

SILVINA ÁLVAREZ MEDINA

**LA PROTECCIÓN DE LA VIDA  
PRIVADA Y FAMILIAR  
SEXUALIDAD, REPRODUCCIÓN  
Y VIOLENCIA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2021

# ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS .....	13
INTRODUCCIÓN .....	17

## PRIMERA PARTE VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

### CAPÍTULO I LA DISTINCIÓN PÚBLICO-PRIVADO

1. EL CONCEPTO .....	26
1.1. Espacio privado y regulación jurídica .....	30
2. VIDA PRIVADA E INTIMIDAD: DOS CONCEPTOS BAJO EL INFLUJO DEL <i>MANDATO DE PRIVACIDAD</i> .....	39
3. LA POSICIÓN DE LAS MUJERES EN LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.....	47

### CAPÍTULO II UNA PERSPECTIVA GRADUAL, CONTEXTUALIZADA E INTERPERSONAL PARA REPENSAR LA DISTINCIÓN PÚBLICO-PRIVADO

1. LA PARTICIPACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y EL DERECHO EN LA VIDA PRIVADA.....	64
--	----

## Índice

	Pág.
2. LOS SUJETOS DE LA VIDA PRIVADA: AUTONOMÍA PLENA Y VULNERABILIDAD .....	70
3. LA GRADUALIDAD DEL CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE ACCIONES Y DECISIONES.....	78

### CAPÍTULO III

#### CONTEXTO Y SUJETOS EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS

1. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: UN RECONOCIMIENTO A DOS VELOCIDADES.....	88
2. CONTEXTO Y CONTENIDO ESPECÍFICO .....	91
3. ASIMETRÍAS Y DERECHOS EMERGENTES .....	99

### SEGUNDA PARTE

#### NUEVAS CONFIGURACIONES JURÍDICAS

### CAPÍTULO IV

#### SEXUALIDAD

1. SEXO, GÉNERO Y SEXUALIDAD .....	112
2. SEXUALIDAD Y CONSENTIMIENTO .....	117
2.1. ¿Qué es el consentimiento? .....	119
2.2. El consentimiento de las mujeres en las relaciones sexuales.....	125
3. SEXUALIDAD, INTIMIDAD Y DERECHO .....	133

### CAPÍTULO V

#### REPRODUCCIÓN

1. LA DOBLE CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	148
2. VIDA PRIVADA Y REPRODUCCIÓN.....	156
2.1. La fragmentación del proceso reproductivo.....	157
2.2. Modelos de maternidad en el derecho .....	160
2.3. Relaciones de familia y menores de edad .....	165

	Pág.
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>VIOLENCIA</b>	
1. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LAS RELACIONES ÍNTIMAS.....	176
2. LA VIOLENCIA ÍNTIMA CONTRA LAS MUJERES EN LA LEGISLACIÓN .....	189
3. DE LA INTIMIDAD A LOS DERECHOS: LOS DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA VIOLENCIA.....	199

<b>CAPÍTULO VII</b>	
<b>LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR</b>	
1. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES IMPORTANTES DE LAS MUJERES.....	205
2. LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS DERECHOS .....	211
2.1. Derecho a la libertad sexual .....	218
2.2. Derechos reproductivos.....	221
2.3. Derecho a la integridad física, psíquica y moral.....	224
3. CONSIDERACIONES FINALES. LOS DERECHOS, EL ESTADO Y LAS ACCIONES PRIVADAS.....	226
EPÍLOGO.....	233
BIBLIOGRAFÍA.....	237

## INTRODUCCIÓN

*There is a solitude of space  
A solitude of sea  
A solitude of death, but these  
Society shall be  
Compared with that profounder site  
That polar privacy  
A soul admitted to itself -  
Finite Infinity.*

Emily DICKINSON (poema 1695).

La vida privada y familiar de las personas es un terreno amplio en la memoria individual. Es amplio porque comienza en la infancia, en el círculo estrecho de los primeros vínculos, los primeros cuidados y los primeros afectos; allí se forjan las líneas maestras de lo que será el desarrollo personal, emocional e intelectual de cada ser humano. Es amplio, también, porque se prolonga en el tiempo, a través de transformaciones sucesivas, generalmente con crecientes capacidades y con la ampliación progresiva de espacios y relaciones. Con más o menos intensidad en sus encuentros, las personas van forjando una red de interacciones que forman su vida privada y familiar. Este libro se propone indagar en la protección que desde el derecho se ha brindado a la vida privada y familiar. Se trata por tanto de detenerse en la protección de los aspectos más personales o íntimos de la vida de cada uno, llegando hasta ese terreno que en algunos contextos jurídicos se denomina el derecho a la privacidad o la intimidad. Dentro de esta categoría amplia caben muchos aspectos muy diversos que comprometen facetas no públicas de las personas, lugares reservados, partes de la vida que ellas eligen proteger de la exposición a terceros o de la injerencia institucional. Así, dentro de esta categoría se protege el domicilio, la correspondencia, los datos personales, la propia imagen, las acciones

que transcurren en la casa o el hogar, y otras que transcurren en espacios públicos, pero al amparo de un perímetro de acceso restringido, la vida de relación con otras personas, la pareja y la familia de manera singular, la sexualidad, la reproducción. La amplitud de aspectos de la vida de las personas comprendidos por estas nociones —vida privada, vida familiar, privacidad— dificulta la tarea de definir el alcance del concepto. A la variedad de cuestiones se superpone la diversidad de criterios para identificar qué se quiere proteger; como se verá enseguida, algunas propuestas se centran más en delimitar espacios, otras en identificar injerencias que sería deseable evitar para preservar el acceso a dichos espacios, y otras, aún, en blindar algunas decisiones. En algunos casos se ha sostenido incluso que no existe nada propio de la llamada privacidad, sino distintas pretensiones o derechos que se revisten de privacidad en ciertas circunstancias.

La concepción de la vida privada y familiar como un espacio para el desarrollo de la autonomía plena, al amparo de la ausencia de la mirada pública, ha sido el escenario concebido por el ideario filosófico-político del liberalismo para la realización de los aspectos más íntimos y personales del ciudadano. Por esto, la concepción de la vida privada perfeccionada por dicho ideario debe entenderse como la prolongación de una concepción de la vida pública y ciudadana que tenía como protagonista al varón. La vida del ciudadano transcurría en un ámbito exclusivamente masculino en la esfera pública, una esfera gobernada por la razón y los principios más neutrales e impersonales de la justicia, reservándose la vida afectiva y de relación a la esfera privada, para mantener allí los necesarios aspectos emocionales de la identidad, en una celosamente custodiada intimidad. La dualidad entre la vida pública y la vida privada tenía sentido en una concepción rigurosamente binaria, de compartimentos estancos, que permitía a los varones desarrollar dos aspectos de su vida: el público, centro de la atención política y filosófico-política, y el privado, centro de la vida afectiva y de relación. A las mujeres no les era concedida esta dualidad y solo se les reservaba el espacio privado y familiar. De esta concepción, que será el punto de partida para el estudio que se propone en este libro, se desprenden diversas consecuencias jurídicas importantes que afectan a la protección de la vida privada y familiar a través de los derechos individuales.

En este libro me centraré solo en algunos aspectos de la vida privada, aquellos que involucran las relaciones íntimas y de familia, la sexualidad, la reproducción, y los conflictos generados por la presencia de violencia en las relaciones íntimas. El enfoque que guiará esta propuesta se basa en rastrear el tipo de protección que desde el ámbito de los derechos humanos se debería proporcionar a estos aspectos de la vida de las personas. De la mano de este objetivo, se realiza una indagación filosófica sobre los conceptos políticos y jurídicos que han contribuido a dar forma al derecho que regula la vida privada y la vida familiar de las personas. Buena parte de esta regulación forma parte del derecho privado —a salvo, claro está, aquellos supuestos que involucran a la legislación penal—, más precisa-

mente, forma parte del derecho civil y de familia. La filosofía del derecho ha abordado importantes cuestiones del derecho privado, como son las vinculadas a la responsabilidad civil, el derecho de daños o los ilícitos civiles o *tort law* en el derecho anglosajón<sup>1</sup>. Dicha reflexión filosófica sobre el derecho privado, sin embargo, ha sido escasa en relación con el derecho de familia como conjunto normativo que regula relaciones de gran importancia en la vida de las personas. Tal vez haya contribuido a esta laguna la tradicional exclusión de los vínculos interpersonales más estrechos, y de la familia, del ámbito de la reflexión en torno a la justicia, como se pondrá de manifiesto en diversos pasajes de este libro. A pesar de esto, algunos aspectos vinculados a intereses importantes específicos de la vida íntima y familiar han recibido en los últimos años una creciente atención por parte de la teoría y la filosofía del derecho, como es el caso de los derechos reproductivos —que se analizarán en el Capítulo V, y que han tenido un desarrollo jurídico y teórico amplio— y, en cierta medida, los derechos de los niños y niñas<sup>2</sup>.

Los presupuestos que se analizan en el Capítulo I y que se refieren a las ideas de filosofía política y jurídica que subyacen a la construcción de lo privado y la privacidad, constituyen el punto de partida para el análisis que aquí se propone. Dichos presupuestos se pueden expresar a través de dos premisas: la primera se refiere a la construcción de lo privado como opuesto a lo público, esferas separadas, opuestas y carentes de intersección; la segunda señala que dicha oposición ha ido ligada a la aplicación de principios diferentes sobre el tipo de intervención jurídica e institucional que es deseable realizar en una y otra esfera. En la primera parte del libro me referiré a esta construcción, profundamente impregnada en los sistemas jurídicos occidentales, para proponer otra lectura de la relación entre público y privado, atendiendo al tipo de acciones que se desarrollan en una u otra esfera, así como al tipo de protección que demandan. Propondré una concepción de lo público y lo privado que permita trazar la continuidad entre un espacio y otro, entre las decisiones que se toman en una y otra esfera, atendiendo no tanto a la dimensión espacial como al tipo de acciones de que se trate, su contexto relacional y sus repercusiones. Señalaré los déficits de la noción de autonomía plena que ha alimentado la separación entre lo público y lo privado, así como las necesidades de protección que se presentan cuando se adopta la perspectiva de la vulnerabilidad.

Esta radiografía de lo público y lo privado va acompañada por sus protagonistas históricos, varones y mujeres respectivamente, como puso

---

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, entre nosotros, los trabajos de Diego PAPAYANNIS (2013; 2014), PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES (2018), y, recientemente, VARGAS TINOCO (2020), o en el ámbito anglosajón, los trabajos de COLEMAN [(1992) 2010], WEINRIB [(1995) 2017], GARDNER (2018b).

<sup>2</sup> Sobre derechos de los niños, véanse, por ejemplo, entre nosotros, los trabajos de Liborio HIERRO (1990; 1996; 2014), Isabel FANLO (2007; 2008; 2009), o en el ámbito anglosajón, los trabajos de O'NEILL (1979; 1988), WELLMAN (1995), o, más recientemente, FERGUSON (2018), MACLEOD (2018).

de relieve con fuerza el feminismo de los años setenta, de la llamada segunda ola, al señalar que lo privado privaba a las mujeres de visibilidad, de vida pública, de protección, de derechos. Las mujeres han ocupado a lo largo de nuestra historia su lugar heredado en el entramado privado y familiar, un lugar de cuidados, de referencia emocional, de vínculos afectivos; también un lugar a la sombra, del que solo cabía mostrar algunos aspectos moldeados por la moral positiva, la religión y el derecho, como el matrimonio y la maternidad. Lo privado y familiar fue mantenido con ahínco en los límites de lo que no debía ser interferido, un espacio con dinámicas propias, de conflictos dejados al albur de la autenticidad de una autonomía sin cortapisas —con algunas excepciones que serán puestas de relieve en las páginas que siguen—. Como ha desvelado también el feminismo, esta estricta disciplina de lo privado se ha mantenido a través de la subordinación que impone la estructura patriarcal. Así, a la sombra de lo público, lo privado se teje en un terreno de vínculos y emociones, también de soledad y secreto —*that polar privacy!*—, desde donde las voces llegan hasta lo público, a menudo, con sordina. Detrás de esta densa construcción hay una elaborada concepción filosófico-política. Tras exponer esta concepción y con la mirada puesta en un espacio privado que, se sostendrá, ha sido largamente descuidado por las instituciones públicas y el derecho, en el Capítulo III de este libro me detengo en los límites que esta concepción ha impuesto a los derechos. La vida privada de las mujeres cumplió una función de cuidado, sexual, reproductivo, emocional, conyugal y maternal, de la que el derecho se ocupó solo en la medida del mantenimiento de la estructura social dominante, hasta hace muy poco tiempo. Esto hizo que el derecho de los derechos humanos no se fijara en los intereses específicos e importantes de las mujeres, cuya protección se encuentra aún en desarrollo, mientras emergen nuevos derechos.

En la segunda parte del libro me adentro en algunos espacios de la intimidad desde la perspectiva propuesta en la primera parte. Los capítulos que integran la segunda parte se proponen exponer algunas de las cuestiones que están en el núcleo de los intereses importantes de las personas y especialmente de las mujeres en el ámbito privado, así como el tipo de protecciones o estándares de derechos humanos capaces de ofrecer una mejor comprensión de la intimidad. Se trata de intereses fuertemente vinculados a la capacidad relacional de las personas, que se desarrollan principalmente en el espacio privado pero que tienen una importante proyección público-política. Los ámbitos de la vida privada y familiar son espacios personales, no en un sentido necesariamente espacial, geográfico o material, sino en el sentido conferido por la propia trayectoria vital de las personas involucradas, en la medida en que comprometen su capacidad de elección identitaria, de relación más cercana con su entorno afectivo, proyectando una vinculación psicológica con su contexto. Es la vida de relación y realización personal la que se gesta y desarrolla en esos círculos íntimos. La referencia a la intimidad guarda relación con la centralidad o importancia que ella ocupa en los planes de vida de las personas. En cada



uno de estos espacios o ámbitos surgen acciones íntimas que pueden ser relevantes para el derecho en atención, por un lado, a que representan manifestaciones de la autonomía personal que deben ser respaldadas y eventualmente garantizadas o protegidas y, por otro lado, a que a menudo involucran relaciones intersubjetivas susceptibles de suscitar conflictos o necesitar de estipulaciones normativas para su desarrollo.

Se identifican en la segunda parte de este libro tres ámbitos de la vida privada y familiar en los que se dirimen aspectos importantes de la vida íntima de las personas. Dichos ámbitos son la sexualidad, la reproducción y las relaciones de pareja, en este último caso para referirnos a las situaciones de violencia como consecuencia de la cual se requiere la intervención de las instituciones del Estado. En cada uno de estos ámbitos tienen lugar acciones y comportamientos a los que las personas confieren especial importancia y, precisamente en la medida de dicha importancia y atendiendo a su adecuada integración y protección en la sociedad, el derecho se ve involucrado en la regulación de acciones y conflictos. El Capítulo IV se adentra en la sexualidad en relación con el sexo y el género, es decir, buscando una comprensión de la vida sexual de las personas dentro de la estructura que configura sus cuerpos, su deseo y sus posibilidades de intención y expresión. Centrándome en las relaciones heterosexuales, propongo analizar el consentimiento, como punto de partida para una exploración sobre cuál debería ser el contenido normativo de la regulación jurídica sobre agresiones sexuales. En el capítulo sobre reproducción el énfasis está puesto, por un lado, en configurar el alcance de las garantías jurídicas que es deseable alcanzar en este terreno y, por otro lado, en las aristas menos evidentes de la reproducción, que enlazan la autonomía con aspectos contextuales diversos, desde las posibilidades técnicas y biosanitarias, hasta su imbricación con los modelos de maternidad y la protección de la infancia. El Capítulo VI se dedica a una vertiente de las relaciones de pareja, la que revela tal vez uno de los aspectos más destructivos de la intimidad, cuando es alcanzada por la violencia. En los últimos años se ha trabajado mucho sobre la violencia de género en la pareja, como una de las manifestaciones de la estructura histórica, social y cultural que coloca a varones y mujeres en posiciones diferentes. Aquí se retoma ese trabajo y el debate en torno a las herramientas jurídicas más idóneas para afrontar la violencia de género contra las mujeres, desde la perspectiva de la vida privada, tal como se ha presentado en la primera parte del libro. Por último, el capítulo final propone una reflexión desde los derechos humanos en el marco del derecho constitucional. En él se vuelve sobre los intereses importantes de las mujeres, se aportan algunas ideas para reflexionar sobre su lugar en el contexto de la deliberación democrática y se plantea la conveniencia de que dichos intereses aparezcan recogidos expresamente en los documentos constitucionales.

En su conjunto, este libro trata sobre derechos humanos, sobre la protección de los intereses importantes de las personas. Sin embargo, el punto de partida es diferente al habitual. Si en la tradición política y jurídica

la tónica ha sido ubicarse en el espacio público para pensar la convivencia y las protecciones que el derecho viene llamado a regular, propongo aquí una ubicación inicial diferente. Propongo ubicarnos en el contexto de lo privado, observar a sus protagonistas, enfocar a las mujeres, calibrar sus intereses. Al mirar desde ese lugar surgen aspectos y propuestas que apuntan a la configuración de nuevas herramientas jurídicas.

PRIMERA PARTE  
**VIDA PRIVADA Y FAMILIAR**

# CAPÍTULO I

## LA DISTINCIÓN PÚBLICO-PRIVADO

*The romanticization of privacy has led to its being both overvalued as sacred and condemned as a particularly dark social menace.*

Anita L. ALLEN, 1988.

La vida privada y familiar reúne 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, responsabilidades, cuidados y expectativas. Para garantizar que estos espacios puedan desarrollarse con autonomía y sin interferencias indeseadas, los sistemas jurídicos han acuñado el derecho a la intimidad. El origen de este derecho puede rastrearse en la distinción que la filosofía política liberal ha trazado entre la esfera pública y la esfera privada. A esta distinción me referiré enseguida. Este capítulo tiene el propósito de exponer el desarrollo que los conceptos de esfera privada y esfera pública han seguido, como ámbitos separados, regidos cada uno de ellos por principios diferentes y recogidos por el derecho con regulaciones también diferentes. 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, más específica o circunscrita, y haré mención especial a las acciones privadas de las mujeres. Este análisis me llevará, en el próximo capítulo, a volver a pensar la distinción público-

privado desde una perspectiva no excluyente, sino gradual, 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 me permitirá incorporar la participación de las instituciones estatales y del derecho y reformular la vieja noción de interferencia estatal.

## 1. EL CONCEPTO

En la tradición liberal —al menos desde autores como HOBBS y LOCKE en el pensamiento político inglés— la separación entre razón y pasión hizo necesaria la construcción de categorías independientes, capaces de reunir las características de dos modos diferentes y separados de ser persona y vivir en el mundo: esas categorías son lo público y lo privado. La esfera pública es el centro mismo de interés para los propósitos del hombre racional y la construcción de la sociedad política, mientras que las pasiones, las emociones y los sentimientos deben ser dejados de lado en el espacio público y confinados a la esfera privada (ELSHAIN, 1981: 117-118). Esta separación se puso de manifiesto con claridad a partir de la Ilustración. Durante este periodo se forja y robustece la idea según la cual la razón es el instrumento que permite al hombre avanzar, de la mano de la ciencia, y ordenarse social y políticamente. Los sentimientos, las pasiones, en cambio, son consideradas estorbos que entorpecen ese avance y que deben, por tanto, ser aparcadas a la orilla de la razón, negadas o escondidas. Esta negación de la vida emocional de las personas en la filosofía política es compensada a través del lugar reservado a lo privado en la distinción público-privado<sup>1</sup>. El ámbito privado, la intimidad de las relaciones de pareja y la familia son el lugar para las emociones, exiliadas del ámbito público y concentradas en un espacio hermético a la visibilidad e injerencia del espacio común, compartido o ciudadano, de las instituciones y del derecho. En el espacio de lo privado, las emociones son el territorio por excelencia de las mujeres, a través del entramado relacional-afectivo radicado en la familia.

La individualidad masculina se centra en las capacidades de la razón y externaliza su vida emocional, para hacerla depender del entorno femenino. Almudena HERNANDO explica este proceso a través de la distinción razón-emoción como eje para la división de tareas que estructuran la sociedad desde la perspectiva de género; la autora ofrece una explicación de

---

<sup>1</sup> También la filosofía moral ilustrada, representada en su modelo más exitoso por la filosofía moral kantiana, sufrió el influjo del desprestigio de las emociones, calificadas estas como la parte más oscura del sujeto moral. Al encumbrar el dominio de la razón, se construyó un modelo de razonamiento moral basado en la negación de las emociones, que no intentó integrarlas en el razonamiento práctico, sino que prescindió de su análisis y comprensión. Para una breve introducción sobre las emociones y las decisiones de las personas, véase S. ÁLVAREZ MEDINA (2018a: 171-177).

la construcción de la estructura patriarcal guiada por dicho eje, llegando a proponer que el llamado «orden patriarcal» se vería mejor representado por la expresión «orden disociado razón-emoción» (2018: 38). Según HERNANDO, la identidad moderna de varones y mujeres se remonta a esta distinción, que sirve para explicar su distinta configuración en unos y otras (2018: 40). La autora rastrea en la arqueología de la identidad de varones y mujeres y se fija en la movilidad —espacial— de los varones —antes que en la maternidad de las mujeres— como el punto de inflexión para que los primeros abandonasen una concepción relacional de su identidad —que en los inicios de la socialización habría sido el signo distintivo de ambos— y desarrollasen su individualidad (2018: 75-94). La explicación que ofrece HERNANDO desenmascara la individualidad anclada en la autonomía y la razón toda vez que pone de manifiesto que con estos únicos elementos no podría haber triunfado en su conquista del poder; que sus éxitos —científicos, tecnológicos y también políticos y jurídicos— no descansan en una individualidad aislada. La autora afirma que la individualidad desvinculada de los aspectos emocionales propios del ser humano no podría haber triunfado porque habría generado más inseguridad que certezas (2018: 107)<sup>2</sup>. Este proceso hacia la consolidación del individuo racional y autónomo, que HERNANDO describe a través de tiempos largos y de diversas etapas del desarrollo de la humanidad, alcanzaría con el pensamiento ilustrado del siglo XVIII su cristalización y plasmación intelectual y teórica<sup>3</sup>.

La escisión entre razón y emoción, entre lo individual y lo relacional, casa en todos sus extremos con la distinción público-privado, ya que el espacio reservado por la filosofía política a la vida privada, que luego se traducirá en el tipo de regulación jurídica reservada para ella, contempla precisamente la reserva de un espacio para el florecimiento de la vida relacional y emocional, un complemento para los avatares del individuo racional, científico, tecnológico, público y poderoso. La esfera privada e íntima es un espacio para el necesario complemento emocional, cuidado y suministrado por las mujeres. Según HERNANDO, la identidad individualizada no puede prosperar sin la identidad relacional, esta última mantenida fundamentalmente por las mujeres a través de los afectos. En los términos de la autora, los varones desarrollaron una «individualidad dependiente», es decir, recostada sobre la vida relacional y emocional proporcionada por

---

<sup>2</sup> En palabras de HERNANDO: «[E]l problema reside en que sin sostener los vínculos con su grupo esos hombres no podrían mantener la seguridad en sí mismos, porque se les haría evidente la desproporción de su fuerza frente a la del universo [...]. Parece un problema irresoluble. Pero no lo fue. La negación de la contradicción, a costa, entre otras estrategias, de la subordinación de las mujeres, representó su solución» (2018: 125).

<sup>3</sup> Tras la expansión de la escritura —a cuyo análisis e implicaciones HERNANDO dedica parte de su investigación— y de la mano de los avances científicos, razón y poder se fundieron en el refuerzo de la individualidad y la negación de la identidad relacional y emocional (2018: 95-108). Sobre la evolución del individualismo hacia las teorías contractualistas, los pactos de sujeción y el confinamiento de la naturaleza, los afectos y las emociones en el ámbito privado, véase S. MURILLO (1996: 30-54).

las mujeres, quienes mantuvieron de manera prevalente la «identidad relacional», compartida en los primeros estadios de su desarrollo tanto por varones como por mujeres<sup>4</sup>. La distinción público-privado ha hecho posible mantener lo que HERNANDO denomina la «fantasía de la individualidad», como exponente del poder desplegado en la esfera pública, al tiempo que conserva los componentes necesarios de vinculación afectiva, gestada y desplegada en la esfera privada.

En este proceso de división de tareas, facetas y funciones de la vida de las personas, la esfera privada es generalmente definida por la filosofía política en oposición a la esfera pública. Mientras que 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 es concebido como un aspecto residual; y es sobre estas bases que también el derecho ha estructurado sus normas y garantías. Así, 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. Las libertades públicas, los derechos políticos, la seguridad y los límites al poder estatal constituyen el núcleo de las primeras declaraciones de derechos<sup>5</sup>. 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 mirada enfocada principalmente en el espacio público, que no percibe en lo privado y familiar un espacio donde se dirimen complejos, controvertidos y conflictivos intereses que pueden requerir tutela y garantías, ha tenido importantes consecuencias en los sistemas jurídicos y cons-

---

<sup>4</sup> HERNANDO añade a este esquema una etapa sucesiva, a la que se llegaría a través de lo que denomina la «individualidad independiente», es decir, una individualidad que actúa su racionalidad pero que es también capaz de generar y mantener los aspectos relacionales de su identidad, así como sus propios recursos emocionales, objetivos de un desarrollo autónomo y seguro (159-170).

<sup>5</sup> El énfasis puesto en unos u otros derechos varía según los modelos históricos; así, mientras que en el modelo inglés destaca la voluntad de blindar los derechos patrimoniales, políticos y jurídicos para frenar el poder del rey y conferir seguridad a los súbditos, en el modelo francés resaltan sobremanera la igualdad y la libertad, y en el norteamericano se aprecia la centralidad de la libertad —expresada de manera paradigmática en la libertad de expresión y de culto— y la felicidad como fin último de la comunidad política; véase HIERRO (2016: 61-73). En todos los casos, la preocupación por limitar el poder político y dotar a los ciudadanos de garantías en el espacio público-político constituye el motor de dichas declaraciones.

titucionales modernos. También la teoría de la justicia se ha hecho eco de esta concepción, tal como puso de manifiesto Susan M. OKIN al denunciar la ausencia de la familia, sus relaciones y sus conflictos, en la propuesta rawlsiana, que constituye el exponente contemporáneo más importante de reflexión filosófica sobre la justicia —se volverá sobre esto en el próximo capítulo—. Las consecuencias de este enfoque se pueden rastrear en la falta de herramientas jurídicas adecuadas para la protección de los intereses fundamentales de las personas en el ámbito privado y familiar. 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, en primer lugar, y los hacedores jurídicos en general. Se trata de un modelo de ciudadano en sintonía con esa individualidad centralmente racional a la que se alude *supra*. Para el ideario liberal dominante, la autonomía personal o capacidad de decisión individual se constituye como un concepto fundamental, que llega a adquirir forma más allá de su dimensión humana en los diversos contextos, o de sus condiciones de posibilidad. La autonomía se presenta como aquello que define a la persona, su motor, su forma primordial de interactuar con las otras personas y con su entorno. Así se teje un concepto de autonomía que tiene muchos elementos aspiracionales, es decir, es un ideal de comportamiento humano. La autonomía se ha definido reiteradamente como obrar racional e independiente, al tiempo que estos elementos del concepto han ido alejándose de su dimensión humana como propiciadores de la capacidad de toma de decisiones, para transformarse, en el mismo concepto, en elementos de un obrar ideal. Racionalidad e independencia se encuentran a menudo en la bibliografía como presupuestos de un procedimiento sin sombras, sin grietas. Esta idealización ayuda a colmar la aspiración de un comportamiento que cristaliza en la elección, como fruto de aquello que la persona quiere para sí. En estos términos, la autonomía se presenta como una capacidad humana idealizada, que fragua en un concepto que llamaré de *autonomía plena*, es decir, una capacidad sobredimensionada, que consiente a la persona una racionalidad y una independencia sin fisuras. Esta noción es la que aparece con frecuencia en la teoría política y la que, como se verá, se traslada a la teoría jurídica y al derecho.

En ámbito jurídico, la noción de autonomía plena forma una dupla inescindible con la ausencia de cortapisas institucionales, reglamentarias o legales, obstáculos que pongan en cuestión, acoten o cercenen de alguna manera la toma de decisiones. La llamada interferencia o injerencia estatal —sobre la que se volverá más adelante— malogra la autonomía plena, no permite que la persona pueda expresarse a través de sus elecciones. 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» (2002: 52). La aspiración de autonomía plena, sin embargo, se naturaliza como capacidad. Así, el 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 socioeconómico actual están representadas por las personas pobres<sup>6</sup>. En general, la protección de las personas vulnerables se ha considerado como una cuestión eminentemente privada, encargada a las familias y, dentro de estas, a las mujeres. Aunque esta concepción, como veremos más adelante, ha evolucionado, la familia conserva su lugar como ámbito primordial de cuidado y protección de las personas no plenamente autónomas.

De acuerdo con Anita L. ALLEN, el espacio concebido para las acciones íntimas, es decir, aquellas más personales o incluso reservadas, puede definirse de la siguiente manera:

La esfera privada es aquella parte de la actividad que debe ser reservada a las cuestiones que no interesan al Estado (es decir, «privadas»). Sobre la base de la distinción público-privado el término «privacidad» ha sido utilizado para referirse a aquellas esferas de actividad que están, o deberían estar, libres de la intervención del Estado y protegidas del alcance de terceros. Las decisiones en torno a la sexualidad heterosexual adulta con fines no comerciales, la procreación, o las familias, se considera generalmente que deben ubicarse dentro de la esfera privada (1988: 33).

Conviene recordar que, a pesar de la influencia de esta definición, ampliamente extendida en el ideario que guía los sistemas políticos y jurídicos occidentales, y que excluye la interferencia estatal de ámbitos tales como la sexualidad o la reproducción en el matrimonio, el espacio privado, como todos sabemos, no ha estado exento de regulaciones jurídicas.

### **1.1. Espacio privado y regulación jurídica**

Más allá de la intimidad y la familia, el espacio privado alberga cuestiones tradicionalmente reguladas por el derecho privado, como las obligaciones, los contratos y la actividad mercantil, que requieren pautas de coordinación y ordenación de las actuaciones individuales. Entre los elementos que definen al derecho privado clásico 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 individuales<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Para la relación entre pobreza y derecho, vinculada a la distinción entre esfera pública y esfera privada, véase *ÁLVAREZ MEDINA (2021b)*.

<sup>7</sup> 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