de datos.

Vigesimotercera.-

El ámbito íntimo, contemplado únicamente en su dimensión temporal, es tenido en cuenta en los permisos de salida, que se conceden con motivo de acontecimientos familiares extraordinarios, y está presente, además, en el horario penitenciario que dispone un tiempo tanto para actividades personales del interno, como para las comunicaciones y convivencia.

En este sentido consideramos tiempo individual el descanso nocturno en el dormitorio individual, y el tiempo destinado a actividades que precisan de una intimidad que requiere, a su vez, de un espacio y condiciones adecuados, como son las necesidades espirituales, el tratamiento, los asuntos propios, las actividades intelectuales, de estudio, formación académica y artística. Los tiempos para las comunicaciones y la convivencia son los que permiten la relación del interno con otras personas.

Mención especial merece la intimidad que requiere el tratamiento penitenciario. En cuando conjunto de actividades encaminadas a la reeducación y reinserción social de los penados, el tratamiento pretende hacer de éstos unas personas responsables y respetuosas tanto individual como socialmente. La labor de asimilación y desarrollo de estas capacidades y facultades requieren de una intimidad personal expresada en tiempo, espacio y condiciones adecuadas.

Vigesimocuarta.-

En definitiva, el ámbito propio y reservado, frente a la acción y conocimiento de los demás, está constituido, para la persona en prisión, por los espacios y los tiempos que le permiten el desarrollo y expresión de su intimidad, y por el control sobre la información acerca de sí mismo, reconocidos por la legislación penitenciaria.

La necesidad de este ámbito para el mantenimiento de una calidad mínima de vida humana, según sostiene la jurisprudencia constitucional, hace que la interpretación y aplicación del derecho de intimidad de las personas presas se haga en un sentido positivo y extensivo, de manera que este derecho fundamental encuentre la mayor eficacia y expresión posibles en el ámbito penitenciario, donde reviste una especial importancia para la persona presa, pues el derecho a la intimidad, al aunar dignidad y consciencia puede hacer posible que la persona alcance con éxito su rehabilitación.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, Ana (2001) La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos. Madrid. Tecnos.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002) Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Trotta.

AGRA ROMERO, María Xosé (1990) Sobre la huelga de hambre en prisión. Jueces para la democracia 9 págs. 38 y 39

AGUIAR DE LUQUE, Luis (1993) Los límites de los derechos fundamentales. Revista del Centro de estudios constitucionales. nº 14 (págs.9-34)

AGUIAR DE LUQUE, Luis, DÍEZ-PICAZO, Luis María, GÓMEZ MONTORO, Ángel, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José (2007) Encuesta sobre derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional, nº 20. (págs.. 11-57)

AGUSTÍN, San (1979 Original siglo IV) Las Confesiones. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge (2010). El Tribunal Constitucional, la Ley y el principio de proporcionalidad. Revista General de Derecho Constitucional nº 10 (págs.1-31).

ALEXY, Robert (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, Robert (2011) Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Revista española de Derecho Constitucional 91,11-29.

ALONSO PÉREZ, Francisco (1999) Cacheos y registros corporales. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 5 (1952-1957).

ALTMAN, I. (1975) The environment and social behavior: Privacy, personal space, territoriality and crowding. Monterey. Brooks/Cole.

ALVAR, Manuel (1982) La lengua como libertad. Madrid. Cultura Hispánica

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago M. (1991) ¿Puede un juez permitir la alimentación de presos en huelga de hambre?: (comentario a la STC 50/90 de 27 de junio de 1990). Anales de derecho 11 283-297

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978) Comentario sistemático a la Constitución española de 1978. Madrid. El Foro.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.) (1996) Comentarios a la Constitución española de 1978. Madrid. Edersa

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (2011) La justicia en la Constitución de 1812. Teoría y Realidad Constitucional, nº 28 (págs. 243-277).

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, REVIRIEGO PICÓN, Fernando y SALVADOR MARTÍNEZ, María. (2012) Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Tomo II, Derechos fundamentales y órganos del Estado. (págs.33-47).Madrid. Edersa.

AMÉRIGO, María; CORTÉS, Beatriz; SEVILLANO, Verónica; TALAYERO, Fernando (Coords.) (2004). Medio ambiente e interacción humana. Avances en la investigación e intervención. Departamento de Psicología de la Universidad de Castilla-La Mancha.

ARAGÓN REYES, Manuel (2010) Intervenciones telefónicas y postales (examen de la jurisprudencia constitucional, Teoría y Realidad Constitucional nº 25. (págs.473-495)

ARAGONÉS, J.I. y AMÉRIGO, M. (Coords.) (2000) Psicología Ambiental. Madrid Pirámide.

ARANGUREN, José Luis; CASTILLA DEL PINO, Carlos; BÉJAR, Helena; CAMPS, Victoria; PEÑA-MARÍN, Cristina; PUÉRTOLAS, Soledad; GUBERN, Román y VERDÚ, Vicente (1989). De la intimidad. Barcelona. Edición C. Castilla del Pino, Crítica.

ARANGUREN, José Luis (1989). El ámbito de la intimidad. En Aranguren, José Luis; Castilla del Pino, Carlos; Béjar, Helena; Camps, Victoria; Peña-Marín,

Cristina; Puértolas, Soledad; Gubern, Román y Verdú, Vicente (1989) De la intimidad. (págs. 17-24) Barcelona. Edición C. Castilla del Pino. Crítica

ARENDT, Hannah (1974) La condición humana. Barcelona. Seix Barral

ARIÈS, Philippe y DUBY, Georges (1988). Historia de la vida privada. Madrid. Taurus.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente (1999) Reglamento penitenciario Comentado. Madrid. Mad

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier (2011) Procedimientos penitenciarios. Granada. Comares.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente (2011) Reglamento penitenciario. Madrid. Colex

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio (2010) El régimen cerrado en el sistema penitenciario español, Madrid. Ministerio del Interior.

ASENSI SABATER, José (1998) La época constitucional. Valencia. Tirant lo Blanch.

ASOCIACIÓN MUNDIAL DE SEXOLOGÍA (2011) Declaración de los derechos sexuales. Cuadernos de Pedagogía nº 414 (págs. 22-23).

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2001) Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales: La garantía del contenido esencial de los derechos. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. (págs. 93-116). Barcelona. Cedecs.

BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa (Ed.) (2004) XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas. Málaga. Centro de ediciones de la Diputación provincial de Málaga.

BARNÉS, Javier (1994) Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. Revista de Administración Pública nº 135 (págs. 495-522).

BARNÉS, Javier (1998) El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar Cuadernos de Derecho Público nº 5 (págs. 15-49).

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito y FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. (2004). Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Madrid. Tecnos.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (2004) Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. En BASTIDA FREIJEDO, Francisco J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Ángel; ALÁEZ CORRAL, Benito y FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. (2004). Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (págs.17-44) Madrid. Tecnos

BAUBÉROT, Jean (1995) El protestantismo en DELUMEAU, Jean (Dir.) El hecho religioso. (Págs.175-198) Madrid. Alianza Editorial.

BEAUMONT, Gustave de y TOCQUEVILLE, Alexis de (1833) On the Penitentiary System in the United States: And Its Application in France; with an Appendix on Penal Colonies, and Also, Statistical Notes. Philadelphia. Carey, Lea & Blanchard.

BÉJAR MERINO, Helena. (1987) La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal. Sistema: Revista de ciencias sociales nº 76 (págs. 59-72).

BÉJAR MERINO, Helena (1988) El ámbito íntimo (Privacidad, individualismo y modernidad) Madrid. Alianza Editorial.

BÉJAR MERINO, Helena (2006) Intimidad en Giner San Julián, Salvador; Lamo de Espinosa, Emilio y Torres Albero, Cristóbal. Diccionario de Sociología. Madrid. Alianza Editorial.pág.676

BELDA PREDERO, Enrique (2012) Los límites a la reforma constitucional. Teoría y Realidad Constitucional nº 29 (págs. 261-287).

BENITO RANGEL, Francisco; Gil Parra, Manuel y Vicente Cuenca, Miguel Ángel (2007) Efectos aparejados por el hecho de compartir celda. Revista de estudios penitenciarios. Nº 253 (págs.9-29).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.) (2010). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario. Madrid. Iustel.

BERLIN, Isaiah (1988) Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid. Alianza Editorial

BERNAL PULIDO, Carlos (2005) El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005) Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Revista española de Derecho Constitucional nº 74 (págs.417-443).

BERNAL PULIDO, Carlos (2015) La migración del principio de proporcionalidad a través de Europea, Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge CARPIZO, Tomo IV; vol. I, Miguel CARBONELL, Hector FIX FIERRO, Luis Raul GONZÁLEZ PÉREZ; Diego VALADÉS. México, UNAM.

BLÁNQUEZ FRAILE, Agustín (1985) Diccionario latino-español, español-latino. Barcelona. Ramón Sopena.

BLÁNQUEZ, Agustín (2012) Diccionario latino-español. Madrid: Gredos

BOBBIO, Norberto (1991) El tiempo de los derechos. Madrid. Sistema

BODIN, Jean (1590) Los seis libros de la República. Turín. Herederos de Bevilaqua.

BODINO, Juan (1992, edición original: 1575) Los seis libros de la República. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

BOLLNOW, Otto Fiedrich y D'ORS, Víctor (1969) Hombre y espacio. Barcelona: Labor.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2004) Los límites a los derechos fundamentales. Madrid. Dykinson

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2007) La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las Iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador) Teoría y realidad constitucional nº 20 (págs. 633-654)

BRAGE CAMAZANO, Joaquín y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2013) Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados. En Sánchez Navarro, Ángel J. (Coord.) Constitución y desarrollo político. Estudios en homenaje al profesor Jorge de Esteban Sánchez. (págs.779-830). Valencia.Tirant lo Blanc.

BRICEÑO-DONN, Marcela (2008) Personas privadas de libertad: una aproximación de la Corte Interamericana de derechos humanos, Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andreé (Eds.), Valencia. Tirant.

BROSSE, Olivier de la, HENRY, Antonin-Marie y ROUILLARD, Philippe (1986) Diccionario del Cristianismo. Barcelona. Herder.

BUENO ARÚS, Francisco (1981) Estudio Preliminar. En García Valdés, Carlos. La reforma penitenciaria española. (págs. 7-47). Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

BUENO ARÚS, Francisco (Coord.) (2005) Ley General Penitenciaria. Madrid. Colex.

CABEZUDO BAJO, María José (2004) La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal. Madrid. Iustel.

CABEZUDO BAJO, María José (2004) La protección del domicilio. Valencia. Centro Francisco Tomás y Valiente. Uned. Alzira-Valencia

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura (1998) Derecho a la intimidad. Valencia. Tirant lo Blanch

CABO MARTÍN, Carlos de (1994) Estado social de derecho y ley general. Jueces para la democracia nº 23 (págs. 35-40)

CABO MARTÍN, Carlos de (2004) La Constitución del más débil. En Balaguer Callejón, M^a Luisa (Ed.) XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas (págs.27-53) Málaga. Centro de ediciones de la Diputación provincial de Málaga.

CABO MARTÍN, Carlos de (2007) El Tratado Constitucional Europeo y el constitucionalismo del Estado Social. Teoría y realidad constitucional nº 19 (págs. 199-214)

CABO MARTÍN, Carlos de (2013) Propuesta para un constitucionalismo crítico. Revista de derecho constitucional europeo nº 19 (págs. 387-399)

CAFFARRA, Carlo (1987) La sexualidad humana. Madrid. Encuentro.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2001) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En Aparicio Pérez, Miguel Ángel (Coord.) Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos. (págs. 117-139). Barcelona. Cedecs.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2004) Notas sobre el desarrollo de los derechos y libertades. En BALAGUER CALLEJÓN, M^a Luisa (Ed.) XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas (págs. 183-214) Málaga. Centro de ediciones de la Diputación provincial de Málaga.

CAMPS, Victoria (1989) La reconstrucción de lo público y lo íntimo. En Aranguren, José Luis; Castilla del Pino, Carlos; Béjar, Helena; Camps, Victoria; Peña-Marín, Cristina; Puértolas, Soledad; Gubern, Román y Verdú, Vicente (1989). De la intimidad. (págs.59-75) Barcelona. Edición C. Castilla del Pino, Crítica

CARCEDO GONZÁLEZ, Rodrigo J. (2004) El estudio de la sexualidad de los varones en prisión. En Pérez Álvarez. Serta. In memoriam Alexandri Baratta. (págs.297-322). Universidad de Salamanca.

CARCEDO GONZÁLEZ, Rodrigo J. y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (Eds.) (2007) Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios. Salamanca. Amaru

CARPINTERO, Helio. (1992). La estructura de la intimidad. Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura nº 143(562-563) (págs.133-154).

CARY Phillip (2001) Interioridad. En Fitzgerald , Allan D. (Dir.): Diccionario de San Agustín a través del tiempo. Burgos. Monte Carmelo. (págs. 739-741)

CARRILLO, Marc (2003) El derecho a no ser molestado. Información y vida privada. Navarra. Aranzadi.

CARRILLO LÓPEZ, Marc (2008) La intimidad, las celebridades y el derecho a la información. Diario La Ley. 6979.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (1996) La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa. Estudios penales y criminológicos. XIX (págs.49-164)

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta (2012) Derecho penitenciario. Valencia. Tirant lo Blanch.

CHAVES PEDRÓN, Cesar (2014) El secreto de las comunicaciones en el medio penitenciario. Especial referencia a las comunicaciones abogado cliente, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 49

CLIMENT DURÁN, Carlos (1990). Sobre la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. Revista general de Derecho nº 552 (págs. 6403-6446)

COLOMBÁS, M. García y ARANGUREN, Iñaki (1993) La regla de San Benito. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.) (1998) Enjuiciamiento criminal. Madrid. Trivium.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis (1996) Honor, intimidad e imagen. Barcelona. Bosch.

CONSTANT, Benjamin (1989) Escritos Políticos. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales

COOLEY, Thomas M. (1879) A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract. Chicago. Callaghan.

CORBELLA I DUCH, Josep (1999) El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía nº 1 (págs.1780-1792).

CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel (2003) Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen. En Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, Coronas González, Santos Manuel, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Bilbao, Juan María. Derechos y libertades en la historia. (págs.57-159). Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid.

COTINO HUESO, Lorenzo (1999) Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. Revista del Poder Judicial nº 55. (págs.291-323)

CRIADO GÁMEZ, Juan Manuel (2011) Huelga de hambre y alimentación forzosa. Derecho y salud nº 21 Extra 1, (págs.125-139)

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1989) Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista española de derecho constitucional nº 25 (págs.35-62)

CHARTIER, Roger (1988) Figuras de la modernidad. En Ariès, Philippe y Duby, Georges. Historia de la vida privada. Vol. 4 (págs. 22-161) Madrid. Taurus

CHOZA ARMENTA, Jacinto Luis (1980) La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. EUNSA.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2013) El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica Estudios de Deusto vol. 61/2 (págs.43-68)

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2004) El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad. Revista jurídica de Castilla y León nº Extra 1 (págs. 339-370)

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2006) Algunas consideraciones sobre la intimidad personal y familiar de los presos en los centros penitenciarios. Teoría y realidad constitucional Nº 18 (págs. 191-221).

DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2007) Los conflictos entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: Génesis, evolución y algunas propuestas de solución Revista general de derecho constitucional nº 4 (págs.1-35)

DELUMEAU, Jean (Dir.) (1995). El hecho religioso. Madrid. Alianza Editorial

DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (2012) Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo. Valladolid. Lex Nova.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001). Real Academia Española. Vigésima segunda edición.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE) (2001) Edición 22.ª.

DÍAZ REVORIO, F. Javier (1997) La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional. Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furiol Ceriol. 20/21 (175-186).

DÍAZ REVORIO, F. Javier (Compilador) (2004) Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos. Lima. Palestra.

DIEGO ARIAS, Justo de (2015) El urbanismo ante la crisis (L'Amarcord del derecho urbanístico) Discurso leído en el acto de su recepción pública en la Real Academia asturiana de jurisprudencia. Oviedo. Academia asturiana de jurisprudencia.

DÍEZ-PICAZO, Luis María (2002) Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 3 Pamplona. Aranzadi.

DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005). Sistema de derechos fundamentales. Thomson. Civitas.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1986) La huelga de hambre en el ámbito penitenciario. Cuadernos de política criminal nº 30 (págs. 603-659)

DOMINGO, Tomás de (2001) ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DUART ALBIOL, Juan José (2004). La deficiente regulación de las investigaciones corporales en el proceso penal. Revista del poder judicial, (73), 139-181.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos (1996).El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario. En López Ortega Juan José (Dir.) Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar. (99-156) Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos (1996). El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario. Cuadernos de derecho judicial, (22), (págs. 99-156).

EDICIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR (1993) Honor, intimidad y propia imagen. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

ELREDO DE RIEVAL, SAN (original 1160-1162, 1980) Cuando Jesús tenía doce años. Vida reclusa. Oración pastoral. Buenos Aires. Monasterio Trapense de Azul. Editorial Claretiana.

ESTEBAN, Jorge de (1979) Constituciones españolas y extranjeras. Madrid. Taurus.

ESTEBAN, Jorge de (1981) Las Constituciones de España. Madrid. Taurus.

ESTEBAN, Moisès; NADAL, Josep Maria, y VILA, Ignasi. (2007) El papel de la lengua en la construcción de la identidad. Un estudio cualitativo con una muestra multicultural. Glossa. An Ambilingual Interdisciplinary Journal. vol. 2, p. 23-53.

FASSBENDER, Bardo (1998) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Público 5, 51-73.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier (2012). Manual de Derecho Penitenciario. Pamplona. Aranzadi

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008) La aplicación europea del principio de proporcionalidad. Madrid. Dykinson.

FERRATER MORA, José. (1994) Diccionario de Filosofía. Barcelona: Ariel

FIORAVANTI Maurizio. (2003) Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones. Madrid. Trotta.

FLAQUER I VILARDEBÓ, Lluís. (1982) De la vida privada. Barcelona. Edicions 62.

FLAQUER I VILARDEBÓ, Lluís. (1984) Tres concepciones de la privacidad. Sistema: Revista de ciencias sociales, 58, 31-44

FOUCAULT, Michel (1979) Vigilar y castigar. Madrid. Siglo XXI de España.

FOUCAULT, Michel (1995) Historia de la sexualidad. Madrid. Siglo XXI de España

FRIES, Heinrich (Dir.) (1979) Conceptos fundamentales de la Teología. Madrid. Cristiandad

GALÁN JUÁREZ, Mercedes (2007) Comentario a la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Protección de datos de carácter personal. Los derechos civiles individuales. En Dorrego de Carlos, Alberto (Coord.) Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. 25 sentencias fundamentales comentadas (págs. 117-125) Madrid. Difusión jurídica y temas de actualidad

GALETTA, Diana-Urania (1998) El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario. Cuadernos de Derecho Público nº 5, (págs. 75-118).

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1961) Las relaciones de especial sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Revista de Administración Pública (34-36), 11-51.

GARCÍA CASTAÑO, Carlos y MILLARES LENZA, María José (1997-2003) Las comunicaciones y visitas de los internos. Cuadernos de derecho penitenciario 5 (5-13)

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1994) La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid. Alianza.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011) Curso de derecho administrativo. Vol. I. Madrid. Cívitas (decimoquinta edición).

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2010) Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes? Navarra. Cívitas. Thomson Reuters

GARCÍA GARCÍA, Clemente (2003) El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Universidad de Murcia.

GARCÍA MACHO, Ricardo (1992) Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española. Madrid. Tecnos.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2001). Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael (Dirs.). Historia de los derechos fundamentales. (págs. 217-394). Dykinson. Tomo II. Vol. III

GARCÍA MORENTE, Manuel (2001). Ensayo sobre la vida privada. Madrid. Encuentro.

GARCÍA MORILLO, Joaquín (1997). Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios. Revista del Poder Judicial 47 (23-60)

GARCÍA-PELAYO, Manuel. (1964). Derecho constitucional comparado. Madrid. Edit. Revista de Occidente.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. (1964). Derecho constitucional comparado. Madrid. Alianza Editorial.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. (1968) Del mito y de la razón en el pensamiento político. Madrid. Edit. Revista de Occidente.

GARCÍA PÉREZ, Pedro (1994) El serse en la historia: Historia e intrahistoria en Unamuno. Sancho el sabio: Revista de cultura e investigación vasca, nº 4, 17-50.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (2008) La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después. En Lucas Murillo de la Cueva, Pablo y Carmona Cuenca, Encarna (Coords.) La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios. (págs.105-156) Valencia. Titant lo Blanch.

GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords.) (2005) La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA ROCA, Javier (2007) La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y Realidad Constitucional, nº 20 (págs.117-143).

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1980) Comentarios a la legislación penitenciaria. Madrid. Cívitas.

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1980) Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones. Caudernos de política criminal 11 (págs. 89-102).

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1981) La reforma penitenciaria española. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1982) Comentarios a la legislación penitenciaria. Madrid. Cívitas

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1982) Estudios de derecho penitenciario. Madrid. Tecnos.

GARCÍA VALDÉS, Carlos (2014) Apuntes históricos del derecho penitenciario español. Madrid. Edisofer.

GARCÍA VILA, Mónica (2000) Los cacheos: delimitación y clases. Actualidad Penal 13 299

GARRIDO GUZMÁN, Luis (1986). Comunicaciones y visitas. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) Comentarios a la legislación penal. Tomo VI vol. 2 Madrid. Edersa (739-756)

GARRIDO GUZMÁN, Luis (1986). La visita íntima. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) Comentarios a la legislación penal. Tomo VI vol. 2 Madrid. Edersa (783-801)

GARRIDO GUZMÁN, Luis (1986) Alojamiento e higiene de los internos. En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.) Comentarios a la legislación penal. Tomo VI vol. 1 Madrid. Edersa. (págs. 329-343)

GARRISSON, Janine (1998) L'Édit de Nantes. Fayard.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1996) El derecho y la justicia. Trotta.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1994) Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (1995). Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: el contenido esencial de los derechos fundamentales desde el punto de vista del control de constitucionalidad en la Ley Fundamental de Bonn. Universitat Autònoma de Barcelona.

GIFFORD, Robert. (1987). Environmental Psychology. Principles and practice. Boston: Allyn & Bacon.

GIMENO SENDRA, Vicente (2012) Derecho Procesal Penal. Aranzadi

GINER SAN JULIÁN, Salvador; LAMO DE ESPINOSA, Emilio y TORRES ALBERO, Cristóbal (2006) Diccionario de Sociología. Madrid. Alianza Editorial

GOFFMAN, Erving. (1976). La presentación de la persona en la vida cotidiana. Buenos Aires: Amorrortu

GOFFMAN, Erving. (2001 Original: 1961). Internados. Buenos Aires: Amorrortu

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel (2008) Inmigración y derechos fundamentales. Madrid. Universitas Internacional.

GOMARIZ I PARRA, Rafael (1990). Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario. La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 3.903-911.

GONZÁLEZ, Nazario (1998) Los derechos humanos en la historia. Universidad Autónoma de Barcelona.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003) El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Navarra. Aranzadi.

GONZÁLEZ GAITANO, Norberto. (1990). El deber de respeto a la intimidad. Información pública y relación social". Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

GONZÁLEZ GARCÍA, José María (1999). Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado: Derecho de inviolabilidad de la celda de un recurso (TS 2ª S 515/1998, de 6 de abril). Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal 2. págs. 184-192

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1991). Poder domesticador del Estado y derechos del recluso. En Martín-Retortillo, Sebastián. (Coord) Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. (págs.1053-1197). Madrid. Cívitas.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990). Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid. Colex.

GORMLEY, Ken (1992) One hundred years of privacy, Winsconsin Law Review.

GRAU, Luis (2009) Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe. Madrid. Universidad Carlos III, Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad : Dykinson

GUAJARDO PÉREZ, Isabel (2012). Derecho de intimidad de los internos en centro penitenciario. Registro en celda de aislamiento. Diario la Ley 7965

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino y NISTAL BURÓN, Javier (2014) La historia de las penas. Valencia. Tirant lo Blanch.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2005). Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid. Marcial Pons.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, ALGUACIL, GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge, REVIRIEGO PICÓN, Fernando, SALVADOR MARTÍNEZ, María (2014) Elementos de Derecho constitucional español, Madrid. Marcial Pons.

HÄBERLE, Peter (2003) La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Madrid. Dykinson

HAYDUK, Leslie, A. (1983). Personal space: Where We Now Stand. Psychological Bulletin nº 94(2) (págs. 293-335).

HÉFÈLE, Charles Joseph (1911) Histoire des Conciles. París. Letouzey et Ané

HERNANDEZ LES, Juan A. (2006). Pudor e identidad. Santiago de Compostela. Tórculo.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1998). Addenda: Plurilingüismo, cooficialidad y lengua “propia” en el bloque de constitucionalidad. Teoría y Realidad Constitucional nº 2 (págs. 127-140)

HERRERO-TEJEDOR, Fernando (1998) La intimidad como derecho fundamental. Madrid. Colex

HERRERO-TEJEDOR, Fernando (2007) Comentario a la STC 231/1988, de 2 de diciembre. Caso Paquirri. En Dorrego de Carlos, Alberto (Coord.) Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. 25 sentencias fundamentales comentadas (págs. 107-115) Madrid. Difusión jurídica y temas de actualidad

HIDALGO, M. C., y HERNANDEZ, B. (2001). Place attachment: Conceptual and empirical questions. Journal of environmental psychology, 21(3), (págs. 273-281).

HILLMANN, Karl-Heinz (2001) Diccionario enciclopédico de Sociología. Barcelona. Herder.

HOMBRADOS, María Isabel (2000) Hacinamiento. En Aragonés, Juan. Ignacio y Amérigo, María. (Coords.) Psicología Ambiental (págs.149-171) Madrid Pirámide

ITURRALDE SESMA, Victoria (1997) Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furiol Ceriol. nº 20/21 (págs.. 187-220).

JAVALOY MAZÓN, Federico y VIDAL MORANTA, Tomeu. (2007). Bases ambientales del comportamiento social. En Morales Domínguez, J. Francisco, Moya Morales, Miguel C., Gaviria Stewart, Elena y Cuadrado Guirado, Isabel (Coords.) Psicología social. (págs. 97-122). Aravaca (Madrid). McGraw-Hill. (Tercera Edición).

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (1988) Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.2.989-993.

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (2004) Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XIII reuniones celebradas entre 1981 y 2004. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (2008) Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007. Madrid. Consejo del Poder Judicial.

KLUTH, Winfried (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de derecho público, (5) (págs. 219-237).

LABRADA RUBIO, Valle (1998) Introducción a la teoría de los derechos humanos : fundamento, historia, Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948. Madrid. Cívitas

LAÍN ENTRALGO, Pedro (1985) La intimidad del hombre. En Homenaje a José Antonio Maravall. (págs. 377-392). Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas.

LAPRESTA REY, Cecilio (2008) Identidad y lengua. Erasmus.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (1994) Las relaciones de sujeción especial". Madrid. Cívitas.

LOCKE, John (1990. Original: 1690) Ensayo sobre el gobierno civil. Madrid. Aguilar

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1989). La intimidad corporal devaluada. Poder Judicial nº 14. (págs. 123-130).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2010) Tratado de Derecho Procesal penal. Pamplona. Aranzadi.

LÓPEZ BENÍTEZ Mariano (1994) Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba. Editorial Cívitas

LÓPEZ GUERRA, Luis (2007) El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias, Teoría y Realidad Constitucional, nº 20 (págs.183-224)

LÓPEZ GUERRA, Luis y AGUIAR DE LUQUE, Luis (2009) Las Constituciones de Iberoamérica (II). Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado.

LÓPEZ GUERRA, Luis y ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (2004) La defensa del Estado. Valencia. Tirant lo Blanch.

LÓPEZ MOLERO, Montserrat (2012) Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá vol. V (págs. 401-448).

LÓPEZ ORTEGA, Juan José (Dir.) (1996). Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio (2011) El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 23, (págs. 321-337).

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena (1996) Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española. Editorial Comares.

LOS DERECHOS DEL NIÑO: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los derechos del niño. (2002) Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (1997) El derecho a la intimidad, Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruíz Rico. Madrid. Tecnos.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo y CARMONA CUENCA, Encarna (Coords.) (2008) La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios. Valencia. Tirant lo Blanch

LUKES, Steven (1975) El individualismo. Barcelona. Península.

LUNA OSORIO, Andrés Hernando (2010) Medios técnicos y expectativa razonable de intimidad en la investigación penal. Justicia Juris vol 6 nº 13 (págs. 112-121).

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (1988) Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis. La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía 1.1992-1003.

MANGAS MARTÍN, Araceli (Dir.) (2008) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Bilbao. Fundación BBVA

MAPELLI CAFFARENA, Borja (1983) Principios fundamentales del sistema penitenciario español. Barcelona. Bosch.

MAPELLI CAFFARENA, Borja (1994), El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, VVAA, Bosch, Barcelona. Bosch.

MARINA, José Antonio (2002) El rompecabezas de la sexualidad. Barcelona. Anagrama

MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel. (2007). La intimidad. Conocer y amar la propia riqueza interior. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias. (Séptima edición).

MARTÍN HUERTAS, María Ascensión (2008) El contenido esencial de los derechos fundamentales. Revista de las Cortes Generales nº 75 (págs. 105-190)

MARTÍN MORALES, Ricardo (1995). El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid. Civitas.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1998).Derechos fundamentales entre rejas. Anuario de derecho penal y ciencias penales nº 51 (págs. 245-272)

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2000). La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso. Madrid. Tecnos.

MARTÍNEZ RIDAURA, María Josefa (2001) El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas. En López Guerra, Luis (Coord.) Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo. (págs. 185-222). Valencia. Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José (1993). El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Madrid. Cívitas

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José (1997). Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. Anuario de Filosofía del Derecho XIV, (págs. 717-738).

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (1997) La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

MATA Y MARTIN, Ricardo -Dir.- (2014) Sistema penitenciario y nuevas tecnologías, Valladolid. Lex Artis.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier (1997) El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, Madrid. Mc Graw Hill.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier (2012) Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo. En Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. (págs. 2257-2276) Madrid. Universitas. UNED. Centro de estudios políticos y constitucionales.

MAURER, W (1979) El protestantismo en Fries, Heinrich (Dir.) Conceptos fundamentales de la Teología (págs. 468-484) Madrid. Cristiandad.

MCANDREW, Francis.T. (1993). Environmental psychology. Pacific Grove: Brooks/Cole. Publishing Company

MEDINA GUERRERO, Manuel (1996) La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid. McGraw-Hill

MEDINA GUERRERO, Manuel (1998) El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales. Cuadernos de Derecho Público nº 5 (págs. 119-141).

MEDINA GUERRERO, Manuel (2005) La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación, Valencia. Tirant lo Blanch.

MIERES MIERES, Luis Javier (2002) Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional. Navarra. Aranzadi

MILL, John Stuart (1975). Ensayo sobre la libertad. Barcelona. Vosgos

MOLINA PÉREZ, Teresa (2010). La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción. Anuario jurídico y económico escurialense 43. 127-142

MONEREO ATIEZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (Dir. Y Coords.) (2014) El sistema universal de los derechos humanos. Granada. Comares

MONTERO HERNANZ, Tomás (2012). Legislación penitenciaria comentada y concordada. Madrid. La Ley.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2013) Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un ius constitutionale commune en clave de diálogo, Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, Ferrer McGregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso, Valencia. Tirant lo Blanch.

MORENO JIMÉNEZ, Bernardo (1990) La sexualidad humana: estudio y perspectiva histórica. Madrid. Fundación Universidad-Empresa.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, Anabela, y RIVERA BEIRAS, Iñaki (2000) Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción. Barcelona. Bosch.

MUÑOZ SABATÉ, Luis (1976) Sexualidad y derecho. Barcelona. Hispano-europea.

NEWELL; P.B. (1995) Perspectives on privacy. Journal of Environmental Psychology, 15, 87-104

NIETO PIÑEROBA, Jose Antonio (2003) Antropología de la sexualidad y diversidad cultural. Madrid. Talasa.

NIEVES SALDAÑA, María (2011) El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego, Teoría y Realidad Constitucional, nº 28. (págs. 279-311)

NISTAL BURÓN, Javier (2013) La intervención de las comunicaciones penitenciarias íntimas “vis a vis”. La posible afectación de la intimidad relativa a las relaciones sexuales de los reclusos. Revista Aranzadi Doctrinal 1 (83-91)

NISTAL MARTÍNEZ, Javier (2010). La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa Diario La Ley nº 7383

OEHLING DE LOS REYES, Alberto (2010) La dignidad de la persona. Madrid. Dykinson.

OLMEDA PALOMAR, Alberto; MARTÍNEZ CANTERO, Josefa (Dirs.) (2013). Tratado de derecho sanitario. Aranzadi.

ORAA, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe (2008) La Declaración Universal de Derechos Humanos. Bilbao. Universidad de Deusto.

ORELLANA-PEÑA, Cecilia (2008). Intimidad del paciente, pudor y educación médica. *Persona y Bioética* nº 12(30) (8-15).

ORLANDIS ROVIRA, José. (1944). La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media. *Anuario de historia del derecho español*, (15), 107-161.

ORTEGA Y GASSET, José. (1972). *El hombre y la gente*. Madrid. Espasa-Calpe

OSBORNE, Raquel y GUASCH, Óscar (2003) *Sociología de la sexualidad*. Madrid. Centro de investigaciones sociológicas.

OTTO Y PARDO, Ignacio de (2010 original 1988) La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En Otto y Pardo, Ignacio de. *Obras completas*. (págs.1471-1513). Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PARDO, José Luis. (1996). *La intimidad*. Valencia. Pre-Textos.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1981) El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional* 34 (169-190)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1973) *Derechos fundamentales I. Teoría general*. Madrid. Guadiana de publicaciones.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Dir.) (1998). *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1998) La filosofía de la tolerancia. En Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales* (págs. 268-373) Dykinson. Tomo I

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1998) Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Dir.) (1998) *Historia de los derechos fundamentales*. (págs. 15-263). Dykinson. Tomo I

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.). (2001). Historia de los derechos fundamentales. Dykinson.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y LLAMAS CASCÓN Ángel. (2001). Textos básicos de derechos humanos. Pamplona. Aranzadi. Elcano.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2001). Los textos de la revolución francesa. En Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael (Dir.). Historia de los derechos fundamentales. (págs. 122-379). Dykinson. Tomo II. Vol. III

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Dir.). (2007) Historia de los derechos fundamentales. Dykinson.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y DORADO PORRAS, Javier (2007). Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (Dir.) Historia de los derechos fundamentales. Dykinson (págs. 1-316) Tomo III. Vol I. Libro I.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. (2003). Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. Madrid. Tecnos.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel (2003). Derechos y libertades en la Edad Media. En PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, CORONAS GONZÁLEZ, Santos Manuel, ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier y BILBAO UBILLOS, Juan María. Derechos y libertades en la historia. (págs.11-56). Secretariado de publicaciones e intercambio editorial. Universidad de Valladolid.

PÉREZ SERRANO, Nicolás (1947) El discurso de las leyes. Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid

PÉREZ TREMP, Pablo (2008) La experiencia española de aplicación de las “Cartas” Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional, , Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andreé (Eds.), Valencia. Tirant.

PRIETO SANCHÍS, Luis (1996) Derechos fundamentales, VV.AA., El Derecho y la justicia. Madrid. Ed. de Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco Javier LAPORTA, Trotta-BOE-CSIC.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (2009) La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. Revista de Administración Pública nº 178 (págs. 215-247)

PRIETO DE PEDRO, Jesús (1991) Lenguas, lenguaje y derecho. Madrid. Cívitas

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid. Trotta.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2007) Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional, nº 20 (435-470)

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2008) La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales.

RACIONERO CARMONA, Francisco (1997) El derecho a las comunicaciones: Regímenes especiales. En I curso monográfico para jueces de vigilancia penitenciaria. (págs.373-392). Consejo General del Poder Judicial.

RACIONERO CARMONA, Francisco (1999) Derecho Penitenciario y privación de libertad. Madrid. Dykinson

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. (2005). El derecho fundamental a la intimidad. Madrid: Dykinson. 2ª edición.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. (2008) Los límites a la libertad de comunicación pública. Madrid: Dykinson.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2004). Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas nº 13 (págs. 87-108)

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2005). Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos. Anuario Jurídico y Económico Escurialense. XXXVIII (275-289)

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2006) Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios. En CARRASCO DURÁN, Manuel; PÉREZ ROYO, Francisco Javier y TEROL BECERRA, Manuel José (Coords.) (2006) Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Tomo I) (págs. 1595-1612) Navarra. Thomson-Aranzadi.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2008). Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional. Madrid. Universitas.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2013) El derecho a la intimidad y los vis a vis en los centros penitenciarios. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 860/2013

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2013) Intervenciones corporales y derechos fundamentales. Revista General de Derecho Constitucional nº 16 (págs.1-47)

RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa (2001). El derecho a las comunicaciones en centros penitenciarios: el régimen de comunicaciones y visitas”. En LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.) Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo. Valencia. Tirant lo Blanch.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) (2000) Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Barcelona. Bosch

RIVERA BEIRAS, Iñaki (1997) La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. Bosch.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (2000) La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario. En Muñagorri Laguía, Ignacio; Pinto de Miranda Rodrigues, Anabela, y Rivera Beiras, Iñaki Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción. (págs. 65-118).Barcelona. Bosch.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos y otros (2011) Manual de ejecución penitenciaria. Madrid. Colex.

RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa (coord.). (2010). Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Madrid. Congreso de los Diputados.

RIVES SEVA, Antonio Pablo (2004). La diligencia de entrada y registro domiciliario. Barcelona. Bosch.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1998) El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad. Madrid. McGraw-Hill, Interamericana de España.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999) El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril. Teoría y realidad constitucional nº 3 (págs. 315-340)

ROJAS GUILLÉN, Enrique (1992) La dimensión sexual del ser humano. Cuadernos de bioética. Vol. 3, nº 10, págs. 62-65

ROMAY MARTÍNEZ, José (2012). Lengua, anthropos e identidad. En Couceiro Domínguez, Enrique y Gómez Pellón (Eds.) Sitios de la Antropología": Patrimonio, lenguaje y etnicidad: textos en homenaje a José Antonio Fernández de Rota. Servicio de Publicaciones. p. 181-198. Universidade da Coruña.

ROMERO COLOMA, Aurelia María (2001). Honor, intimidad e imagen de las personas famosas. Madrid. Cívitas.

RUBIO LARA, M^a Josefa (2010). El origen histórico del Estado; El Estado liberal y El Estado liberal democrático. En Blas Guerrero, Andrés de, y RUBIO LARA, M^a Josefa (Directores) Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones.(págs.49-135). Madrid. Uned

RUBIO LLORENTE, Francisco (2006) Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho, Fundamentos. La rebelión de las leyes nº 4.

RUIZ MIGUEL, Carlos (1995) La configuración constitucional del derecho de intimidad. Madrid. Tecnos

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (2012) Historia de los derechos fundamentales en sus textos. Madrid. Dykinson.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. (1985). Sistema político de la Constitución española de 1978. Madrid. Edersa.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis y PRIETO DE PEDRO, Jesús (1996) Las lenguas de España. En Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.) Comentarios a la Constitución española de 1978. (241-284)

SÁNCHEZ GIL, Rubén (2007) El principio de proporcionalidad. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (2003) De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. Teoría y realidad constitucional nº 12-13 (págs. 351-382)

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (2006). Los derechos fundamentales de la Constitución Española de 1978. En Sánchez González, Santiago (Coord.). Dogmática y práctica de los derechos fundamentales. (págs. 17-69). Valencia. Tirant lo Blanch.

SANTAMARÍA IBEAS, Javier (2001) Los textos ingleses. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.) Historia de los derechos fundamentales (págs. 7-34) Dykinson. Tomo II. Vol. III

SATURA, Vladimir (2000) Homo interior. En Dinzelbacher, Peter Diccionario de la mística. Burgos. Monte Carmelo (497-498)

SCHELER, Max (2004, original 1913). Sobre el pudor y el sentimiento de vergüenza. Salamanca. Sígueme.

SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, Alex (2007) Prisiones y libertad religiosa, Navarra, Thomson.

SERNA BILBAO, María Nieves. (2013). Derecho a la intimidad en el ámbito sanitario: intimidad personal y familiar, intimidad corporal y derecho a la propia imagen. En OLMEDA PALOMAR, Alberto; MARTÍNEZ CANTERO, Josefa (Dir.). Tratado de derecho sanitario. Vol. I. (págs. 737-778). Aranzadi.

SERRA URIBE, Carlos Enrique (2006) Derecho a la intimidad y videovigilancia policial. Madrid. Laberinto.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, María Isabel (2012) El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social, Madrid, Dykinson.

SERRANO MAÍLLO, María Isabel (1995) Delincuencia y pobreza, Boletín de Facultad de Derecho de la UNED, nº 8/9 (págs. 435-446)

SERRANO MAÍLLO, María Isabel (1999) El derecho a la intimidad de los internos en prisión: en la comunicación con sus Abogados. Actualidad Penal, Sección Doctrina, Ref. XIX, pág. 399, tomo 1

SERRANO MAÍLLO, María Isabel (1998) El derecho a la intimidad de los internos en prisión: en la comunicación con sus Abogados y procuradores. Boletín de Facultad de Derecho de la UNED, nº 13 (págs. 415-428)

SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, José Miguel (2006) Sentencias constitucionales sobre la muerte digna. Persona y Derecho nº 54 (págs 229-256).

SORIANO DÍAZ, Ramón (2003) Historia temática de los derechos humanos. Alcalá de Guadaíra (Sevilla). MAD.

SOSA WAGNER, Francisco (2009) Juristas en la Segunda República.1. Los iuspublicistas. Madrid. Fundación Alfonso Martín Escudero. Marcial Pons

SOTO RODRÍGUEZ, María Lourdes (2014) Las intervenciones corporales y vulneración de derechos fundamentales. Diario la Ley 8392. www.laleydigital.es

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José (1998) Los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad y la doctrina del Tribunal Constitucional.

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología 12 Extraordinario - Diciembre
págs. 167-186

TÉLLEZ AGUILERA, Abel (1998) Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio
jurídico. Madrid. Edisofer

TORRE, Javier de la (Ed.) (2008) Sexo, sexualidad y bioética. Madrid. Comillas

TORRE, Juan María de la (Ed) (2003) Guillermo de Saint-Thierry, Carta de Oro
y Oraciones Meditadas. Burgos. <http://win.ocist.org/pdf/Florinda.pdf>

TORRES-DULCE LIFANTE (Dir.) (1999). Derecho al honor, a la intimidad y a la
propia imagen II. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

TUR AUSINA, Rosario (2008) Garantía de derechos y jurisdicción constitucional.
Madrid. Tirant lo Blanch.

UNAMUNO, Miguel de (1986. Original: 1913) Del sentimiento trágico de la vida.
Madrid. Alianza Editorial.

VALERA PERTEGÀS, Sergi y VIDAL MORANTA, Tomeu (2000) Privacidad y
territorialidad. En Aragonés, Juan Ignacio y Amérigo, María. (Coords.) Psicología
Ambiental (págs.123-147)

VARELA SUANZES, Joaquín (Ed.) (1998) Textos básicos de la Historia
Constitucional comparada. Madrid. Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales

VARIOS AUTORES (2012) Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro
homenaje a Antonio Torres del Moral. Madrid. Universitas. UNED. Centro de
estudios políticos y constitucionales.

VERDA Y BEAMONDE, José Ramón de (coord.) (2007) Veinticinco años de
aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del
derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
Aranzadi.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1980). La protección de la intimidad de la persona en
el ordenamiento positivo español. Revista de Derecho Privado. Julio-Agosto
1980. (755-774).

VIDAL MORANTA, Tomeu y POL URRÚTIA, Enric (2005). La apropiación del espacio: una propuesta teórica para comprender la vinculación entre las personas y los lugares. Anuario de psicología N° 36 (3) (págs. 281-297).

VIEDMA ROJAS, Antonio (2013) Universitarios en prisión. Madrid (Tesis doctoral UNED).

VIEDMA ROJAS, Antonio (2014) Imágenes fronterizas: cárceles y educación entre rejas, REVIRIEGO PICÓN, Fernando, DE VICENTE, Rosario, El cine carcelario, Valencia. Tirant lo Blanch.

VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra (2003) Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Madrid. Universidad Complutense. Facultad de Derecho.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio (2002) Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales. En La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente. (págs. 317-363) Madrid. Congreso de los Diputados. Tribunal Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Ortega y Gasset. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VIÑUALES FERREIRO, Susana (2014) El procedimiento administrativo de la administración europea: de la regulación sectorial a la construcción de un régimen general (Tesis doctoral UNED).

WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1995. Original 1890). El derecho a la intimidad. Madrid. Cívitas

YEPES STORK, Ricardo (1966). La elegancia, algo más que buenas maneras. Nuestro Tiempo n° 508 (110-123)

YEPES STORK, Ricardo (1997). La persona y su intimidad. Cuadernos de Anuario Filosófico n° 48.

ANEXO: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INTIMIDAD PENITENCIARIA

1.- ACLARACIÓN SISTEMÁTICA

Se han ordenado estas sentencias sobre intimidad penitenciaria siguiendo un criterio temático combinado con otro cronológico.

De esta manera se han agrupado las resoluciones bajo los siguientes títulos: comunicaciones, comunicaciones especiales, intimidad corporal, celda e intimidad familiar.

El orden de prelación de cada grupo y de las sentencias de cada uno de ellos, es el cronológico.

2.- SENTENCIAS SOBRE COMUNICACIONES:

2.1.- Sentencia 73/1983, de 30 de julio.

Los hechos conocidos en esta sentencia fueron la suspensión de comunicaciones y la intervención de la correspondencia entre un interno y su abogado por parte de la dirección. La demanda de amparo se interpuso por entender vulnerados los arts. 24.2, 25.2, 18.3 y 24.1 de la Constitución y, en particular, el derecho al secreto de las comunicaciones postales.

El Tribunal Constitucional (FJ 7) señala la exigencia del respeto máximo a la intimidad que se debe observar en las celebraciones de las comunicaciones de los internos; exigencia que se prescribe en el apartado 1 del art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979.

En el mismo fundamento jurídico 7, se recuerda la misma exigencia de intimidad para las comunicaciones con abogados defensores, abogados expresamente

llamados y procuradores, y la necesidad de que esas comunicaciones se celebren en departamentos adecuados; a tal efecto cita el artículo del Reglamento Penitenciario entonces vigente (Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo): “Centrando el tema en las reglas que han de regir las relaciones de los Abogados defensores o expresamente llamados y de los Procuradores que los representen con los reclusos, el art. 101 del Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo) establece que se han de celebrar en departamentos apropiados, no pudiendo ser suspendidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

La sentencia otorga parcialmente el amparo solicitado con el reconocimiento del derecho de comunicación escrita y oral de los recurrentes, profesionales del Derecho, con los reclusos del centro penitenciario, derecho fundamental previsto en el art. 18.3 en relación con el art. 25.2 de la Constitución.

2.2.- Sentencia 183/1994, de 20 de junio

Se abordó aquí una intervención de comunicación escrita entre interno y su abogado defensor. En este caso, con la particularidad de que el interno era un preso preventivo por delito de pertenencia a bandas armadas.

La sentencia incide en la inclusión de las comunicaciones del interno en el ámbito de la intimidad personal. Así lo expresa en el fundamento jurídico 5 cuando dice que en las comunicaciones de la persona internada en un establecimiento penitenciario están implicados bien el derecho a la intimidad personal bien el derecho de defensa.

El fallo otorga el amparo solicitado reconociendo el derecho a la defensa que garantiza el art. 24.2 CE.

2.3.- Sentencia 197/1994, de 4 de julio

La cuestión planteada en el presente proceso es idéntica a la resuelta en la sentencia anterior, por este motivo el Tribunal se remite íntegramente a todos los razonamientos en ella contenidos (FJ Único) y otorga el amparo solicitado, reconociendo el derecho a la defensa que garantiza el art. 24.2 CE.

2.4.- Sentencia 200/1997, de 24 de noviembre

Nuevamente nos encontramos aquí un supuesto de intervención de las comunicaciones orales y escritas de un interno.

En el escrito de demanda se invocaron como infringidos, entre otros los arts. 18.1 y 18.3 CE.

El Tribunal (FJ1) destaca que “la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones ex art 18.1 CE. no constituiría sino la obligada consecuencia de la del art. 18.3 CE., pues aquel derecho es aquí una de las concreciones del genérico derecho a la intimidad”.

En el fundamento jurídico 3 se recuerda como el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones. Este precepto diferencia varias modalidades de comunicación, que son de muy distinta naturaleza y por ello sometidas a regímenes legales claramente diferenciados.

Por un lado, el art. 51.1 se refiere a las comunicaciones genéricas, en cuanto autoriza a los internos a "comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial".

Por otro lado, el art. 51.2 de la misma Ley hace mención a las comunicaciones específicas del interno con su Abogado defensor y con el Procurador que le represente. Y, por fin, el art. 51.3 de la L.O.P.G. regula otro tipo de comunicaciones específicas, las mantenidas con profesionales acreditados, con Asistentes Sociales, y con Sacerdotes o Ministros de una religión.

El Tribunal vuelve a recordar que el art. 51.1 de la L.O.G.P, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad.

La sentencia desestima el amparo.

2.5.- Sentencia 141/1999, de 22 de julio

En esta resolución los hechos fueron la decisión de la dirección del centro penitenciario, de intervenir las comunicaciones, además de limitar el número de cartas que podría escribir el interno.

En contestación a la invocación de la vulneración de los artículos 18.1 y 18.3 efectuada en la demanda de amparo, el alto Tribunal señala que el secreto de las comunicaciones se configura como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad; pues “es preciso señalar que, aunque en la demanda se invoca la infracción del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE.) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE.), nuestro análisis ha de centrarse en el último de ellos, al venir configurado el secreto de las comunicaciones como una de las manifestaciones del derecho a la intimidad” (FJ2).

Vuelve a recordar que el art. 51 L.O.G.P. reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, y distingue dentro de las mismas varias modalidades de comunicación, a las que somete a regímenes legales diferenciados (FJ7). En el mismo fundamento insiste en que el número 1 de dicho artículo. “impone que las comunicaciones se celebren de una manera en la que se respete al máximo la intimidad”.

El fallo es desestimatorio.

3.- SENTENCIAS SOBRE COMUNICACIONES ESPECIALES O VIS A VIS

Dos son las sentencias que han abordado esta clase de visitas, la 89/1987, de 3 de junio y la 128/2013, de 3 de junio.

3.1.- Sentencia 89/1987, de 3 de junio de 1987

Frente a la negación de comunicaciones especiales, ex artículo 53 LOGP, por parte de la dirección del centro penitenciario, se interpuso recurso de amparo en el que se pidió el reconocimiento de comunicaciones especiales con fundamento, en lo que aquí interesa, en el derecho fundamental a la intimidad, art. 18 de la Constitución.

La recurrente argumentaba que las decisiones de la dirección del Centro Penitenciario violaban el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE.) de todos los detenidos y presos a los que se aplica el art. 10.2 LOGP, puesto que «se vulnera el derecho cuando se elimina la posibilidad de intercambiar cualquier manifestación de afecto con la familia, de tener relaciones íntimas con el otro miembro de la pareja».

También hacía especial hincapié en la importancia de las relaciones afectivas y sexuales a las que señalaba como una necesidad básica de toda persona humana y como su privación acarrea graves problemas psíquicos.

El recurso de amparo fue denegado, desarrollándose en el fundamento jurídico 2 el razonamiento del Tribunal.

La primera conclusión de la sentencia es que las comunicaciones especiales no son objeto de ningún derecho fundamental y su privación no supone limitación ni restricción de derecho fundamental alguno. Se dice expresamente “Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posible”.

“Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo... 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 también impedidos de

su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno”.

Después de alabar que el legislador haya autorizado las comunicaciones íntimas y de volver a recordar que no son objeto de derecho fundamental alguno, la sentencia se dedica a reflexionar sobre la sexualidad humana. Así llega a decir que: “la sexualidad es una parte importante para la vida del hombre”; “la abstinencia sexual no pone en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal”; “la imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica la sumisión a un trato inhumano o degradante”; “la privación de libertad es un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial la privación sexual”.

Más adelante, la sentencia examina la cuestión desde el punto de vista de la intimidad. Comienza reconociendo como obvio “que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados”. Después afirma que “el Derecho protege la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres”.

Por último la sentencia nos aproxima a lo que considera la naturaleza de la intimidad para las personas privadas de libertad, con lo que podemos decir que elabora un concepto de intimidad para este colectivo humano. Dice expresamente “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 íntimas”.

Concluye la sentencia volviendo a recordarnos que “la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad no viola la intimidad pues es una medida que no la reduce más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere”.

Se incide en que las relaciones íntimas cuando son autorizadas han de desarrollarse en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas por exigencias de lo dispuesto en el art. 18.1 CE. y como “La

autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad”; y que “esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”.

Con estos razonamientos el fallo no podía ser otro que desestimatorio.

3.2.- Sentencia 128/2013 de 3 de junio

Los hechos analizados consistieron en la denegación a un interno de comunicación vis a vis con primos por no considerarlos familiares.

La sentencia, en el fundamento jurídico 3, recuerda la doctrina constitucional general sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

En primer lugar que el artículo 25.2 CE no contiene, en su primer inciso, un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes.

Y en segundo lugar que dicho artículo, incorpora igualmente, en su inciso segundo, una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí “con las modulaciones y matices” recogidas en dicho precepto constitucional ... es decir, de aquellos derechos fundamentales que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria.

Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del art. 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno —peso preventivo o en situación de cumplimiento de pena— indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (FJ3).

La sentencia enjuicia constitucionalmente las comunicaciones íntimas de los presos, y, a pesar de haber transcurrido más de veinticinco, reitera la fundamentación argüida en la sentencia 89/1987, de 3 de junio, que acabamos de ver.

En este sentido insiste en que con referencia a las comunicaciones generales con terceros, orales o escritas, previstas en el art. 51.1 LOGP, que son las que aquí nos importan, que las mismas representan “una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”; sin embargo, “los derechos fundamentales que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2). Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del art. 25.2 CE.

Junto a ello se insiste en que la mera privación de visitas al interno pueda suponer un trato inhumano o degradante susceptible de lesionar el art. 15 CE, y recuerda, nuevamente, su doctrina de las SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 119/1996, de 8 de julio, FJ 2.

Cabe resaltar como en el fundamento jurídico 4 y en relación con las comunicaciones del interno:

- 1.- Se reconoce el derecho a entablar comunicaciones con otras personas, que la normativa penitenciaria (art. 51 LOGP) atribuye a todo interno.
- 2.- Tales comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.
- 3.- En relación con las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, recuerda la legislación penitenciaria al respecto, en el sentido de que “el art. 45 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que “previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al

mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.”. Visitas estas que, como todas ellas, se encuentran sometidas al indicado límite del mantenimiento de la seguridad, el tratamiento y el buen orden del establecimiento, según reitera el propio Reglamento penitenciario en su art. 41, destinado a la regulación de las condiciones generales de las comunicaciones y visitas.

Por último, en el fundamento jurídico 5, al valorar la limitación de las comunicaciones en la que consistieron los hechos, concluye en el sentido de que dicha limitación se acomodó al principio de proporcionalidad.

El supuesto de hecho fue muy sencillo, se denegó la comunicación vis a vis con los primos porque en la solicitud previa de visita hecha por el interno, dichos parientes deberían de haberse incluido en la categoría de allegados íntimos y no en el de familiares.

En el centro penitenciario de autos, se había limitado el acceso incondicionado a los parientes dentro del segundo grado por el gran número de personas que cabe incluir en el concepto de parientes. El Tribunal considera que la limitación encontró cobertura en el art. 51.1 LOGP, el cual permite establecer restricciones cuando lo exijan “razones de seguridad” o “del buen orden del establecimiento”, conceptos jurídicos indeterminados que no resultan extravasados en términos constitucionalmente inadmisibles por la concreción de los familiares que pueden tener acceso a las visitas vis a vis sin más comprobaciones que la relación de parentesco. El resto de parientes —los de parentesco más lejano que el segundo grado— no resultaban excluidos del régimen de visitas, sino que debían acomodarse a de mayor comprobación propia de los allegados.

Todo ello hace concluir al Tribunal que la limitación se acomodó al principio de proporcionalidad en cuanto, primero, se adecuó al fin perseguido de garantizar la seguridad y buen funcionamiento del centro penitenciario, y, segundo, la restricción no se extendió más allá de lo estrictamente preciso.

El fallo desestima el recurso.

4.- SENTENCIAS SOBRE INTIMIDAD CORPORAL

Se hace necesario distinguir dentro de las diferentes sentencias que cobija este título, dos de ellas, concretamente, las SSTC 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio, pues debatieron sobre la intimidad corporal con motivo de una intervención médica; mientras que las restantes, que abordan esta materia, ostentan una naturaleza bien distinta, al haber tenido como objeto medidas de registro personal, bien cacheos con desnudo integral, bien exploración con rayos X.

4.1.- Sentencia 120/1990, de 27 de junio

Un grupo de internos, pertenecientes a la organización terrorista GRAPO, iniciaron una huelga de hambre para presionar a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a fin de obtener de la misma la concentración de los reclusos de su misma organización terrorista en un único establecimiento penitenciario. A resultas de su negativa a ingerir alimentos debieron ser ingresados en centros hospitalarios.

Por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid se declaró «el derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica, conforme a criterios de la ciencia médica, a aquellos reclusos en "huelga de hambre" una vez que la vida de éstos corriera peligro, lo que se determinaría, previos los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente determinara, y sin que en ningún caso pudiera suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persistiese su estado de determinarse libre y conscientemente».

Frente a esta resolución judicial se interpuso demanda de amparo, con fundamento, en lo que aquí interesa, en el artículo 18.1 CE., pidiendo el cese de la alimentación de forma forzosa.

El Tribunal Constitucional circunscribió el objeto del recurso de amparo a la compatibilidad con los arts. 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 C.E

de la resolución judicial que autorizó y obligó a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto implicaba la alimentación de los internos en contra de su voluntad. (FJ3). La alimentación forzosa se realizaría por vía parenteral, cuando de acuerdo con los conocimientos médicos, fuese necesaria para impedir el riesgo de muerte

La resolución del recurso de amparo puso al Tribunal Constitucional en una difícil posición pues, como se señaló en la sentencia, “la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana” (FJ5).

Reflejo de esta dificultad en el seno del Tribunal, fue la emisión de dos votos particulares por sendos magistrados.

La sentencia llama la atención sobre el conflicto que “se produce entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, que le impone el art. 3.4 de la LOGP”. Este conflicto se proyecta “no sólo en relación con el derecho a la vida, sino también sobre los otros derechos fundamentales más arriba acotados” (FJ6).

En el mismo fundamento 6, estudia la naturaleza de las relaciones jurídicas entre la Administración penitenciaria y los reclusos. Después de citar la STC 61/1990, de 29 de marzo, en el sentido de que el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso, concluye que “la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, de 21 de enero”, así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se

encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios.

Esta relación de especial sujeción debe ser entendida siempre en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, y origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso. Entre esos deberes destaca el esencial deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los reclusos. La integridad y la salud son valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa. Dichas limitaciones podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.

La sentencia, en el fundamento jurídico 8, señaló los límites de los derechos fundamentales, que son aquellos establecidos en la propia Constitución, bien de manera expresa al definir cada derecho, bien de forma indirecta cuando de la misma se infieren como necesarios para preservar otros derechos fundamentales. Estas limitaciones no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, deben de ser «necesarias para conseguir el fin perseguido, atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone, y en todo caso, respetar su cometido esencial».

Sentada esta doctrina, el Tribunal procede a examinar si la asistencia médica que autoriza la resolución recurrida viene justificada en la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquellos a los que se impone.

En virtud de la relación de sujeción especial penitenciaria que vincula a los solicitantes de amparo con la administración penitenciaria, ésta viene obligada a velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia. Deber que le

viene impuesto por el art. 3.4 LOGP, que es la ley habilitada por el art. 25.2 CE para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos; y que en este supuesto tiene la finalidad de proteger la vida y salud de las personas que son bienes constitucionalmente consagrados.

En su análisis de la alegada vulneración del derecho a la intimidad personal (FJ2), el Tribunal llegará a la conclusión de que no ha sido vulnerada porque la intervención médica autorizada no atenta a la intimidad corporal. Dice el Tribunal Constitucional “Igualmente inconsistente es la denuncia de la supuesta violación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE. y 5.2 RP)”. Recuerda que, según su criterio, la noción de “intimidad corporal” se integra en la de «intimidad personal» (STC 37/1989, fundamento jurídico 4. °). “Pero la ha identificado únicamente como inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona.

En su virtud y respecto al supuesto de hecho “puede afirmarse que en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes”. Ya que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse entre las indagaciones o pesquisas a las que, según la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad. Teniendo en cuenta las partes del cuerpo sobre las que actúa, los medios que emplea y su finalidad, ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, la actuación médica intervención no produce menoscabo de ningún género en la intimidad personal.

Concluye el Tribunal diciendo que la asistencia médica obligatoria “no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada” y que solo constituye “una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la Constitución, y unida ineludiblemente a ella una restricción a la libertad física”; limitación y restricción “ que vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido”. La preservación de este bien se realizó “mediante un ponderado juicio de proporcionalidad” ya que supuso el mínimo sacrificio del derecho exigido por la situación en que se hallaban aquéllos respecto de los cuales se autorizó.

La Sentencia, desestimatoria del amparo, tuvo dos votos particulares: los de los magistrados Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Leguina Villa.

En el primero de ellos, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer señalará que la relación de sujeción especial del interno no justifica la imposición de una limitación a derechos fundamentales como es la alimentación forzosa, una limitación que no sería lícita «si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas». La obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no justifica el establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado,” el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria”.

Prosigue el magistrado, señalando que si bien el art. 25.2 CE. remite a la Ley Penitenciaria, “habilitándola para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos” esa remisión no justifica por sí misma una limitación de derechos, “que ha de ser razonable y proporcionada para ser constitucionalmente legítima”. Dado que no hay una regulación específica de la huelga de hambre, “el silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del art. 25.2 CE., como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad”.

En el segundo de los votos particulares, Leguina Villa, resaltará que “no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás”.

La libertad personal ampara también a los reclusos y frente a ello, ningún valor justificativo tiene el deber que la Administración penitenciaria tiene de velar por la salud y la integridad física de los internos.

El deber de cuidar la salud y la vida de los reclusos que la Ley penitenciaria impone a la Administración cesa ante la voluntad contraria de los recurrentes.

“Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos. Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan. Creo que un enfoque del problema desde esta última perspectiva -la del enfermo que es además recluso-en lugar de la adoptada por la Sentencia -la del recluso que es además enfermo-hubiera permitido llegar a una solución favorable a la concesión del amparo”.

4.2.- Sentencia 137/1990, de 19 de julio

Nos encontramos ante un supuesto similar al anterior, derivado de la huelga de hambre de miembros de la organización terrorista GRAPO, adoptada con el fin de obtener de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la concentración en un único establecimiento de todos los miembros de la organización internos en distintos centros penitenciarios. Los huelguistas fueron ingresados en un centro hospitalario, donde, judicialmente se autorizó el empleo de medios coercitivos estrictamente necesarios para que les fuesen realizadas las pruebas analíticas y el sometimiento al tratamiento médico subsiguiente.

En la demanda de amparo se pedía al Tribunal Constitucional que «declare las infracciones de los arts. 1, 16 1, 17 1, 18 1, 9.2, 24.1, 25.2, 10.1, 15 de la Constitución”

A parte de la intervención médica, la sentencia especifica, que dentro de la misma se comprendía la realización de pruebas analíticas (FJ1b).

Ante la identidad de pretensiones y de situaciones con el recurso desestimado por STC 120/1990, el Tribunal dice expresamente se remitirá a dicha sentencia. (FJ2).

Lo anterior llevó, lógicamente, a un fallo desestimatorio.

El Magistrado Leguina Villa formuló voto particular por las mismas razones expresadas en el Voto particular formulado frente a la STC 120/1990.

Vistas estas dos primeras sentencias sobre intimidad corporal pasamos a contemplar las otras seis resoluciones que, como anunciamos, tienen como supuestos de hecho medidas de inspección corporal.

4.3.- Sentencia 57/1994, de 28 de febrero.

Se analiza en esta sentencia la sanción impuesta a un interno, en centro penitenciario, por haber desobedecido las órdenes de un funcionario para que hiciera unas flexiones en el cacheo posterior a una comunicación íntima.

El interno demandó en amparo, en sus alegaciones expuso que “el obligar al interno a hacer flexiones desnudo después de una comunicación “vis a vis” es un trato vejatorio que vulnera, entre otros el derecho a la intimidad personal, recogido en el art. 18 CE.

El objeto de los presentes recursos fue la compatibilidad de las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas con los arts. 15, en relación con el art. 10.1, 18.1 y 24.1 CE.

La sentencia 57/1994 vuelve a recordar la naturaleza de sujeción especial que revisten las relaciones jurídicas entre la Administración Penitenciaria y las personas reclusas. Dicha relación origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso, dentro de los cuales, destaca a los efectos del recurso de amparo, la obligación esencial de la institución penitenciaria de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y

observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento arts. 4 b) L.O.G.P., 7 b) R.P.).

La retención y custodia de los internos constituye una de las finalidades de la institución penitenciaria. Para garantizar tal fin las autoridades penitenciarias tienen el deber de organizar sistemas adecuados de vigilancia y seguridad en los establecimientos. De ahí que el Reglamento Penitenciario mencione entre los criterios organizativos del establecimiento penitenciario "un sistema de vigilancia y seguridad que garantice la custodia de los internos" (art. 8 d (Redacción del Reglamento Penitenciaria según Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo).

En atención al mismo fin, el art. 23 L.O.G.P. establece los cacheos en la práctica penitenciaria para atender a la seguridad y control de los centros. (FJ3).

Al enjuiciar (FJ5) si la orden impartida al interno "ha vulnerado su derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE. le reconoce", el Tribunal recuerda la doctrina sobre el derecho de intimidad y así dice que "el derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce". Y que esta intimidad personal constitucionalmente garantizada supone "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana".

Parte de la intimidad personal es la intimidad corporal "en principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad".

Y el ámbito protegido constitucionalmente por la intimidad corporal "no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas

actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”.

Dado que el derecho a la intimidad personal no es un derecho absoluto, “puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas” (FJ5).

Más adelante, el Alto Tribunal, vuelve a recordar la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, lo que no impide “que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere”.

En el caso concreto, mediante las órdenes impartidas, la Administración pretendía “velar por el orden y la seguridad del establecimiento” para evitar que, “con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con persona ajena al centro penitenciario”, pudieran “introducirse en el mismo objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con riesgo evidente para la seguridad del centro o la salud de las personas”. (FJ6).

Para apreciar si la actuación administrativa vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, resulta evidente la insuficiencia de alegar, sin más, un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE.), pues “si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia”.

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución “sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos”. Asimismo “las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable. De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, ha de atender a la

proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial.

Continua el Tribunal analizando a la luz de esta doctrina, si la medida impugnada en el presente caso “se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone”.

Pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo "respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena" (art. 3 L.O.G.P.), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos.

Es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario

Pero para adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger.

El respeto a esta exigencia requiere la necesaria fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria. Tal fundamentación permitirá, en primer lugar, que sea apreciada por el afectado y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

El Tribunal concluirá que la necesidad de la medida aquí impugnada carece de cualquier fundamentación tanto en los Acuerdos impugnados como en las

resoluciones judiciales que los confirman. Y, de otro lado, que fue adoptada sin ponderar esa necesidad y el derecho fundamental del recluso que con la misma se limitaba.

De esta forma, terminará señalando que “en efecto, de las actuaciones se desprende que ni la situación existente en el centro penitenciario en el momento en que fue adoptada tal medida ni la conducta del interno al que se dirigía han sido acreditadas ni aún invocadas para fundamentar la medida en ninguno de los expedientes disciplinarios sancionadores, ni en las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria”.

No se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que en el centro penitenciario existiera una situación tal, que entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptar las medidas impugnadas. Por otro lado tampoco se acreditó ni que del comportamiento del interno afectado por la medida se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos.

Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes. Afirmación genérica que no puede justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE. Por el contrario la adopción de la medida hubiese requerido que la Administración Penitenciaria hubiera constatado su necesidad para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.

Es evidente, pues, que la actuación impugnada no se atuvo, en modo alguno, a las exigencias referidas “a la finalidad de la medida”. (FJ7).

El Tribunal, en el mismo fundamento jurídico 7 procedió a valorar, igualmente, si los medios utilizados fueron conformes con la garantía constitucional de la intimidad personal, “pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquellos

que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona”. A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada.

Una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal, ya que “dicha medida entraña, como reiteradamente se ha dicho, que tras haber tenido una comunicación íntima el recluso se desnude ante un funcionario del centro penitenciario. Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal”.

Vuelve a insistir en el carácter no absoluto de este derecho, que puede limitarse con la debida justificación y con respeto de la regla de la proporcionalidad “si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad”.

A la desnudez del recluso se añadieron dos circunstancias que acentuaron la quiebra de su intimidad corporal y pudieron causarle una mayor postración o sufrimiento físico; se le obligó a practicar varias flexiones, teniendo que exponer su cuerpo en movimiento, y todo esto en una posición inferior a quien impartía la orden.

“De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquel se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña

una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre”.

El Tribunal concluye que, dados los medios utilizados, la medida no fue conforme con el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. “De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 CE. en atención a los medios utilizados para su práctica”.

El Tribunal otorgó finalmente el amparo por lesión del derecho de intimidad con afectación de la dignidad del recluso. La intimidad fue restringida más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere.

4.4.- Sentencia 35/1996, de 11 de marzo

El supuesto de hecho de esta resolución consistió en la práctica, reiterada y frecuente, de la medida de seguridad consistente en sesiones de rayos X a un recluso, cada vez que salía a juicio o regresaba del mismo. El interno, al entender vulnerado el derecho a la integridad física del artículo 15 CE, interpuso demanda de amparo al considerar nociva para la salud la exposición reiterada a los rayos X.

La esencia del recurso es la determinación de si se ha vulnerado el derecho a la integridad física que protege el art. 15 CE. por parte de la administración penitenciaria que prescribió tales medidas. En el análisis la sentencia valora la garantía constitucional de la intimidad.

La sentencia vuelve a recordar la naturaleza especial de la relación de sujeción que vincula a los reclusos con la Administración Penitenciaria, en el sentido recogido por las sentencias ya estudiadas: sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales, conjunto de derechos y deberes recíprocos entre la Administración Penitenciaria y el recluso. (FJ2).

La finalidad de la institución penitenciaria consistente en la retención y custodia de los internos “se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de

organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad”.

Recordemos que en este sentido el R.P. señala entre los criterios organizativos del establecimiento penitenciario, la necesidad de un sistema de vigilancia y seguridad que lleve a garantizar la custodia de los internos.

En atención al mismo fin, el art. 23 L.O.G.P. establece como medidas prácticas para atender a la seguridad y control de los centros “Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

Estos poderes que la Ley atribuye a la Administración penitenciaria para prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario y para sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos están limitados por los derechos fundamentales de los mismos y sometidos al control judicial que en virtud del art. 76.2 e) LOGP corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

En el fundamento jurídico 3, la sentencia analiza, a la luz de la doctrina expuesta, si la práctica de sesiones de rayos X, a la que se ha sometido al interno, ha vulnerado el derecho a la integridad física protegido por el art. 15 CE., en el que está comprendido el derecho a la salud. El Tribunal llegará a la conclusión de que no lo ha sido.

A esta conclusión llega primero porque la práctica de las sesiones de rayos X fue necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido, segundo porque se llevaron a cabo con todas las prevenciones necesarias para no producir efectos dañosos para la salud y tercero porque dicha práctica garantizó el derecho de intimidad personal ya que "es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados ..., pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquéllos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales

de la persona.... A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada".

Por todo ello se denegó el amparo.

4.5.- Sentencia 204/2000, de 24 de julio.

Los hechos analizados por el Alto Tribunal consistieron nuevamente en un supuesto de cacheo con desnudo integral. Después de haber mantenido una comunicación íntima, los funcionarios ordenaron al interno, ahora demandante, someterse a un cacheo con desnudo integral en una sala al efecto, separado del resto de los internos por un biombo. El interno se negó reiteradamente a las órdenes de los funcionarios en el sentido de que se bajara los calzoncillos. Ante esta resistencia los funcionarios se vieron obligados a despojarle de tal prenda. Al comunicarle que se le retenían unos chicles, el solicitante de forma despectiva contestó al funcionario diciéndole: "se los meta donde le quepan".

Se alegó la lesión de los derechos a la integridad y dignidad de la persona (ex art. 15 CE), a la intimidad personal (ex art. 18 CE) y, al principio de legalidad penal (ex art.25 CE).

La sentencia, en su fundamento jurídico 4, recuerda la doctrina expuesta en la sentencia 57/1994 (FJ8 in fine); las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, pueden ser constitucionalmente legítimas si, 1.- están justificadas por su finalidad, 2.- se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos y 3.- por los medios utilizados para su práctica, no resultan afectados los derechos fundamentales, en particular, los reconocidos en los arts. 15 y 18.1 CE.

Después llega a la conclusión de que en, el caso presente, se ha vulnerado el derecho a la intimidad, pues, como en el supuesto de la sentencia 57/1994, las medidas resultaron injustificadas y los medios fueron inadecuados; "pues ni la medida se encuentra justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del Centro, ni tampoco se advierte que

fuese llevada a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho esencial”.

Se otorga el amparo por haber sido vulnerado el derecho a la intimidad personal del demandante (ex art. 18.1 CE).

4.6.- Sentencia 218/2002, de 25 de noviembre

El supuesto de hecho fue, de nuevo, la práctica de un cacheo con desnudo integral a un interno después de una "comunicación vis a vis". En el desarrollo de la medida de seguridad, el recluso se negó a despojarse de sus calzoncillos, a no ser en presencia del Sr. Jefe de Servicios; a pesar de que éste no compareció, el interno acabó accediendo a lo que se le ordenaba.

El recurrente en amparo, en esta sentencia, alegó en su demanda la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad personal.

Dada la identidad sustancial de los hechos con los que dieron lugar a la STC 57/1994, de 28 de febrero, la sentencia recoge la doctrina de esta resolución, reiterada en la STC 204/2000 de 24 de julio. (FJ4).

En el fundamento jurídico 5 se recuerda que el art. 71.1 RP prescribe que "las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico".

El mismo Reglamento Penitenciario en su art. 68.2 concreta que "por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios".

En este caso concreto, falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral despojándose de los calzoncillos. No se ha alegado que en el Centro Penitenciario existiera una situación que por sí sola entrañase una amenaza para su buen orden que hiciera necesaria la medida aquí discutida, ni tampoco que el comportamiento del ahora demandante de amparo pudiera generar la fundada sospecha o indicios serios de que tratase de introducir en el centro penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro la seguridad o la convivencia ordenada en el establecimiento, y aún será de añadir que en el expediente personal del actor no constaba "la existencia de sanciones firmes por infracciones graves o muy graves"(FJ6).

En último término no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes. Esta afirmación puede ser verdad pero "sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso".

El cacheo integral del caso presente, ordenado, sin la específica fundamentación ya señalada, vulneró el derecho a la intimidad personal del demandante —art. 18.1 CE—por lo que se otorga el amparo.

4.7.- Sentencia 196/2006, de 3 de julio

En el caso abordado, un interno fue sancionado ante su negativa a facilitar una muestra de orina destinada a ser analizada con el fin de comprobar si consumía sustancias tóxicas, tal y como había sido acordado por el órgano judicial a instancias del propio interno. La negativa se sustentó en su disconformidad con

las circunstancias en las que la toma de la muestra de orina debía llevarse a cabo.

El interno recurrió en amparo alegando, entre otros, la vulneración del derecho constitucional a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 CE.

El Tribunal entra a valorar si la actuación de la Administración penitenciaria vulneró los derechos del recurrente a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en cuyo caso la imposición de la sanción se revelaría contraria al art. 25.1 CE.

En esa actuación administrativa cuestionada pueden diferenciarse dos aspectos: de un lado, la orden de que el recurrente proporcionara una muestra de orina, que con arreglo a la doctrina constitucional debe calificarse como una intervención corporal leve afectante al derecho a la integridad física ex art. 15 CE (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2); y, de otro, que tal acción viniera precedida del desnudo integral del interno, tras lo cual le fue suministrada una bata o albornoz para que, una vez en otra habitación, proporcionara la muestra de orina, todo ello con la finalidad de garantizar la fiabilidad de su posterior análisis (FJ4).

El Tribunal entra a valorar “si la orden impartida al recurrente, aun no constituyendo un trato degradante, ha vulnerado el derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 CE le reconoce”. Señala como “indudable que el desnudo integral de la persona incide en el ámbito de su intimidad corporal constitucionalmente protegido, según el criterio social dominante en nuestra cultura (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5).

Sin embargo “la intimidad personal no es un derecho de carácter absoluto” (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7). Y ello, por dos razones, por un lado porque puede ceder ante exigencias públicas en ciertos casos; y por otro, porque el propio titular de este derecho puede aceptar inmisiones en el mismo (FJ5).

La limitación de la intimidad corporal tiene sus exigencias. Tal limitación podrá ser acordada mediante resolución judicial motivada que satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, sin excluirse (debido a la falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial

para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4).

De nuevo el Tribunal recuerda la afectación intensa del derecho a la intimidad en el concreto ámbito penitenciario y la considerable reducción de la misma, y vuelve a traer a colación el art. 68.2 del Reglamento penitenciario que prevé el cacheo con desnudo integral.

El consentimiento permite la inmisión en el derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). “Así ocurre en el presente caso, en el que la toma de orina se acordó como consecuencia de una petición del propio recurrente de que se le hiciera una analítica para acreditar que había superado el consumo de sustancias tóxicas... Y a este respecto hemos dicho que, consistiendo la prueba de que se trate en una intervención corporal leve, es evidente que, realizándose de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad corporal (SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6)”.

Sin embargo pertenece al ámbito de libertad del titular revocar en cualquier momento ese consentimiento (FJ6). Y así sucedió en el caso concreto, donde el interno adujo, a tales efectos, las circunstancias de realización de la práctica de la prueba, un lugar, donde podía ser visto por terceras personas.

En la medida en que la negativa del recurrente a suministrar la muestra de orina en las circunstancias dispuestas por la Administración penitenciaria le acarreó una sanción; el Tribunal examina la posible vulneración del art. 25.1 CE, desde la perspectiva de que es precisamente el ejercicio del derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) la premisa en la que se asienta la incompatibilidad de la sanción impuesta con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE)”.

El Tribunal concluirá, en el mismo fundamento jurídico 6, que en el presente caso se ha vulnerado el derecho del demandante a su intimidad personal (art. 18.1 CE), y en consecuencia se otorgará el amparo.

4.8.- Sentencia 171/2013 de 7 de octubre de 2013

Se aborda aquí el sometimiento de un interno en centro penitenciario a dos cacheos con desnudo integral después de mantener sendas comunicaciones vis a vis"; la motivación de los cacheos fue la de "sospechar que pudiera ocultar en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación de vis-vis".

Dada la identidad sustancial de los hechos con los que dieron lugar a la STC 218/2002, de 25 de noviembre, la sentencia recoge la doctrina de esta última contenida en su fundamento jurídico 4, que a su vez comprende la doctrina de las SSTC 57/1994 de 28 de febrero, FFJJ 5 y 6 y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4.

En el fundamento jurídico 3 se reconoce que el cacheo con desnudo integral puede ser un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, "si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos" se hace necesaria la ponderación adecuada y equilibrada, tanto "la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal", como "si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger".

El respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, "pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental".

En este supuesto concreto (FJ4) ha faltado "toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del cacheo integral, puesto que únicamente se hace una referencia genérica a sospechas

de ocultación de algún objeto, sin expresar ningún tipo de razón individual y contrastada que permita identificar la justificación de la medida”.

Lo relevante, a fin de justificar una medida limitativa del derecho reconocido en el art. 18.1 CE, es “que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria” que la medida “era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento”, habiendo tenido en cuenta, bien “la concreta situación de éste” bien “el previo comportamiento del recluso”.

La referida falta de fundamentación hizo que los cacheos integrales vulneraran el derecho a la intimidad personal del demandante de amparo, ex art. 18.1 CE, por lo que el Tribunal concluye otorgando el amparo con reconocimiento del referido derecho.

5.- SENTENCIAS SOBRE CELDA

Tres son las sentencias donde el Tribunal Constitucional ha estudiado el derecho a la intimidad en relación con la celda en el ámbito penitenciario, sentencias 195/1995, de 19 de diciembre, 89/2006, de 27 de marzo, y 106/2012, de 21 de mayo.

5.1.- Sentencia 195/1995, de 19 de diciembre

En el origen de la sentencia se encuentra la sanción a un interno por faltas graves por la siguiente conducta: haberse dirigido al funcionario de turno diciendo, “¿Quién es usted para meterme a alguien en la celda sin mi permiso y sin consultarme? Llame inmediatamente al Jefe de Servicios”. Al manifestarle el funcionario que era él quien ordenaba la distribución en las celdas, el interno insistió en que se avisara al Jefe de Servicios, y por último se dirigió al funcionario diciendo “ábrame ahora mismo que voy a subir para arriba y quitar todas las cosas de mi celda”.

La conducta del interno vino motivada por el alojamiento de un segundo interno en la celda, hecho que el interno entendió que vulneraba su intimidad.

En la demanda de amparo, se denuncia como vulnerado el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, al considerar que el Centro Penitenciario infringió lo dispuesto en el art. 15 del R.P. que prescribe con carácter general que los internos ocuparán celda o habitación individual.

El Tribunal en su argumentación (FJ3) rechaza que pueda hablarse de vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE.) pues un interno en un establecimiento penitenciario no ostenta ningún derecho a una celda individual. “pues si bien es cierto que tanto el art. 19.1 L.O.G.P. como el art. 15 Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual, tal y como parece pretender el recurrente”.

Para argumentar que el derecho a la celda no tiene sostén en el artículo 18.1 CE., el Tribunal vuelve a recordar la reducción que sufre la intimidad en el ámbito penitenciario; reducción que no puede ir más allá de lo que requiera la ordenada vida en prisión; una exigencia que no concurre en el caso acreditado, en tanto que “la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas”.

No se estimará vulnerado, por tanto, el derecho de intimidad.

Las siguientes dos sentencias tienen como supuesto de hecho el registro de celda.

5.2.- Sentencia 89/2006, de 27 de marzo

La ausencia del interno en el registro de celda es el germen de la sentencia aquí estudiada. La Dirección del centro alegó que el registro se había debido a informaciones previas relativas a que otro de los ocupantes de la celda podía esconder sustancias prohibidas en la misma; asimismo informó que la ausencia de los ocupantes de la celda durante el registro se debió a que los mismos se

encontraban en los talleres del centro y que, por medio del informe del Jefe de servicios, se requisaron folios con dibujos y frases ofensivas hacia los funcionarios y el centro.

En la demanda se alega que el registro de la celda, que el recurrente en amparo compartía con otros dos internos en el centro penitenciario, vulneró su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

A juicio del recurrente tal vulneración se produjo, tanto por el registro en sí, por considerarlo innecesario, como al modo en el que fue practicado, sin su presencia, sin notificación previa y sin entrega posterior de un acta del registro.

Varias son las cuestiones que se pueden distinguir aquí (FJ2).

La consideración o configuración de que la celda no es un domicilio en el sentido constitucional del término.

De este primer planteamiento se concluye a juicio del Tribunal la lógica e importante afectación que los reclusos padecen en su intimidad “Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren”.

Más adelante recuerda su doctrina sobre la reducción de la intimidad en el seno de la prisión.

Dada esta “dolorosa” reducción de la intimidad, debe observarse un especial cuidado para conservar la esfera de intimidad no interesada por la pena, no afectándola de manera innecesaria; “por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere”.

A continuación la sentencia reflexiona sobre la condición del domicilio y recoge varias de las características ya reconocidas por el Tribunal. Utiliza el término privacidad y alude a la libre elección del domicilio así como la facultad de controlar, que incluye la exclusión, del acceso a dicho espacio.

El domicilio constituye un ámbito de privacidad “dentro del espacio limitado que la propia persona elige”, “inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio es fundamentalmente negativo; lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”.

De lo anterior deduce la sentencia la evidencia de que la celda es un espacio de intimidad; “de ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para desarrollar vida privada, en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión”.

Sin embargo resalta que la celda, al contrario que el domicilio, no es objeto de elección por parte de su ocupante, el cual no puede impedir que el poder público acceda al mismo; “también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público”.

Al ahondar en la argumentación sobre la diferencia entre domicilio y celda, la sentencia abandona la expresión “relación de sujeción especial” para sustituirla por la de “ámbito de intenso control público”. En este sentido dice la resolución que “el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término”.

En el fundamento jurídico tercero, después de recordar el concepto expreso de intimidad que utiliza el Tribunal, se vuelve a insistir en que la intimidad no es un derecho absoluto sino que puede ceder. Pero tal cesión del derecho fundamental, ante intereses constitucionalmente relevantes, exige los requisitos de necesidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho fundamental de intimidad.

Al enumerar los requisitos de la limitación del derecho a la intimidad del preso, señala como primero, el establecimiento por ley, según exige con carácter

general el artículo 53.1 CE “para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del capítulo segundo del título primero” y específicamente para los derechos fundamentales de los presos, la ley penitenciaria “como la tercera de las fuentes específicas de restricción de derechos fundamentales de los condenados a penas de prisión” ex art. 25.2 CE).

Pero la sentencia añade otros requisitos para las limitaciones de los derechos fundamentales de los presos. Aparte de su configuración legal las limitaciones deberán ser “penitenciarias” y respetar el principio de proporcionalidad (conformadas y aplicadas respetando este principio). “Este requisito, no obstante, no es ni puede ser el único. De la dicción del art. 25.2 CE no se extrae la conclusión de que las limitaciones que contemplan sean “limitaciones de pura configuración legal”. Tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena —de su contenido o de su sentido—, han de ser “penitenciarias” y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad.

¿Qué se entiende por limitaciones penitenciarias?, aquéllas cuya finalidad esté “anudada a las propias de la institución penitenciaria”.

La observancia del principio de proporcionalidad se valora “por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto”

Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son los parámetros “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones; ‘si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” .

Volvemos, por tanto, al quid de toda limitación en este ámbito, que ya hemos ido viendo en páginas anteriores.

Efectuadas las anteriores consideraciones, la sentencia, en su fundamento jurídico 4, pasa a valorar la cuestión central del recurso que es el examen de la legitimidad constitucional en la compatibilidad del registro de celda denunciado con el derecho a la intimidad personal de su ocupante.

Convendrá así el Tribunal en que “el examen de constitucionalidad del registro efectuado” a realizar, no es sino “un examen de su proporcionalidad”, y ello, porque la previsión normativa contenida en el artículo 23 de la Ley Orgánica general penitenciaria no fue cuestionada en el recurso.

Primero se procede a valorar la necesidad del registro en sí, es decir si existió la finalidad justificadora de la restricción del derecho fundamental a la intimidad que supone el registro; “sin tal finalidad faltaría el presupuesto necesario para avalar la constitucionalidad de la medida, pues la restricción del derecho fundamental no podría obedecer, ya a límite, a la salvaguarda preferente de otro interés constitucional”.

Además dicha finalidad deberá ser penitenciaria pues “si tal finalidad concurriera pero no fuera “penitenciaria”, quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el art. 25.2 CE.”.

La sentencia da un paso muy importante al declarar que las limitaciones a los derechos fundamentales de los presos deberán serlo por imperativo del artículo 25.2 CE y obedecer a una finalidad penitenciaria.

Se vuelve a recordar que la finalidad no se puede justificar mediante la invocación de un interés general, sino que la justificación de una medida limitadora del derecho constitucional de un preso, en este caso la restricción de su intimidad (art. 18.1 CE), es la constatación, por parte de la Administración Penitenciaria, de que la medida es necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación del establecimiento o el previo comportamiento del recluso.

En el presente caso, la Administración penitenciaria justificó la medida de registro en el seguimiento de uno de los ocupantes de la celda por tráfico de drogas y tenencia de sustancias prohibidas. Esta finalidad es penitenciaria y conforme a la doctrina expuesta, específica, por lo que cabe concluir la necesidad del registro en sí.

“Esta finalidad, que es calificable como penitenciaria y, conforme a nuestra doctrina, como suficientemente específica, no ha sido cuestionada ni en el expediente penitenciario ni en la demanda de amparo, por lo que debe rechazarse la alegación que analizamos relativa a la innecesidad del registro en sí”.

Analizado el modo de realización del registro; en ausencia de su ocupante, sin notificación previa al mismo y sin entrega posterior de un acta del registro (FJ5), se llega a la conclusión de que la práctica del registro puede afectar al derecho a la intimidad, si ha supuesto un daño a la intimidad, innecesario para la finalidad perseguida.

“La queja no carece de sentido en el marco de la invocación del derecho a la intimidad en la medida en que el modo de practicar el registro pueda haber afectado a la misma y, en concreto, en la medida en que haya supuesto un daño a la intimidad innecesario para la finalidad perseguida”.

En tal caso el registro devendría desproporcionado y no superaría el juicio de necesidad, pues para alcanzar el fin legítimo habría habido una medida menos lesiva del derecho de intimidad, un registro más respetuoso con la intimidad del registrado.

“Si tal fuera el caso, el registro resultaría desproporcionado, pues no superaría el juicio de necesidad, dado que para alcanzar el fin legítimo invocado (evitar el tráfico de drogas en el centro penitenciario) existiría una medida menos lesiva del derecho a la intimidad (un registro más respetuoso con la intimidad del registrado).”

La intimidad resulta más afectada cuando ha sido vulnerada y el titular no conoce el alcance de la injerencia. Es la pérdida del control de la persona sobre el espacio físico de su intimidad y sobre la información sobre sí mismo.

“Para el enjuiciamiento de la pretensión de amparo en este punto resulta conveniente precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en su ámbito de intimidad”. Entonces la cuestión a dilucidar es “si la intimidad limitada por un registro de pertenencias personales y de un área de intimidad resulta aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, o su contenido, o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales”. La respuesta del Tribunal es afirmativa “pues no puede negarse la existencia de conexión entre la intimidad y el conocimiento de que la misma ha sido vulnerada y en qué medida lo ha sido”.

Tal conexión se comprende mejor si se recuerda “la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento”. El derecho a la intimidad es “un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

De este modo lo que “el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”.

El precepto constitucional “garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

Cuando una persona desconoce el grado de invasión que ha sufrido en su ámbito íntimo, ha perdido control sobre el mismo, la intimidad padece y se produce una merma en la “calidad de vida humana.”

Pues la intimidad también es “una reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular”. Tal

administración y tal reserva resultarán devaluadas “si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena”. Esta devaluación arrastrará tras de sí la devaluación de la libertad y de la “calidad mínima de la vida humana”; una calidad que hace posible tanto el ámbito de intimidad como “el conocimiento cabal del mismo”.

En el fundamento jurídico 6 se afirma que el derecho a la intimidad queda afectado no sólo con el registro de la celda sino también con la ausencia de información acerca de ese registro pues al titular se le despoja de su poder de control acerca de la información sobre sí mismo.

“Desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no sólo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento”.

La restricción del derecho fundamental debe de estar justificada para no incurrir en excesos.

“Esta afectación adicional debe quedar también justificada —en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo— para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del derecho fundamental”.

El registro fue practicado sin la presencia de la persona afectada, la cual, además, no fue informada posteriormente del resultado del registro. Estas dos circunstancias, ausencia y falta de información, situaron a la persona en el desconocimiento de la afectación de su intimidad y como consecuencia una limitación de su derecho a la intimidad. Limitación que no fue conforme con las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los derechos fundamentales.

“En el caso, objeto de nuestro enjuiciamiento, resulta obvia la justificación de la falta de comunicación previa, pues el preaviso hubiera privado de sentido a la justificada indagación a la que servía el registro. No se constatan ni se aportan, en cambio, razones convincentes para la falta de toda información simultánea o posterior acerca de la dimensión y la intensidad del registro y de los objetos

incautados a partir del mismo, a la que sólo pudo acceder el recurrente tras la iniciación de un proceso judicial de queja. En efecto, por una parte, el recurrente no estuvo presente en el registro —presencia ésta que constituye el medio más natural y adecuado para informar del mismo a quien lo sufre—, sin que a la luz del derecho constitucional en juego resulte suficiente a efectos justificativos la razón aportada para ello por el centro, consistente en que cuando se practicó el registro los ocupantes de la celda estaban en un taller del establecimiento”.

“Tampoco consta, por otra parte, que posteriormente se informara al interno de los datos esenciales del registro —lo que hubiera sido suficiente para evitar ese daño añadido a la intimidad que supone el propio desconocimiento de la injerencia en la misma— ni que concurriera algún motivo para esa falta de información. Por ello, hemos de concluir que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica ha supuesto una limitación del derecho a la intimidad del recurrente que no es conforme a las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los derechos fundamentales”.

Toda restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también debe servir la pena (art. 25.2 CE).

La vida en prisión precisa de una organización y de unas condiciones de seguridad que reducen la intimidad de los que allí se encuentran reclusos. Una mayor restricción de esta intimidad deberá estar justificada para preservar al preso un área de intimidad que le permita llevar una vida digna y poder desarrollar así su personalidad. Desarrollo de la personalidad al que tiene derecho según el artículo 25. 2 CE (aunque la sentencia diga que la pena deberá servir al desarrollo de la personalidad, en realidad el art. 25.2 contempla este desarrollo como un derecho).

“En un contexto como el penitenciario, en el que la intimidad de los internos se ve necesariamente reducida por razones de organización y de seguridad, toda

restricción añadida a la que ya comporta la vida en prisión debe ser justificada en orden a la preservación de un área de intimidad para el mantenimiento de una vida digna y para el desarrollo de la personalidad al que también de debe servir la pena (art. 25.2 CE)”.

El registro de la celda estuvo justificado por su finalidad, no así la falta de información de la que adoleció el afectado, que, recordemos, ni estuvo presente en la práctica del registro ni fue comunicado del resultado del mismo. Todo ello tuvo como consecuencia una limitación desproporcionada del derecho a la intimidad. Desproporción que se deriva de la extralimitación de la afectación de la intimidad, que fue más allá de lo necesario para los fines de seguridad que legitimaban la actuación.

“En el presente caso, sin embargo, aunque el registro de la celda estaba justificado por su finalidad, no consta ni que se le informara al recurrente del mismo —mediante su presencia durante su práctica o mediante una comunicación posterior—, ni justificación suficiente alguna para esta falta de información, lo que hizo que la limitación del derecho a la intimidad incurriera en desproporción por extenderse más allá de lo necesario para los fines de seguridad que la legitimaban”.

El Tribunal concluyó con el otorgamiento de amparo por vulneración del derecho a la intimidad

5.3.- Sentencia 106/2012, de 21 de mayo

Esta última sentencia, tercera que a lo largo de estos años ha estudiado el tema de la celda y la intimidad, tuvo su origen en un registro de celda, del que estuvo ausente el interno.

El interesado tuvo conocimiento del registro cuando regresó a la celda y vio sus pertenencias revueltas. A su juicio, el modo en que se practicó el registro atentó contra su derecho a la intimidad y dignidad, pues la celda debe ser considerada domicilio habitual, y, en consecuencia, su registro debe estar sujeto a las mismas garantías exigibles al registro del domicilio. Y aunque puntualizaba que el registro

de celdas no es igual que el registro de las viviendas, stricto sensu, deberían respetarse en su práctica las exigencias de presencia del preso y de entrega del acta del registro, para conocer los objetos que son retirados y las razones de dicha requisa.

En la demanda de amparo se alegó que el registro de celda vulneró los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

La sentencia concretó el objeto del recurso en el fundamento jurídico 3, ciñéndolo a comprobar si “el registro considerado por el modo en que se practicó, en ausencia del recurrente y sin darle cuenta posterior de su resultado, lesionó su derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), o si por el contrario, el mismo es constitucionalmente irreprochable dadas las circunstancias del caso y, en particular, el hecho de que el recurrente estuviera cumpliendo condena en régimen cerrado a consecuencia de su clasificación como penado en primer grado, dada su peligrosidad extrema, que está reconocida incluso por el propio interesado, y su consecuente sujeción al registro diario de la celda que ordena el art. 93.1.2 del Reglamento penitenciario”.

El Tribunal comienza reconociendo, conforme a la doctrina constitucional, “la reducción de la intimidad de quienes sufren privación de libertad”, y no manifiesta duda alguna respecto de que “el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales supone una restricción de su derecho a la intimidad”. Para que un registro resulte “constitucionalmente legítimo” destaca el Alto Tribunal, “que debe ser conocido por el propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales”.

La sentencia, con cita de la STC 89/2006, de 27 de marzo, vuelve a recordar la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona.

En el fundamento jurídico 4 se reconoce que “el registro cuestionado se practicó sin notificación previa al recurrente y sin que se le informara tampoco de su resultado”. Pero justifica la ausencia del interno en dos motivos, 1.- El interno

“cumplía condena en régimen cerrado en un departamento de aislamiento y en celda individual” lo que permitió, “que el controvertido registro se practicó en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 93.1.2 del Reglamento penitenciario que establece para dicha modalidad regimental que “diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos”; y 2, “consta asimismo en las actuaciones remitidas a este Tribunal el informe del Subdirector de seguridad del centro penitenciario que justifica la ausencia del recurrente durante el registro en “evidentes razones de seguridad”.

La sentencia, partiendo de estos antecedentes y de la doctrina constitucional recordada concluye que el registro “no vulneró el derecho a la intimidad del demandante de amparo, toda vez que, habiéndose practicado el registro en su ausencia por las razones antes indicadas”, refiriéndose a su condición de interno en régimen cerrado y su ausencia del registro por razones de seguridad.

Más adelante, la sentencia entra a valorar la circunstancia de la ausencia de información al interno del resultado del registro. El Tribunal considera que dado que el registro era practicado diariamente, el recluso debería haber deducido de la falta de información del resultado del registro la ausencia de incidencias, y que esta presunción suplía a la información constitucionalmente exigible. Es decir, que el juzgador constitucional formula la siguiente presunción: una falta de información de un registro sin incidencias, equivale a la información constitucionalmente exigible.

“Del hecho mismo de no haber sido formalmente informado con posterioridad al registro pudo inferir sin dificultad la información que es constitucionalmente exigible”. Esta conclusión se impone “no sólo ya porque el recurrente conociera de antemano que el registro de su celda iba a producirse de forma diaria y rutinaria (en cumplimiento del mayor control y vigilancia sobre los internos que cumplen condena en régimen cerrado a que obligan los arts. 10.3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, y 90.2 del Reglamento penitenciario), sino sobre todo porque el hecho de que no se le diera cuenta inmediata posterior del contenido del registro y de su resultado significa necesariamente que éste fue negativo en el caso analizado y que no hubo en él, por tanto, ninguna incidencia relevante”.

Sigue la sentencia con un argumento de signo contrario al anterior, si bien lo vuelve en apoyo de su decisión.

Reconoce que la comunicación posterior al interno del resultado e incidencias del registro es una exigencia constitucional que no puede ser preterida.

“Ahora bien, el hecho de que el interno conozca de antemano que el registro de su celda va a producirse —y de que las normas citadas contemplan y habiliten el registro practicado— no permite concluir que pueda ser obviada la exigencia constitucional de comunicación a posteriori a dicho interno de las incidencias habidas en la práctica de la diligencia, tanto en su desarrollo como en su resultado, puesto que si se producen la Administración penitenciaria mantiene la obligación constitucional, ex art. 18.1 CE, de comunicárselas en un plazo razonable, toda vez que tales incidencias, en los términos de la citada STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5, suponen una limitación del poder de disposición del interno sobre su ámbito personal de intimidad, autónoma e independiente al mero conocimiento del registro, y no afectadas, por tanto, por la circunstancia de la previsión normativa de su práctica diaria y rutinaria”.

El Tribunal acabó denegando el amparo solicitado.

6.- SENTENCIAS SOBRE INTIMIDAD FAMILIAR

Única.- Sentencia 201/1997, de 25 de noviembre

Esta sentencia es la única que, hasta el momento presente, abordó un supuesto de intimidad familiar, y se produjo con relación a la prohibición del uso del euskera en la comunicación telefónica semanal de un interno con sus familiares.

En la demanda de amparo se cita como vulnerado, entre otros, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE.), ya que las comunicaciones prohibidas eran en el seno de la familia

La cuestión es si Administración Penitenciaria ha conculcado el derecho a la intimidad familiar que reconoce y garantiza el art. 18.1 CE.

La Sentencia (FJ 6) recuerda que estas comunicaciones se regulan en el Art. 51.1 L.O.G.P, a tenor del cual las restricciones a las mismas sólo se aplicarán si el uso de una lengua desconocida para los funcionarios pudiera atentar a algún interés constitucionalmente protegido.

“Las limitaciones diseñadas por la propia L.O.G.P. (art. 51.1), o sea las restricciones impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento no son aplicables a las comunicaciones telefónicas de un interno con su familia, en la lengua propia, nacional o extranjera, salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del Establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido.”

Es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las comunicaciones una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma"(fundamento jurídico 5°).

Como recuerda el Tribunal, apuntando su doctrina de la sentencia 183/1994, de 20 de junio: "Según disponen los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución, todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual, proyectado a las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal -art. 51.5 de la L.O.G.P.- o bien el derecho a la defensa -art. 51.2 de la misma Ley-, significa que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma" (fundamento jurídico 5°). Es cierto que en aquel caso este Tribunal enjuició las comunicaciones de un interno con su Abogado defensor, que son especialmente protegidas en el art. 51.2 L.O.G.P., pero la previsión legislativa "clara y terminante" que autorice la prohibición de la comunicación telefónica se proyecta también en el presente supuesto, de comunicación familiar”.

El art. 51 L.O.G.P. ha de tener el sentido más estricto y garantista, y las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones a los internos en un Establecimiento Penitenciario han de cumplir los requisitos exigibles, según la doctrina del Tribunal Constitucional, a cualquier sacrificio de un derecho fundamental.

“Deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo y previsto por la Ley; la medida restrictiva de derechos ha de adoptarse mediante resolución del Director del Establecimiento especialmente motivada y notificada al interesado; la resolución administrativa, por último, tiene que comunicarse al Juez a fin de que éste ejerza el control de la misma. Y a estos tres requisitos se añade que la intervención, como medida restrictiva de derechos fundamentales, debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido”.

La sentencia en el fundamento jurídico 7, afirma que el razonamiento del Director del Establecimiento Penitenciario, aunque apoyado en los arts. 51 L.O.G.P. y 100 del Reglamento Penitenciario, llega a una conclusión que resulta desproporcionada.

Así se señalará que al “encontrarse el recluso clasificado en primer grado de tratamiento no comporta, per se, una peligrosidad indiscutible para los principios de seguridad y buen orden. Y la reglamentaria presencia de un funcionario no puede convertirse (con las pertinentes excepciones que han de quedar razonablemente plasmadas en el acto de autorización condicionada o de denegación) en un fundamento jurídico para prohibir las comunicaciones familiares en la lengua propia de cada uno, cuya celebración es tutelada con el máximo respeto a la intimidad de los reclusos por la L.O.G.P. (art. 51.1, párrafo segundo)”.

Cuando la Dirección del Establecimiento Penitenciario estime que su Acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso

De esta forma, destaca que “la comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos. Su

ejercicio puede ser limitado o condicionado. Sin embargo, cuando la Dirección del Establecimiento Penitenciario estime que su Acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso. Y esa resolución ha de cumplir las exigencias que este Tribunal tiene establecidas para la constitucionalidad de tales decisiones”.

El incumplimiento de esas exigencias condujo al Tribunal al otorgamiento del amparo.