

| ARTÍCULO

La interferencia estatal en la vida privada y familiar¹**Governmental interference in private and family life**

Silvina Álvarez Medina
Área de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción 02/02/2020 | De aceptación: 04/05/2020 | De publicación: 15/06/2020

RESUMEN

Este artículo se ocupa del derecho en relación con la vida privada y familiar. El objetivo del mismo es volver a pensar la distinción público-privado desde una perspectiva no excluyente sino gradualista, menos centrada en la idealización de la autonomía como capacidad plena o absoluta y más interesada en las acciones, su contexto y alcance interpersonal. Esta nueva perspectiva permite calibrar mejor la adecuada participación de las instituciones estatales y del derecho para la gestión de las relaciones y los conflictos de la vida privada y familiar, y reformular la vieja noción de interferencia estatal.

PALABRAS CLAVE

esfera pública y esfera privada; vida privada y familiar; intimidad; *mandato de privacidad*; interferencia estatal

ABSTRACT

This article is about legal regulation of private and family life. It proposes to reflect about the public-private distinction from a gradual perspective, beyond the conception of personal autonomy as an absolute capacity; instead, the article focuses on an interpersonal, contextual and action-oriented approach. This new perspective allows a better understanding of the role of governmental institutions and the law, as regarding family relations and conflicts.

KEY WORDS

public and private spheres; private and family life; privacy; *mandatory privacy*; governmental interference

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el profesor Juan Carlos Bayón, DER2015-69217-C2-R, “Reforma Constitucional: problemas filosóficos y jurídicos”.

Sumario: 1. Esfera pública y esfera privada; 2. Vida privada e intimidad: dos conceptos bajo el influjo del *mandato de privacidad*; 3. La participación estatal y de las instituciones; 4. Repensar la distinción público-privado desde una perspectiva gradual, contextualizada e interpersonal.

Este artículo se ocupa del derecho en relación la vida privada y familiar, un conjunto de acciones y relaciones interpersonales que se distinguen por su carácter restringido, íntimo, personalísimo; se trata de acciones y relaciones que involucran estrechamente a las personas, que por lo general las comprometen afectivamente y las proyectan conjuntamente, a través de una red tupida de compromisos, disponibilidad, cuidados, responsabilidades y expectativas. En primer lugar, realizaré algunas precisiones sobre el concepto y la extensión de las ideas de público y privado. A continuación, me centraré en la noción de privacidad o intimidad, como una noción diferente de la noción de esfera privada, para desembocar en el análisis de la participación estatal en la vida privada de la gente. El objetivo de este trabajo es volver a pensar la distinción público-privado desde una perspectiva no excluyente sino gradualista, menos centrada en la idealización de la autonomía como capacidad plena o absoluta y más interesada en las acciones, su contexto y alcance interpersonal. Esta nueva perspectiva permite una mejor incorporación de la participación de las instituciones estatales y del derecho para la gestión de las relaciones y los conflictos de la vida privada y familiar, así como reformular la vieja noción de interferencia estatal.

1. Esfera pública y esfera privada

En la tradición liberal –al menos desde autores como Hobbes y Locke en el pensamiento político inglés– la separación entre razón y pasión hizo necesaria la construcción de categorías separadas, capaces de reunir las características de dos modos diferentes y separados de ser persona y vivir en el mundo: esas categorías son lo privado y lo público. La esfera pública es el centro mismo de interés para los propósitos del hombre racional y la construcción de la sociedad política, mientras las pasiones, las emociones y los sentimientos deben ser dejados de lado en el espacio público y confinados a la esfera privada (Elshtain, 1981:117-118).

La esfera privada es generalmente definida en oposición a la esfera pública. Mientras lo privado se refiere principalmente al hogar, la vida familiar y las relaciones íntimas, lo público comprende “todos

los otros espacios, conductas, experiencias, relaciones, organizaciones e instituciones” (Allen, 1988:190, nota 4). Con estos presupuestos, la esfera pública se construye como el centro de atención de la teoría política y lo privado, especialmente representado por la esfera de relaciones más personales y familiares, es concebido como un aspecto residual; es sobre estas bases que también el derecho ha estructurado sus normas y garantías. Carole Pateman se apoya fundamentalmente en la obra de John Locke para mostrar el lugar que la teoría política liberal confiere al matrimonio y la familia como un espacio separado de lo político, en concordancia con un individualismo que toma al varón como protagonista de lo público-político (1988:21). Esta visión, que construye la sociedad civil como estadio superior al preexistente estado de naturaleza, parece anclar a la mujer en ese estadio anterior, al naturalizarla en su vinculación con la vida doméstica, al tiempo que dota al varón de una nueva capacidad civil y política. Así, la división público-privado fortalece políticamente al varón, al tiempo que le reserva un espacio –el privado- en el que su libertad individual no es cercenada ni limitada por la regulación estatal.

Sobre estos antecedentes filosófico-políticos aquí muy brevemente apuntados -pero que cuentan con una extensa tradición en la literatura-, tanto el derecho constitucional como el derecho de los derechos humanos se han ocupado de las acciones privadas solo en los márgenes de sus preocupaciones. El espacio público-político ha sido el protagonista en estas ramas del derecho. Paralelamente, lo privado ha sido definido como el ámbito para la autonomía en un sentido pleno o no mermado por constricciones institucionales, más vinculado a la noción de autenticidad, una autonomía que se forja sin las restricciones de la autoridad pública. El espacio privado se construye así como un espacio de exclusión de la autoridad institucional y jurídica, y se forja como un ámbito que no concierne al Estado, rasgo central para la definición de esfera privada. En consecuencia, lo privado es extensamente definido en oposición a lo público, así como en relación con la ausencia de interferencia o incumbencia estatal.

Esta concepción de la esfera privada que tiene su origen en la teoría política liberal y que está lejos de concebir lo privado-familiar como un espacio donde se dirimen complejos, controvertidos y conflictivos intereses, ha tenido importantes consecuencias en los sistemas jurídicos y constitucionales modernos. Esas consecuencias se pueden rastrear en la falta de herramientas jurídicas adecuadas para la protección de dichos intereses fundamentales de las personas. Se trata de una ausencia que responde en

buena medida a los sesgos ligados al modelo de ciudadano medio en el que se basaron los constituyentes y los hacedores jurídicos en general. Para el ideario liberal dominante, la autonomía personal o capacidad de decisión individual se constituye como un concepto fundamental, más allá de su verdadera dimensión humana o de sus condiciones de posibilidad.² Como afirman Víctor Abramovich y Christian Courtis, el Estado ve preterida su actuación a favor de una idea de autonomía cuyo alcance no es siempre claro “en la medida en que la noción de decisión individual no es un ‘objeto natural’ y también precisa ser definida” (1998:52). Ese modelo del ciudadano medio no contemplaba la presencia de personas con autonomía reducida, personas vulnerables o personas que no fuesen en primer lugar actores públicos. En otras palabras, quedaban fuera del interés constitucional y legislativo aquellas personas que no fuesen participantes plenas de la vida público-política. Tal fue el caso con las mujeres, las personas negras o pertenecientes a minorías étnicas, los niños y las niñas, o las personas con discapacidad, y tal fue el caso también con las personas no propietarias, que en el escenario socio-económico actual están representadas por las personas pobres.³ En general, la protección de las personas vulnerables se ha considerado como una cuestión eminentemente privada, relegada a las familias y, dentro de éstas, a las mujeres. Aunque esta concepción, como veremos más adelante, ha evolucionado, la familia se sigue conservando como el ámbito primordial de protección de las personas no plenamente autónomas.

Conviene recordar que, a pesar del ideal regulador de no interferencia estatal, el espacio privado no ha estado exento de regulaciones jurídicas. Ante todo hay que aclarar que dentro de lo que se denomina esfera privada caben no solo las cuestiones íntimas y de familia, sino también otras cuestiones tradicionalmente reguladas por el derecho privado, como las obligaciones y contratos y la actividad mercantil, para las cuales se requieren pautas de coordinación y ordenación de las actuaciones individuales. Entre los elementos que definen al derecho privado se encuentra precisamente la idea de lograr un sistema de normas jurídicas que propicie la toma de decisiones de los individuos autónomos sin que dichas normas se transformen en un obstáculo para la realización de las decisiones

² No puedo adentrarme aquí en la noción de autonomía como capacidad de las personas, pero una revisión de la extensa literatura sobre la materia pone de manifiesto la necesidad de ofrecer un concepto que responda mejor al contexto relacional en cuyo marco el individuo realiza elecciones y toma decisiones. Sobre autonomía relacional, ver Alvarez Medina (2018a).

³ Para la relación entre pobreza y derecho, vinculada a la distinción entre esfera pública y esfera privada, ver Alvarez Medina (2020).

individuales.⁴ Este mismo patrón facilitador de la autonomía individual siguen, en el ideario liberal, los derechos y libertades civiles fundamentales en los que tal derecho se apoya.⁵ Abramovich y Courtis vinculan esta concepción a lo que denominan el “modelo del derecho privado clásico”, que caracterizan a través de un conjunto de premisas en torno al individualismo racionalista, la primacía del mercado y el papel del Estado como garante de un equilibrio más o menos espontáneo (1998:50). En este modelo la economía y el mercado tienen un rol preponderante, razón por la cual son ellos los que sirven de guía para la configuración de los derechos y garantías del sistema, por encima de otros espacios sujetos a regulación jurídica, como los propios del “desarrollo de la personalidad, relaciones afectivas, cultura, política, religión, expresión de ideas, arte, ocio, etc.”, con el contrato como concepto jurídico dominante (1998:51). Esta preponderancia del mercado y la economía en la esfera privada, sumada al protagonismo de lo público para la ordenación de los derechos fundamentales, pueden ayudar a explicar la escasa atención que los aspectos más íntimos de la vida de las personas han tenido en el derecho constitucional y de los derechos humanos. El esfuerzo jurídico estuvo centrado durante mucho tiempo en garantizar un espacio íntimo sin interferencia estatal; como recuerdan los autores antes mencionados,

“La elaboración técnica de las posiciones jurídicas individuales tradicionalmente denominadas derechos civiles responde a la necesidad de configurar jurídicamente un espacio autónomo de actuación, en el que la interferencia estatal en las decisiones adoptadas por los individuos sea mínima.” (Abramovich y Courtis 2002:51)

La pauta de intervención mínima en que se basaron las regulaciones de derecho privado, sin embargo, no impidió la presencia de severas directivas de conducta en algunos aspectos y para algunos

⁴ A pesar del extendido uso que se realiza en ámbito jurídico de los conceptos derecho público y derecho privado, cuáles son los criterios que distinguen uno de otro no es una cuestión simple. Esto puede deberse, como apunta Javier Fajardo, a que dichos conceptos no siempre se usan con el mismo sentido o en el mismo ámbito, lo que lleva al autor a distinguir cinco diversos sentidos de la distinción, a saber, 1) la “oposición taxonómica” que se realiza atendiendo al contenido sustantivo de la regulación o las materias de que se trate (2015:79); 2) la “oposición dualista o teorías del *quid*”, que identifican elementos diferenciadores para realizar una clasificación entre “mundos opuestos” (“interés particular/interés común”, “autonomía/heteronomía”, “*ius cogens/ius dispositivum*”, entre otros) (2015:79-80); “Derecho común y Derecho estatutario (oposición de fuentes y ‘estilos normativos’” (2015:81-84); “Derechos público y privado como expresión de intereses históricos enfrentados (oposición histórica, ideológica o dialéctica)” (2015:84-85); la diferente “técnica normativa” en que se centra cada uno, según que se contemple la posibilidad de una “acción” “directamente ante los tribunales”, o se ejerza el “*Imperium*” característico de la administración pública (2015:86-87). Para otra caracterización de la distinción, la necesidad de deslindar lo público de lo estatal y la progresiva ampliación de la regulación de la esfera privada, ver Alejandro Guzmán (2015).

⁵ Como afirma Velasco en relación con la “*summa divisio*” entre derecho público y privado —y a pesar que considera que no debe tomarse como característica única de identificación del derecho privado—: “Ninguna duda hay de que el Derecho privado contemporáneo se construye, en buena medida, sobre la idea central de la “autonomía de la voluntad” plasmada en “declaraciones de voluntad” que dan vida a “negocios jurídicos”. Es innegable que en la imagen social compartida sobre el Derecho privado está presente la autonomía de la voluntad como categoría jurídica central.” (2014:33); ver también Velasco (2014:32-34).

participantes de la vida privada, fundamentalmente los aspectos más íntimos de la vida de las personas, como la sexualidad, la reproducción, el matrimonio y la familia. Estas regulaciones han respondido a lo largo de la historia a concepciones religiosas y de moral positiva, así como a exigentes mandatos patriarcales, en relación con el rol de las mujeres y su labor como madres, cuidadoras y proveedoras de bienestar íntimo. Un ejemplo claro de esta intervención es la regulación penal del aborto. Aunque a partir del siglo XIX las reivindicaciones de derechos en el ámbito del matrimonio y el cuidado de los hijos e hijas comenzaron a verse plasmadas progresivamente en los códigos civiles europeos,⁶ no será hasta la segunda mitad del siglo XX en que las regulaciones comenzarán a tomar más ampliamente en consideración los intereses de las mujeres. Como consecuencia de este progresivo recorrido hacia un espacio privado menos restrictivo, al tiempo que menos condicionado por la moral positiva y la cultura patriarcal, el espacio para la elección libre y las relaciones personales fuera del alcance de la incumbencia estatal fue aumentando progresivamente, conforme a los valores y creencias de sociedades más plurales y tolerantes, como ha sucedido en el ámbito de la sexualidad, los tipos de matrimonio y familia o las opciones reproductivas. A pesar de esto, las regulaciones de derecho civil en relación con amplios aspectos de la vida privada no han encontrado correlato adecuado en el sistema de derechos fundamentales –como ponen de manifiesto las carencias existentes, por ejemplo, en materia de derechos sexuales y reproductivos⁷.

Conviene detenerse aquí un momento para explorar en qué medida la distinción entre esfera pública y esfera privada acuñada en la filosofía política encuentra cabida en la distinción entre derecho público y derecho privado. Esta última distinción es muy antigua en ámbito jurídico y aunque ha sufrido diversas mutaciones desde el derecho romano a la actualidad, mutaciones que a su vez han adquirido diversos

⁶ En relación con el derecho privado y el Código Civil, es interesante la observación que realiza Velasco en el sentido que la idea según la cual este último es el lugar propio del derecho privado, mientras la Constitución sería el lugar por antonomasia para el derecho público, no ha sido siempre así; en relación con el período que denomina de la “revolución burguesa”, afirma: “la Constitución, basada en los principios de libertad y propiedad, entra en materia privada, y los Códigos (sobre todo el Civil y el nonato Código Rural) contienen normas públicas (administrativas). Será con el impulso codificador de 1837 cuando el Derecho administrativo salga del Código Civil (ahondándose entonces en la asimilación entre Derecho privado y Código Civil)” (2014:61). En cuanto a la Constitución, en la actualidad se puede afirmar que caben en la constitución tanto el derecho público como el derecho privado, basados ambos en el conjunto de principios consagrados por el texto constitucional (Velasco 2014:83-84). A pesar de esto, fue muy fuerte el influjo del derecho político del siglo XIX, como explica Velasco, en relación con el derecho administrativo español: “A lo largo del siglo XIX se irá afirmando la politización del Derecho público (así como su progresiva desjuridificación) hasta acabar por ser pura especulación sobre la condición política del hombre y de la sociedad, junto a la historia de las instituciones y parcos fundamentos de Derecho constitucional vigente. Esta *huida del Derecho público hacia lo político* va a determinar más adelante, con la reacción “apolítica” de los moderados (a partir de 1843), un Derecho administrativo desvinculado del Derecho político o público.” (2014:60).

⁷ En relación con este punto y en general sobre derechos humanos de las mujeres como derechos humanos emergentes, ver Alvarez Medina (2018b).

matices según los contextos nacionales y sus peculiaridades, se mantiene aún vigente como uno de los conceptos que estructuran los sistemas jurídicos.⁸ La construcción filosófico-política de las categorías de público y privado, que ha permeado y estructurado los sistemas políticos y jurídicos occidentales, ha sido revisada, poniendo de manifiesto que no recoge el verdadero alcance de las acciones que pretende subsumir. Las revisiones apuntan fundamentalmente a desdibujar las fronteras entre ambas nociones, al tiempo que se señala tanto la diversidad al interior de cada una de ellas, como las similitudes entre ambas en cuanto a los fines que quieren satisfacer. Dawn Oliver ofrece un enfoque constructivo de lo público y lo privado, centrándose en las similitudes más que en las diferencias; la autora ha resaltado los similares propósitos y valores que subyacen en ambos espacios, público y privado, así como en su regulación. Conforme con la autora, valores comunes pueden encontrarse en relación con todos los derechos humanos, tanto que se centren en la protección y garantía de aspectos de la vida pública como de la vida privada; tales valores serían la autonomía personal, la dignidad, el igual respeto, el estatus como “perteneciente a una clase específica de personas” (Oliver, 1999:65), y la seguridad para la promoción de intereses individuales y sociales (Oliver, 1999:55-69). En el mismo sentido, aunque en relación con otros problemas, más vinculados a la administración pública en el ámbito español, Francisco Velasco afirma que “el Derecho privado sirve a los mismos principios y valores (constitucionales) que el resto del Derecho” (2014:35; 83-84). En definitiva, como dice Oliver, se trata de poner límites a las relaciones de poder que pueden amenazar la toma de decisiones de los individuos. La autora señala también la evolución del derecho privado en algunos ámbitos –tales como el trabajo y las relaciones de familia- hacia una creciente intervención de las instituciones del Estado (1999:165). La autora describe un momento fundamental en la evolución de la regulación de la vida privada y familiar: la progresiva toma de conciencia respecto de la necesidad de apelar a otras instancias, fuera del ámbito estrictamente íntimo de la pareja o la familia, para encontrar ayuda ante el conflicto; esto resulta enormemente revelador del tipo de carencias propias de la esfera privada y de la necesidad de un giro en la participación del derecho en la vida privada y familiar.

⁸ Velasco ha recogido los vaivenes de “la *summa divisio*” y expuesto los “concretos contextos políticos, históricos e ideológicos” en los que va tomando forma (2014:49). Además de proponer un recorrido desde los orígenes de la distinción en la antigüedad, pasando por el antiguo régimen, la ilustración, la revolución burguesa y la escuela histórica, el autor realiza también una exposición de los diversos contextos nacionales (Inglaterra, Francia, Alemania), en los que se forjan diversas configuraciones de los límites entre derecho público y privado (2014:50-75).

En el ámbito europeo, el incremento regulador en el derecho de familia apunta en la dirección de un movimiento en los límites entre los conceptos de público y privado, y revela la rigidez con que fueron concebidos dichos conceptos en un principio. Tanto lo público como lo privado admiten diversos escenarios no todos ellos públicos o privados en el mismo sentido o la misma medida. Por ejemplo, Bridgeman y Millns señalan dos contextos diferentes para las acciones públicas, según que se trate de las relaciones entre los individuos y el Estado (mediadas por una regulación más tupida), o las relaciones entre individuos (con regulación menos desarrollada) (1998:24).

De lo dicho hasta aquí podemos avanzar que las categorías de público y privado a menudo han sido utilizadas por la teoría jurídica con cierto dogmatismo, a manera de corset para clasificar acciones cuya caracterización no es fácilmente subsumible en una u otra categoría, de manera excluyente. Por el contrario, algunas acciones transitan ambas esferas, debilitando los límites y demandando una reinterpretación de las categorías en análisis. Ante este nuevo escenario de mayor vinculación o interconexión entre público y privado se han planteado diversas alternativas. Allen, por ejemplo, aboga por una reformulación de lo privado en lugar de rechazarlo sin más, es decir, propone una noción de vida privada (y de privacidad o intimidad a la que me referiré en el siguiente apartado) más receptiva a la realidad de sujetos históricamente silenciados, fundamentalmente quienes han sido tradicionalmente oprimidos en la esfera privada (1988:81). Martha Fineman, por su parte, propone un enfoque que sin abandonar la noción de privacidad, la transforme en una concepción menos individualista y más vinculada a la familia como unidad de cuidados; una concepción conectada al ámbito público en la medida en que las instituciones del Estado deben tutelar los cuidados de la infancia, asumiendo que la responsabilidad por la dependencia ya no resida solamente en la familia y su exclusiva esfera de intimidad (2004:xv). La crítica más fuerte a la privacidad proviene de sectores más radicales del feminismo, representados en este caso por Catherine MacKinnon, que entiende que el concepto no puede ser reformulado porque la subordinación de las mujeres está en el núcleo de su significado: la privacidad de los varones depende de los roles que ocupan las mujeres en la familia y otros espacios de la vida privada, fundamentalmente la sexualidad, al amparo de la no interferencia de las instituciones del Estado (1983:168; 190-191).

En cualquier caso, la tendencia a descuidar las protecciones de derechos fundamentales en el ámbito privado se ha visto reforzada por el protagonismo que el concepto de privacidad como espacio de

acceso restringido ha tenido entre los juristas, dando lugar a la confusión entre espacio privado y privacidad. Así, buena parte de la vida privada de las personas, incluida la vida familiar, íntima, de relación, crianza de la infancia, asistencia a las personas dependientes y otros, ha sido protegida primordialmente en términos de privacidad, es decir, como espacio libre de interferencia estatal, con vistas a garantizar un ámbito de mayor autonomía personal. El derecho a la intimidad, sobre el que discurre el siguiente apartado, responde a un objetivo específico de protección de un ámbito personal exclusivo, para mantenerlo alejado del acceso no deseado de terceros. La extensión de este concepto restringido a todos los ámbitos de la esfera privada ha provocado distorsiones importantes en la evolución de la normativa y la jurisprudencia sobre la materia. A la luz de los desarrollos más recientes de la regulación en algunos ámbitos de la vida privada, como el matrimonio, la familia o la infancia, podemos avanzar que la proyección de la noción de privacidad sobre la totalidad del espacio privado ha desvirtuado el enfoque institucional y ha provocado cuotas importantes de vulnerabilidad, como se verá más adelante.

2. Vida privada e intimidad: dos conceptos bajo el influjo del mandato de privacidad

Frente a la idealización de lo privado como un ámbito sin fronteras para el desarrollo personal, la realización de la autonomía y la consagración de los afectos, lo privado se revela también como un ámbito en el que todas esas expectativas se pueden ver frustradas y sumergidas en el conflicto. Esta realidad más oscura o sombría de lo privado se pone de manifiesto de manera significativa para aquellas personas más vulnerables, que no encuentran en la intimidad los recursos necesarios para enfrentarse a quienes son poseedores de mayores habilidades, opciones o apoyos externos. En el ámbito familiar, han sido los menores de edad y las mujeres quienes se han visto más golpeados por el ostracismo de lo privado, por el estigma de la autogestión positiva de la familia y lo que aquí llamaré el *mandato de privacidad*. Con esta noción quiero hacer referencia a la presión que tanto desde instancias sociales como, durante mucho tiempo, desde instancias institucionales, se ha ejercido para impedir que los conflictos familiares saliesen fuera de la familia. El *mandato de privacidad* empuja para que frente a los conflictos tanto conyugales como materno/paterno-filiales o de otro tipo, la gestión deba ser estrictamente familiar. En el caso de los conflictos de pareja, esa realidad se ha plasmado de manera dramática en los matrimonios signados por la violencia, a cuya dinámica interna se ha sumado la presión externa en el sentido de evitar que los problemas rebasen los muros de la intimidad. En las

últimas décadas este muro de silencio se ha visto resquebrajado en nuestro país por las campañas de concienciación sobre la violencia de género, así como por la legislación en este sentido. Pero resulta revelador observar cómo el *mandato de privacidad* sigue funcionando con diversa intensidad, también en las sociedades de nuestro entorno, tanto en Latinoamérica como en Europa, como revela la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de violencia contra las mujeres.

El influjo del *mandato de privacidad* en la vida privada y familiar, en sentido amplio, tiene su origen en el concepto de privacidad o intimidad. Este último se presenta en el ámbito jurídico como un concepto más específico y circunscrito que, sin embargo, encierra numerosas ambigüedades. Ante todo, cabe señalar que a menudo intimidad y esfera privada son utilizados como sinónimos, aunque el primero adquiere autonomía en el ámbito jurídico, como un aspecto más específico de la vida de las personas que merece una especial tutela o protección. Así se configura el derecho a la intimidad o privacidad (*privacy* en el ámbito anglosajón). Diferentes concepciones de intimidad pueden rastrearse tanto en la bibliografía jurídica y filosófico-política, como en la jurisprudencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos protegió por primera vez la “privacidad” (traducción más literal del vocablo inglés *privacy*, aunque la traducción jurídica al español se realiza más a menudo con el término “intimidad”), como derecho constitucional, en el conocido fallo *Griswold v. Connecticut*, en 1965, a propósito de la reproducción, más precisamente para proteger la utilización de anticonceptivos.⁹ A partir de ese momento, se han realizado diversas y variadas construcciones jurídicas en torno a este derecho.¹⁰

En sintonía con la noción de esfera privada, el concepto de intimidad ha estado centrado desde sus orígenes en la no interferencia con información o espacios propios del individuo. Sin embargo, vemos en la literatura norteamericana al respecto que el concepto ha ido evolucionando hacia concepciones más subjetivas, que quieren abarcar aspectos de la vida del sujeto atravesados por múltiples variables, físicas, psicológicas, contextuales, comunicacionales, etc. Una primera aproximación la podemos

⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Ver J. A. Eichbaum (1979:372); Wellman (2005:122-123).

¹⁰ Según la lectura de June Aline Eichbaum, la Corte de los Estados Unidos ha fluctuado entre una interpretación más centrada en la autonomía de las personas y la protección de su capacidad de toma de decisiones en materias íntimas o del ámbito más estrictamente personal, por un lado, y una interpretación más ligada a la protección de las cuestiones vinculadas a la vida en el matrimonio y la familia (1979:362), por otro. Aunque la autora se decanta por la primera interpretación, tanto por su mayor plausibilidad constitucional como por su respaldo en los valores constitucionales de libertad, encuentra que la Corte se ha movido entre estas dos interpretaciones. Eichbaum señala que la interpretación que ancla la privacidad en el entorno familiar responde a la ideología mayoritaria (1979:367), en relación con el matrimonio heterosexual y el modelo de familia que él entraña, siendo por esto mismo una interpretación que pone en peligro la protección de opciones plurales en torno a la vida íntima. Aunque la autora se decanta por la interpretación basada en la autonomía individual, como aquella que cuenta con mayores credenciales constitucionales, señala cómo la Corte de los Estados Unidos ha afirmado en numerosas oportunidades el significado más limitado del derecho a la privacidad (1979:381), circunscribiendo su alcance y capacidad de protección.

encontrar en la lista que propone Richard Parker, de condiciones que se deben verificar para afirmar que alguien goza de intimidad; dicha lista prevé la ausencia de:

- “(a) interferencias con su familia y vida en el hogar;
- (b) interferencias con su integridad física o mental o su libertad moral e intelectual;
- (c) ataques a su honor y reputación;
- (d) divulgación de imágenes falsas;
- (e) revelación de hechos irrelevantes e incómodos;
- (f) uso de su nombre, identidad o parecido;
- (g) acciones que conlleven espiar, husmear, controlar o acechar a alguien;
- (h) interferencias con la correspondencia;
- (i) un uso indebido de sus comunicaciones privadas, escritas u orales; o
- (j) desvelar información dada o recibida por alguien en circunstancias de confidencialidad profesional.” (1974:277)

Según Parker, la intimidad se refiere al poder que tiene el sujeto para controlar quiénes pueden acceder sensorialmente a él o ella, es decir “control sobre cuándo y por quién pueden ser percibidas las distintas partes de uno mismo. Por ‘percibidas’ se entiende simplemente vistas, oídas, tocadas, olidas o saboreadas” (1974:281). Resulta revelador encontrar en este autor la vinculación explícita de la intimidad al ámbito público-político, en la medida en que, afirma, el ejercicio de los derechos políticos requiere la existencia de intimidad como condición previa o requisito antecedente (1974:288). La afirmación de Parker resalta dos hilos conductores importantes de la distinción público-privado que aquí se quiere resaltar. En primer lugar, se está poniendo de manifiesto el carácter subsidiario o secundario de la esfera privada, ya que, aunque anterior en el tiempo, esta última aparece como políticamente menos importante que la esfera pública, y se señala la necesidad de que la persona tenga una vida rica en relaciones íntimas, afectos, compromisos personales solo como requisito para poder luego incorporarse a la vida pública. La importancia de la intimidad sobresale en la medida en que apuntala o sirve para la vida público-política. En segundo lugar, y como consecuencia de conceder ese carácter subsidiario a la vida privada y, más específicamente, a la vida íntima o parte más personal de todas las actividades que tienen lugar en lo privado, se realza o pone en primer plano la vida pública,

verdadero objetivo de las preocupaciones de la teoría filosófico-política y jurídico-constitucional. En otras palabras, se está concediendo el protagonismo a lo público-político y reconociendo importancia a lo íntimo en la medida en que resulta condición de posibilidad de lo público.

Vemos, sin embargo, que esta concepción de la intimidad evoluciona hacia otras definiciones. El concepto de intimidad que traza Ruth Gavison en un trabajo pionero sobre la materia, se refiere al “acceso” a un ámbito específico de la vida de las personas. No se trata de un ámbito en sentido espacial, sino de una parte de la vida de las personas que concierne a decisiones personalísimas, que afectan de manera significartiva su identidad y plan de vida. De acuerdo con Gavison, la intimidad “perfecta” se caracteriza por lo siguiente:

“In its most suggestive sense, privacy is a limitaion of other’s access to an individual. As a methodological starting point, I suggest that an individual enjoys *perfect* privacy when he is completely inaccessible to others. This may be broken into three independent components: in perfect privacy no one has any information about X, no one pays any attention to X, and no one has physical access to X. Perfect privacy is, of course, imposible in any society. The possession or enjoyment of privacy is not an all or nothing concept, however, and the total loss of privacy is as imposible as perfect privacy. A more important concept, then, is *loss* of privacy.” (1980:428)

Tras descartar la intimidad perfecta, la autora se centra en los elementos afectados cuando se pierde la intimidad:

“A loss of privacy occurs as others obtain information about an individual, pay attention to him, or gain access to him. These three elements of secrecy, anonymity, and solitude are distinct and independent, but interrelated, and the complex concept of privacy is richer tan any definition centered around only one of them. The complex concept better explains our intuitions as to when privacy is lost, and captures more of the suggestive meaning of privacy. At the same time, it remains sufficiently distinctive to exclude situations that are sometimes labeled “privacy”, but that are more related to notions of accountability and interference than to accessibility.” (1980:428)

Gavison ofrece así una definición de intimidad como espacio personal o individual de acceso restringido o limitado, para preservar el secreto, el anonimato y la soledad. Asimismo, señala también

algunas de las funciones de la intimidad, en la medida en que promueve la realización de otros valores o aspectos de la vida de las personas, por ejemplo su libertad de acción (1980:448) o, incluso, su autonomía personal (1980:449).¹¹ Así, a partir de la definición de Gavison, cuyo núcleo es la noción de “acceso limitado” a la vida de una persona, tanto en lo relativo a su propio cuerpo o esfera de actuación corporal, como al interés o la información que sobre ella puedan tener otras personas, Allen describe la intimidad como

“a measure of the extent to which an individual is known, the extent to which an individual is the subject of attention, and the extent to which others are in physical proximity to an individual.” (1988:31).

A esta noción de intimidad como acceso restringido se suma la de intimidad como espacio para la autonomía o la toma de decisiones;¹² respecto de este segundo aspecto, Allen coincide en tratarlo como un uso impropio de la intimidad (1988:32), aunque acepta su vigencia. La autora señala que la noción de intimidad ha sido utilizada a menudo para referirse a algo diferente al sentido de acceso restringido. Esta acepción diferente se ha centrado en la protección de un ámbito para la libertad de acción y la toma de decisiones autónomas, que implica la ausencia de “governmental interference with sexual, reproductive, and familial free choice” (1988:32). En este segundo sentido, la intimidad se encuentra mucho más cerca de la noción de esfera privada, es decir, un ámbito más amplio, no público, en el que, por tanto, la ausencia de constricciones por parte de la autoridad puede favorecer la autonomía privada. Se trataría de una concepción más amplia de la intimidad.¹³ La distinción que propone Allen entre los dos tipos de intimidad señalados –acceso restringido y decisonal-, no cancela ninguno de los dos

¹¹ Siguiendo a Gavison, también Allen afirma que la intimidad facilita la promoción de otros importantes valores e intereses, tales como “individual autonomy, mental health, creativity, and the capacity to form and maintain meaningful relationships with others” (1988:42).

¹² Para una sistematización de las distintas posiciones que se encuentran en la literatura anglosajona en torno al alcance de la noción de *privacy* –desde las más escépticas hasta las más sustantivas, ver Inness (2003c:5-11).

¹³ Un paso sucesivo en la reducción del concepto es la concepción de Judith Jarvis Thomson, quien sostiene que no existe nada propio de la llamada privacidad, sino distintas pretensiones o derechos que se revisten de privacidad en ciertas circunstancias. En contraste con las diversas elaboraciones doctrinales que quieren identificar el objeto y contenido del derecho a la privacidad, Thomson defendió en un trabajo de 1975, frecuentemente citado en la bibliografía sobre la materia, sus objeciones a considerar el derecho a la intimidad como un derecho independiente. Según la autora se trataría de algo así como un derecho “derivado”, en la medida en que haría referencia a un conjunto de protecciones, cada una de las cuales puede identificarse sin hacer referencia a la privacidad en sí, sino a otros derechos –podría tratarse del derecho de propiedad en algunos casos, de derechos de la persona como su integridad o su propio cuerpo, en otros (1975:313). Aunque se trata de una posición minoritaria que no ha tenido mayor seguimiento en la materia, resulta interesante por los matices que permite introducir en la reflexión en torno a la privacidad.

sentidos; por el contrario, la autora defiende ambos aspectos de la intimidad, y considera que la intimidad en el primer sentido puede promover la intimidad en el segundo, como sucedería en los casos señalados en relación con los derechos de las mujeres –por ejemplo, derechos sexuales y reproductivos.

Las diversas concepciones de la intimidad nos ayudan a ahondar en una caracterización que, como se señaló ya, debe tender a deslindar la intimidad de la vida privada en general. Concebir la esfera privada como un ámbito amplio diferente de la intimidad en sentido estricto nos permitirá avanzar hacia una participación diferente del Estado y del derecho en aspectos de familia, sexualidad, reproducción u otros. Para esto hace falta volver a conceptualizar la intimidad como una parte de la más extensa vida privada de las personas. La concepción de la intimidad de A. Westin refuerza esta idea. Westin menciona cuatro funciones de la intimidad: autonomía personal, liberación emocional, auto-evaluación y comunicación limitada y protegida. Respecto de la primera, la autonomía personal, hay que subrayar su cercanía con la idea de intimidad decisional ya apuntada. Westin considera que proteger la intimidad permite el desarrollo de la capacidad de la persona para tomar decisiones por sí misma, conforme a una visión según la cual la autonomía tiene lugar en ámbitos diversos, de más o menos intimidad, hasta llegar –en una perspectiva de círculos concéntricos- al espacio de toma de decisiones que comprometen en mayor medida los aspectos personalísimos del sujeto –“core self” (1967:32). De acuerdo con el autor, el individuo adquiere sentido de sí mismo y de su propia individualidad precisamente cuando actúa autónomamente y decide en cada caso la oportunidad para involucrarse en el espacio público –vemos que aquí nuevamente aparece la conexión entre lo privado y lo público. De acuerdo con esta caracterización de Westin, la intimidad se diferencia de la esfera privada en general, en la medida en que es descrita en sintonía con áreas más específicas de la vida del sujeto y su propio desarrollo personal.

Frente a la noción de intimidad que tiene su origen en la definición como acceso restringido de Gavison y que se puede completar con las características señaladas por Westin, existe la otra noción de intimidad, ya señalada, que la identifica con la noción de libertad de acción y toma de decisiones, y en estos casos generalmente se refiere a la ausencia de control o supervisión estatal –acercándose así a la idea más amplia de esfera privada. Estos dos sentidos de intimidad están recogidos en el contraste señalado por Allen entre intimidad como acceso restringido e intimidad decisional, y esta última se caracterizaría fundamentalmente por la ausencia de interferencia estatal (1988:97).

El sentido de intimidad decisional ha sido especialmente desarrollado en algunas áreas legales y jurisprudenciales. Por ejemplo, de acuerdo con Allen, los derechos de intimidad decisional han sido una vía importante para ofrecer más oportunidades para las mujeres: tal sería el caso con los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, principalmente desde que *Roe v. Wade* reconociera el aborto como una cuestión propia de la intimidad -decisional- de las mujeres (1988:71). Para Julie C. Inness, la evolución del derecho constitucional norteamericano a la privacidad se refiere a la protección de la “autonomía con respecto a un área íntima de la vida” (2003a:6). Inness reivindica la protección de la privacidad como un derecho independiente de otros, un derecho que no obstante proteger un espacio de libertad y autonomía individual, entraña la protección de algo valioso por sí mismo, a saber, el espacio de lo íntimo (2003a:7). Así, la protección de la intimidad como valor se convierte en el fundamento (moral) de la protección constitucional de la privacidad. A su vez, la autora identifica “el amor, el cuidado y el interés por otros” como las emociones que guían la búsqueda de intimidad definida desde la perspectiva del propio sujeto que construye su espacio de privacidad (2003b:1; 17), y propone un concepto de lo íntimo que va más allá de las relaciones personales para centrarse en el tipo de emociones que dan forma a la intimidad. La definición de privacidad que ofrece Inness está vinculada a la autonomía y reúne diversos elementos que la caracterizan, esencialmente, como la capacidad de una persona para tomar decisiones respecto de su vida íntima, es decir, respecto de aquellas cuestiones vinculadas a las emociones e intereses más personales, que se refieren a la disposición para actuar los sentimientos y cuidar (2003d:3).

Volviendo a la relación entre las nociones de acceso restringido e intimidad decisional, restringir la posibilidad de que personas o instituciones puedan acceder al conocimiento o participación en determinadas esferas de la vida privada, conlleva también ampliar y proteger el espectro de opciones que la persona autónoma puede encontrar para desplegar sus elecciones. En relación, por ejemplo, con las opciones de las mujeres, la legislación sobre matrimonio y divorcio, reproducción, violencia en las relaciones de pareja, violencia sexual o acoso, confiere a la esfera privada de las mujeres la posibilidad de espacios más seguros para su autonomía –o al menos ofrece la garantía de un sistema legal dispuesto a proteger los derechos para el desarrollo de dicha autonomía. Pero para llegar a reforzar o propiciar opciones por esta vía hace falta superar la concepción de esfera privada que coincide con el perímetro de la intimidad en un sentido restringido y como no interferencia estatal. El tipo de desarrollos jurídicos que permiten garantías para la autonomía privada señalan también el vínculo entre restricciones

interpersonales e intimidad decisional: las restricciones institucionales y legales en el acceso –y por tanto las restricciones en relación con acciones o conductas que dañan o que pueden ser potencialmente dañinas- amplían el ámbito de intimidad y la capacidad de decisión de las personas potencialmente afectadas por contextos de riesgo. Las restricciones al acceso o interferencia de terceros en la vida privada de las personas pueden referirse a la intrusión indeseada en las comunicaciones, la información sobre la propia biografía o el espacio vital de las personas, el domicilio fundamentalmente; pero no solo el domicilio, sino también espacios públicos con un perímetro de privacidad para la acción individual, como puede ser el lugar donde se estudia o se trabaja. Es importante resaltar que para evitar esa intrusión de terceros resulta primordial la participación estatal a través del derecho y las instituciones, como se ha puesto de manifiesto en la legislación más reciente sobre protección de la infancia y protección contra la violencia en el seno de la familia, tanto en relación con la violencia de género como en relación con otros tipos de violencia.¹⁴

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, se ha señalado el entramado conceptual entre las nociones de esfera privada, intimidad y autonomía. Con frecuencia la noción de esfera privada se ha estructurado sobre la idealización de la autonomía plena del individuo, a la vez que el concepto de intimidad se ha entendido bien como acceso restringido, bien como capacidad para la toma de decisiones en un espacio sin interferencias, contribuyendo así a la construcción de lo que aquí se ha llamado el *mandato de privacidad*, es decir, la tendencia a resistir la participación estatal en la vida privada de las personas. A esto último me referiré en el siguiente apartado.

3. La participación estatal y de las instituciones

Se alude aquí a “participación” antes que a “intervención o interferencia” estatal como una forma diferente de aproximación del Estado y las instituciones a la vida privada. Con frecuencia en el debate y la bibliografía sobre esfera privada se encuentra la referencia a la noción de intervención o interferencia, la cual conlleva connotaciones negativas sobre el papel del Estado en lo relativo a aspectos de la vida familiar, sexual o íntima en general. En su lugar, la noción de participación pretende despojar el desempeño estatal de dichas connotaciones negativas. Por tanto, con vistas a asumir una perspectiva menos cargada de valoraciones y por tanto más neutral en relación con el papel que deben

¹⁴ Sobre la violencia dentro de la familia, la violencia de género y la protección de los hijos e hijas menores de edad, ver Quicios Molina y Álvarez Medina (directoras) (2019).

tener las regulaciones estatales y las instituciones en la vida privada de las personas, conviene realizar un cambio en la terminología utilizada y decantarse por la noción de participación estatal.

Desde una concepción restrictiva o reduccionista de la autonomía personal, el ámbito privado, íntimo, de la vida de relación y de la vida familiar, fue concebido por buena parte de la teoría liberal, como el único apto para un desarrollo pleno o auténtico de la autonomía. Este concepto de autonomía plena entraña diversos errores en relación con el desenvolvimiento del proceso de toma de decisiones. No me extenderé aquí sobre esta cuestión de la que me he ocupado en otro lugar.¹⁵ Me interesa ahora incidir en la relación entre esa concepción clásica-liberal de la autonomía plena y la noción de esfera privada como el lugar en el que ese principio fundamental del liberalismo que es la autonomía de la persona puede encontrar su terreno más fértil. Esta esfera privada es concebida para permitir un desarrollo de la personalidad sin constricciones, a través de la consecución de la vida afectiva y de relación, en definitiva, es el bastión para la intimidad. De manera que, de ser un aspecto residual desde la perspectiva público-política, lo privado se erige, sin embargo, en un terreno esencial para la autenticidad, ya que permitiría un ejercicio pleno de la autonomía. Es así que la presencia del Estado en la esfera privada a través de la regulación jurídica se considera una anomalía, algo que no debe ser o que debe limitarse a favorecer la toma de decisiones autónomas, dado que interesa preservar esa esfera privilegiada de realización personal. Esto ha llevado a menudo a no profundizar en el concepto de intimidad o privacidad, pasando por alto los muchos matices y elementos del concepto que lo complejizan y enriquecen a su vez.

Para superar el ostracismo de la vida privada y su identificación con la privacidad en sentido estricto, se hace necesario, entonces, abordar la complejidad del concepto y configurar la protección de acciones y espacios, es decir, establecer cuándo resulta pertinente la regulación o la participación de las instituciones. Una primera distinción que se hace necesario desvelar es la relativa a los componentes descriptivos y normativos que habitan en la noción de privacidad. Si volvemos a la definición de privacidad que se expuso en el apartado anterior, observamos que dicha definición contiene una fuerte carga normativa, es decir, ubica en el centro de lo propiamente privado aquello con lo que el Estado, las instituciones o el derecho no deben interferir. El espectro descriptivo-normativo en el que se mueve la distinción público-privado forma parte de la riqueza y la ambigüedad de la distinción, como ha

¹⁵ Sobre el concepto de capacidad de autonomía, las opciones y el contexto de ejercicio, ver Alvarez Medina, 2018a:16-69.

señalado Gavison (1992). En un trabajo importante para la comprensión tanto del concepto como de la crítica feminista al concepto, Gavison señala que algunos de los problemas de las categorías público y privado no tienen tanto que ver con la sola cuestión lingüística ni con la delimitación espacial, sino con la dificultad que entraña distinguir y separar los aspectos descriptivos y normativos encerrados en la calificación de público o privado. Público y privado denotan aspectos descriptivos y/o normativos, según el uso que se haga de ellos en cada caso. La autora ofrece algunos ejemplos muy ilustrativos: cuando nos referimos a las “partes íntimas” del cuerpo, personalísimas, privadas, estamos realizando una descripción en relación con algunas zonas específicas del cuerpo, al tiempo que indicamos el carácter más personal de las mismas que como tal debe ser objeto de respeto y tutela; la privacidad en este caso refiere entonces a una descripción de hechos cuya valoración ha dado lugar a una consecuencia normativa que consiste en proporcionar protección¹⁶. Pero la protección de las partes íntimas podría ceder si, como expone la autora, existieran razones que justificasen un acceso no consentido, por ejemplo si se escondiese en los genitales una droga cuya tenencia fuese objeto de ilícito (1992:8). Estos ejemplos ponen de manifiesto dos aspectos importantes de la distinción público-privado: la primera tiene que ver con su connotación descriptiva y normativa a la vez; la segunda se refiere al diverso grado de protección que la privacidad o intimidad pueda recibir según el tipo de acciones de que se trate. A su vez, en este último caso, resulta importante también destacar que a menudo la protección de una acción o de un espacio como privado o público dependerá de que se verifique determinado extremo fáctico o descriptivo del concepto; por ejemplo, Gavison ofrece el caso del consentimiento (1992:8-9): cuando se constata que dos personas han aceptado o consentido realizar determinada actividad, como podría ser tener relaciones sexuales, luego dicha actividad o espacio de intimidad merece protección. El foco de atención, en este caso, debemos centrarlo en constatar que efectivamente se ha producido el consentimiento, ya que, como señala la autora, no cualquier hecho, manifestación o comportamiento sexual será considerado apto para activar la consecuente protección de intimidad. Obsérvese además que constatar un hecho como el consentimiento dependerá de la carga psicológica que otorguemos a determinadas acciones, actitudes o expresiones, pudiendo en algunos casos ser relevante también la valoración que se haga de los hechos, como sería calibrar si hubo buena

¹⁶ Otro ejemplo que ofrece la autora es el de la noción de “espacio público” como contrapuesta a “propiedad privada”, la primera denota que un lugar es accesible, mientras que la segunda lo identifica como de acceso exclusivo o excluyente: en ambos casos se trataría de nociones descriptivas de espacios que conllevan consecuencias normativas en relación con la permisión o prohibición de accesibilidad. La autora señala también que las “estructuras normativas” que dan significado a dichas definiciones están sujetas a evolución, verificándose cambios importantes en el contenido normativo a lo largo del tiempo (1992:9).

o mala fe en determinadas acciones o actitudes, si existió o no engaño o intimidación y, por tanto, la acción fue acompañada de un componente negativo o incorrecto. Tales valoraciones podrán a su vez encontrar asidero en un sistema moral más o menos objetivo o crítico, o basarse en consideraciones sociales, unas u otras recogidas finalmente por el sistema jurídico. De manera que el espectro descriptivo-normativo de la distinción público-privado hace necesario que ciertos actos deban ser escrutados tanto en su dimensión descriptiva como en su alcance normativo, para determinar el grado de protección que merecen en términos de no accesibilidad o, visto del otro lado de la moneda, el grado de participación estatal que requieren, a través de la regulación jurídica o la actuación de las instituciones.

La idea de no intervención en la esfera privada y familiar ha sido algo así como un ideal regulador expresado a través del *mandato de privacidad*, ya que, en distinta medida, el ámbito privado no ha podido sortear la regulación por el derecho, tanto cuando se trata de acciones que interesan al derecho penal como cuando se trata de establecer derechos y obligaciones propias del derecho civil. Y esto no solo ha sido así a costa de traicionar el ideal, sino que, como afirma Frances Olsen, existe un consenso en que el Estado debe regular importantes aspectos de la vida privada, entre los que se encuentran diversas cuestiones vinculadas a la familia, en aras de proteger a quienes puedan encontrarse en una posición de riesgo o vulnerabilidad cuando las familias no funcionan como sería deseable desde el punto de vista del bienestar de todos sus miembros.¹⁷ La no intervención, por tanto, no es ni mucho menos absoluta, se contemplan importantes excepciones. Olsen va más allá en su crítica al argumento de la no intervención y rebate la idea de intervención moderada o solo en la medida de lo necesario para paliar o solucionar conflictos. Según Olsen, la intervención del Estado tiene un alcance mayor y existe en la medida en que existe la familia como un tipo determinado de relaciones entre las personas que, a su vez, legitima roles y posiciones a su interior. En palabras de Olsen, “el Estado está continuamente incidiendo sobre la familia a través de su influencia en la distribución de poder entre los individuos” (1985:842), y agrega que, desde la perspectiva de la familia tradicional, “‘no intervención’ parece significar simplemente el apoyo del Estado al miembro de la familia que detenta el poder”, en otras palabras, “un reforzamiento del *status quo*” (1985:843). También Susan Moller Okin ha

¹⁷ La autora se refiere a esta posición como “el argumento de la intervención protectora”, algo así como el consenso en torno a la necesidad de regular los vínculos familiares para evitar los abusos o disfunciones que puedan presentarse, siempre que dicha intervención no resulte excesiva (1985:838-842), o no impida el florecimiento de los vínculos fruto de esa autonomía plena a la que se hizo mención más arriba.

reflexionado en este sentido, señalando que no se trata de si el Estado debe o no intervenir en el ámbito íntimo, algo que hace desde el momento mismo en que el derecho concibe instituciones como el matrimonio o la familia,¹⁸ sino que se trata de cómo debe intervenir (1989:131). Ambas autoras hacen una señalación importante con estas observaciones, que tiene que ver con el sentido de la participación estatal en la vida privada y familiar. Si como dicen estas autoras la regulación a través del derecho es siempre una intervención y, por tanto, la familia no es un terreno libre de interferencia, la cuestión entonces se desplaza a considerar qué tipo de participación es la deseable. Para esto, el primer paso parece ser reconocer cómo el derecho ha intervenido e interviene en la familia con las regulaciones, las políticas y las opciones institucionales que desde el Estado se propician para la vida familiar.

Una vez que se ha identificado la presencia de intervención estatal en el diseño de la familia, se puede dejar de estigmatizar dicha participación como algo negativo o *prima facie* negativo. Si se reconoce que la regulación aparece como necesaria en el contexto del tipo de organización e institucionalización que tienen las sociedades modernas, luego se trata de profundizar en cómo incide la regulación y en qué medida puede propiciar relaciones más equitativas entre las personas.¹⁹ La división entre público y privado a menudo oscurece la interrelación entre ambas esferas, ya que oculta las relaciones de poder que vertebran la familia, niega la construcción del ámbito íntimo a través de decisiones políticas, desestima la estructura de género que permea la familia y por tanto no reconoce la división de tareas en base al género y lo que esto implica en otras esferas de la vida (Okin 1989:111). En definitiva, el ideal según el cual la esfera privada debe tender a autorregularse, evitando una excesiva injerencia reguladora por parte del Estado, ha hecho perder de vista las desigualdades e injusticias que se pueden

¹⁸ Sobre la definición de la institución misma del matrimonio se ha trabajado mucho en las últimas décadas y constituye un ejemplo paradigmático de cómo la intervención estatal, a través de la regulación jurídica, da forma a las relaciones que se gestan en la esfera privada e íntima. La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en España puede ilustrar bien el caso de una intervención legal avalada por argumentos jurisprudenciales de relevancia constitucional. Un amplio debate en torno a los valores que entraña el matrimonio y los modelos de familia acompaña a la legislación progresivamente incluyente en materia de matrimonio, tanto en Europa como en otros países del entorno occidental. Para una defensa de modelos más incluyentes y tolerantes de familia, combinados con la necesidad de una intervención estatal —a través de un papel activo de los gobiernos, sus políticas públicas y las instituciones— encaminada al cumplimiento de los deberes familiares, ver Martha Minow (1998).

¹⁹ Como afirmara Okin (1989), la justicia alcanza también a la familia y a las relaciones que se establecen entre sus miembros. Como en cualquier otro ámbito en el que se establecen relaciones interpersonales, también en la familia las relaciones entre las personas son susceptibles de generar malentendidos, roces, animadversión, intimidación, daño. En definitiva, también la familia puede ser fuente de conflictos graves que demanden regulación jurídica. A menudo se ha presupuesto que en el ámbito familiar las relaciones entre las personas están mediadas por vínculos afectivos que deberían ayudar a resolver de manera espontánea, sin mediación, los conflictos que puedan surgir entre ellas. Como señala Okin, no deberíamos confiar en la generosidad de los individuos para realizar la justicia en la familia (1989:31), al menos no más de lo que lo hacemos en otros ámbitos de las esferas pública o privada.

gestar y perpetrar en su interior; se ha perdido de vista la necesidad de la participación estatal y de las instituciones para preservar los derechos fundamentales de las personas.

4. Repensar la distinción público-privado desde una perspectiva gradual, contextualizada e interpersonal

A través de los apartados anteriores se ha señalado que la esfera privada y familiar ha sido históricamente idealizada como espacio para la autonomía plena, al tiempo que descuidada su estructura patriarcal, las fuentes de daño y su potencialidad para el conflicto. Se hace necesario, por tanto, volver a pensar sobre el espacio privado e íntimo y la participación del Estado a través de la regulación y las instituciones, tomando en consideración el entramado de relaciones, así como el contexto de referencia. La propuesta de cambio de perspectiva sobre la esfera privada y la participación del Estado en la vida privada y familiar se basa fundamentalmente en volver a pensar el alcance de los conceptos de esfera privada e intimidad, así como en la reformulación de dos presupuestos que nutren el modelo heredado la filosofía política liberal. En primer lugar, se ha planteado aquí la necesidad de atender a las relaciones que se configuran en el ámbito privado y familiar teniendo en cuenta la distinta posición en que se ubican los sujetos en dicho ámbito. Una vez que se identifica la diversidad o asimetrías en las relaciones que se configuran en la vida privada y familiar, así como el contexto de dichas relaciones, se hace necesario observar un segundo elemento que se deriva de esta identificación. Así, en segundo lugar, se debe entender la capacidad de toma de decisiones de los sujetos desde una concepción gradual de la autonomía, que niega la verosimilitud de la concepción de autonomía plena propia de la teoría política y jurídica liberal clásica, que ha llevado, además, a una idea errónea sobre las características de la esfera privada y familiar. Dicha concepción ha conducido a ideas distorsionadas en relación con la supuesta capacidad de todos los sujetos para identificar opciones y tomar decisiones plenamente autónomas, es decir, para realizar sus preferencias en un escenario supuestamente exento de relaciones de poder, subordinación o daño. Para la teoría clásica, la esfera privada ha representado el mito de la autenticidad, un terreno idóneo para la realización plena y de ahí el énfasis en limitar al máximo la intervención del Estado en este ámbito. Una idea de autonomía basada solo en la no interferencia estatal en las acciones de las personas resulta una concepción pobre y distorsionada de la autonomía, que casa bien con la noción de esfera privada que se describió al caracterizar el concepto clásico liberal de esfera privada, pero que resulta sesgada e incompleta.

Identificados estos dos elementos, a saber, la diversidad de posiciones de los sujetos que participan en la vida privada -o, lo que es lo mismo, la presencia de personas diversamente autónomas, incluida la presencia de personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad- y la ausencia de autonomía plena en cualquier caso, se comprende mejor el cambio de perspectiva que aquí se propone respecto del tipo de intervención jurídica que requiere la esfera íntima. Una mejor comprensión de los conceptos de vida privada e intimidad, sus características, su alcance y la influencia que el mandato de privacidad ha ejercido sobre su regulación, contribuirá a una mejor protección jurídica de dicho ámbito. Frente al modelo clásico que aconseja la mínima interferencia en los asuntos privados de las personas, aquí se propone pensar en intervenciones jurídicas garantistas, que lejos de cercenar la autonomía de las personas puedan propiciar su mejor desarrollo y protección.

Bibliografía

- Abramovich, V. y C. Courtis, 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta.
- Alvarez Medina, Silvina (2018a): *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarez Medina, Silvina (2018b): “Derechos humanos emergentes. Fundamentación, contenido y sujetos desde una perspectiva de género”, en A. Rodenas (ed.), *Repensar los Derechos Humanos*, Lima, Palestra.
- Alvarez Medina, Silvina (2020): “Derechos sociales y pobreza. Algunas reflexiones desde las categorías de público y privado”, en Fernández Blanco, C y Pereira Fredes, E. (Eds.), *Derecho y pobreza*, Madrid, Marcial Pons, en prensa.
- Allen, Anita L. (1988): *Uneasy Access. Privacy for Women in a Free Society*. New Jersey, Rowman & Littlefield Publishers.
- Bridgeman, Jo and Susan Millns (1998): *Feminist perspectives on Law. Law's Engagement with the Female Body*, London, Sweet & Maxwell.
- Fajardo Fernández, Javier (2015). “Derecho público y Derecho privado. Los cinco sentidos de una distinción”, en *Persona y Derecho*, n. 72, 2015/1, pp. 75-90.
- Fineman, M. (2004): *The Autonomy Mith*, New York, The New Press.
- Gavison, Ruth (1980): “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol 89, n 3, January 1980, pp. 421-471.
- Gavison, Ruth (1992). “Feminism and the Public/Private Distinction”, *Stanford Law Review*, vol. 45, n. 1, pp. 1-46.
- Guzmán Brito, Alejandro (2015). “El Derecho público y el Derecho privado”, en *Persona y Derecho*, n. 72, 2015/1, pp. 11-21.
- Inness, Julie C. (1996-2003 Online). *Privacy, Intimacy, Isolation*, Oxford University Press. (2003a) “Intimacy-Based Privacy: The Answer to Legal Privacy Debates”; (2003b) “Personhood or Close Relationships? The Value of Privacy”; (2003c) “Common Debates in the Philosophical and Legal Privacy Literature”; (2003d) “In Conclusion: Answers and New Questions”.
- MacKinnon, Catherine (1983). “The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective”, en *Radical America*, 1983, 17.
- Minow, Martha (1998). “All in the Family and In All Families: Membership, Loving, and Owing”, en D. Estlund y M. Nussbaum (eds.), *Sex, Preference, and Family. Essays on Law and Nature*, Oxford University Press.
- Okin, Susan M. (1989): *Justice, Gender and the Family*, Basic Books.
- Oliver, Dawn (1999): *Common Values and the Public/Private Divide*, London, Butterworth.
- Olsen, Frances E. (1985). “The Mith of State Intervention in the Family”, *Journal of Law Reform*, Vol. 18:4, Summer 1985.
- Quicios Molina, Susana y Silvina Alvarez Medina (directoras), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Madrid, Aranzadi.
- Parker, Richar B. (1974). “A Definition of Privacy”, 27 *Rutgers Law Review*, pp. 275-296.
- Pateman, Carole (1988). *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press.
- Thomson, Judith Jarvis (1975). “The Right to Privacy”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol 4, n. 4 (Summer, 1975), pp. 295-314.
- Velasco Caballero, Francisco (2014). *Derecho público más Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.
- Westin, A. (1967): *Privacy and Freedom*, Atheneum.