

## VIDA FAMILIAR Y DERECHO A LA PRIVACIDAD

*Hernán Corral Talciani*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes

### I. EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y LA VIDA FAMILIAR\*

#### 1. *Vida familiar y privacidad unidos desde sus orígenes*

La relación entre “vida familiar” y “derecho al respeto y protección de la vida privada” de las personas, es estrecha. Ambos conceptos aparecen vinculados desde que, a comienzos de siglo, comenzara la evolución doctrinal, legal y jurisprudencial que posteriormente cristalizaría en el reconocimiento casi universal del derecho a la intimidad o privacidad<sup>1</sup>.

No es extraño que el hecho que motivara a los abogados norteamericanos Warren y Brandeis a publicar su famoso alegato “*The Right to Privacy*”, reconocido hoy como la “partida de nacimiento” del derecho a la privacidad, fuera justamente la difusión indebida de una circunstancia netamente familiar: La Sra. Warren, que acostumbraba a hacer una vida social intensa en su casa de Boston, estaba molesta con las crónicas que sobre ella hacían los periódicos locales. Tal estado de cosas llegó a su extremo frente a las publicaciones ocasionadas por la boda de una de sus hijas. Ante esto, Samuel Warren se puso en contacto con su compañero de estudios en la Universidad de Harvard, Louis Brandeis, y juntos redactaron el artículo que se publicaría en la *Harvard Law Review* en 1890. Su doctrina sería poco tiempo después acogida por la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, y la expresión “*privacy*” haría fortuna.

Según Warren y Brandeis, la propiedad entendida como posesión de bienes materiales debe dejar de ser la clave de protección de los individuos, para dejar paso al principio de la inviolabilidad de la personalidad, que incluiría, además de la protección a la propiedad intelectual y a la autoría artística, el respeto a la intimidad frente a las injerencias de los nuevos medios de comunicación masiva. Estos derechos no surgen ni contractualmente ni por violación de una relación de confianza, sino que son “derechos contra todo el mundo”: “El principio que protege los escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones –escriben Warren y Brandeis–, es el derecho a la *privacy*, y la

\* Ponencia presentada por el autor en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en Mendoza, del 20 al 24 de septiembre de 1998. El trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación N° 198066, de 1998, financiado por el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología Fondecyt (Chile).

<sup>1</sup> Nos avenimos a utilizar el término “privacidad”, conscientes de que se trata de un barbarismo no aceptado aún por el Diccionario de la Real Academia Española, en atención a lo generalizado de su uso, incluso en la literatura jurídica especializada.

ley no tiene que formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y a las relaciones personales, domésticas y otras cualesquiera”<sup>2</sup>.

Como vemos, las relaciones domésticas, esto es, las familiares, aparecen desde un inicio como integrantes de esta nueva esfera de protección de las personas, que se propicia con la formulación del derecho a la privacidad.

## 2. *Textos internacionales, constitucionales y legales*

En el campo del Derecho latino-continental la consagración del derecho al respeto a la vida privada ha ido de la mano de su formulación normativa en textos de carácter internacional (Declaraciones y Convenciones) y también de índole constitucional. En algunos ordenamientos se han dictados además normas de jerarquía legal que intentan precisar y regular su forma de ejercicio.

En estas formulaciones la noción de vida privada aparece siempre muy relacionada con la noción de vida familiar o doméstica. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), declaran, respectivamente, que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...” (art. 12) y que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos... a su vida privada y familiar” (art. 12).

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) repite la fórmula de que nadie estará sujeto a injerencias arbitrarias o ilegales “en su vida privada, su familia” (art. 17.1). Casi en los mismos términos, se formula el derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...” (art. 11.2).

La Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre (1950) parece, en cambio, distinguir entre respeto de la vida privada y respeto de la vida familiar: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...” (art. 8.1).

En las Constituciones que se refieren al tema no es infrecuente que aparezca también mencionada la vida familiar en relación con la privacidad. La más clara es la Constitución española: “Se garantiza el derecho ... a la intimidad personal y familiar” (art. 18.1). También la Ley Fundamental de Puerto Rico declara que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su ... vida privada o familiar” (art. 2, sec. VIII). En Chile, la Constitución también alude conjuntamente a la vida privada de la persona y de la familia: “La Constitución asegura a todas personas: ... El respeto y la protección a la vida privada... de la persona y su familia” (art. 19 N° 4)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> WARREN, Samuel, y BRANDEIS, Louis, “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, IV, 1890, N° 5, pp. 193-219.

<sup>3</sup> El texto completo de la disposición (“El respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”) permite comprender que el concepto de vida privada no haya sido habitualmente vinculado con la familia. Aunque debe reconocerse que la inclusión de la familia en la garantía constitucional parece haberse debido a la necesidad de proteger el honor, sobre todo de las personas fallecidas (cfr. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 129ª, p. 13), no es menos cierto que finalmente lo resuelto fue redactar una locución en la que la familia aparece como amparada tanto respecto de la honra como de la vida privada. Hay también

Si observamos las leyes civiles que se han dictado para proteger más concretamente la privacidad, constatamos también la presencia cercana del ámbito familiar. La ley española (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre "Protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen") incluye explícitamente la protección de la intimidad en el grupo familiar, ya desde su mismo título. Señala, además, que la protección civil de la intimidad quedará delimitada, entre otros factores, "atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (art. 2.1)<sup>4</sup>.

La mención que hacen los textos internacionales, constitucionales y legales reseñados, como puede verse, en ocasiones consiste en aludir a la familia como ámbito de la privacidad de la persona, en la cual la vida familiar resulta incluida. En otros casos, el respeto a la vida familiar viene consagrado más bien en forma paralela y como homologándose a la protección que se pretende ofrecer a la privacidad. Son dos perspectivas que conviene explorar por separado.

### 3. ¿Derecho individual a la intimidad familiar y derecho de la familia a su propia privacidad?

La distinción anterior nos brinda desde ya dos puntos de mira para efectuar el análisis de la relación entre derecho de la intimidad y vida familiar. Por una parte, la vida en familia parece ser un aspecto gravitante y esencial del contenido protegible cuando se desea asegurar efectivamente un ámbito de privacidad para las personas individuales. Esto es, las relaciones y hechos vitales que surgen de la vida en familia son un contenido del derecho de las personas que integran el grupo familiar para impedir que ellas sean afectadas por injerencias de terceros.

Indicios serios de que esta idea se encontraba implícita entre quienes trabajaron en la redacción del texto en sus diversas etapas. En el documento llamado "Proposiciones e ideas precisas", redactado por la Comisión Constituyente (*Revista Chilena de Derecho*, vol. 8, 1981, p. 189), se lee lo siguiente: "La vida privada del ser, su vida familiar e íntima debe ser respetada por los demás. Toda injerencia que lesione este derecho debe ser sancionada" (el destacado es nuestro). En los considerandos del Acta Constitucional N° 3, de 11 de septiembre de 1976 (precedente de la actual Constitución), se habla del "respeto a la vida privada de las personas y de sus familias..." (cons. 5°), sin que ello sea óbice para que el texto de la garantía sea del mismo tenor que la disposición vigente (art. 1, N° 10). Finalmente, a mayor abundamiento, en el Informe del Consejo de Estado (*Revista Chilena de Derecho* vol. 8, 1981, p. 392), aun cuando también se mantiene el texto que llegaría a ser el definitivo, se lo explica invirtiendo los términos de honra y vida privada: "se garantiza el derecho al honor y a la vida privada de la persona y su familia".

De todos estos antecedentes, nos parece que queda claro que el constituyente no quiso circunscribir la protección de la familia al valor de la honra, sino que la extendió también a la vida privada.

<sup>4</sup> Otras consagraciones legales más escuetas, como las contenidas en el art. 9 del Código Civil francés, y en el art. 1071 bis del Código Civil argentino, no mencionan expresamente la vida familiar. Pero tanto jurisprudencia y doctrina suelen invocarla para incluirla dentro la conceptualización de la intimidad. Cfr. por ejemplo, FERREIRA RUBIO, Delia, *El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del Código Civil*, Edit. Universidad, B. Aires, 1982, p. 108, y GHERSI, Carlos Alberto, *Derecho Civil. Parte general*, Astrea, B. Aires, 1993, p. 207

En Italia, el derecho a la "riservatezza" es reconocido a pesar de la ausencia de textos normativos expresos. La Corte de Casación, por sentencia de 27 de mayo de 1975, n. 2129, en *GI*, 1976, I, 1, 970, declaró que debía considerarse existente en el ordenamiento italiano ese derecho, dirigido a la tutela de situaciones o vivencias estrictamente personales y familiares. Cfr. BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1990 (reimp. 1996), t. I, p. 167, nt. 58.

Es posible, entonces, hablar de la vida familiar como parte integrante del contenido del derecho a la privacidad.

Pero, por otro lado, cuando los textos intentan aludir también a la vida de familia como un objeto de protección diferenciable de la protección de la vida privada, nos parece que están intentando consagrar un cierto derecho o interés a la privacidad en el funcionamiento de la misma comunidad familiar, y en este sentido cabe preguntarse si la familia, en cuanto tal, es sujeto activo de un derecho al respeto de un ámbito de intimidad y autonomía que le resulta necesario para la obtención de sus fines específicos.

#### 4. *Plan de nuestro estudio*

Nuestro trabajo tratará de incursionar en ambas vertientes. Primeramente, nos referiremos a la vida familiar como aspecto contenido en el derecho a la intimidad de las personas (II), para luego reflexionar sobre si el grupo familiar es también titular de un cierto derecho a la privacidad y en tal caso cómo operaría tal derecho y en qué consistiría (III). Indagaremos luego sobre si puede hablarse de privacidad de la familia como autonomía o soberanía moral, con sus aplicaciones y limitaciones (IV), para concluir sobre cuál debe ser el concepto de familia a utilizar para configurar el derecho a la privacidad, tanto en su vertiente de derecho individual como en la de una facultad de titularidad eventualmente atribuible a la familia como entidad comunitaria (V).

## II. LA VIDA FAMILIAR COMO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES

### 1. *Vida familiar y derecho individual a la privacidad*

Es incuestionable que las relaciones familiares y las circunstancias de la vida familiar integran la vida familiar. Es más, cuando se intenta definir en qué consiste el ámbito de reserva o de intimidad que se pretende proteger cuando se consagra este derecho, el primero que resalta es este aspecto, que muchas veces aparece sin más especificaciones. Veamos algunos ejemplos:

El Congreso de Juristas de Países Nórdicos realizado en mayo de 1967 sobre el derecho al respeto de la vida privada, concluyó que uno de los contenidos primordiales de este derecho era la protección de la persona contra "a) Toda injerencia en la vida privada, familiar y doméstica"<sup>5</sup>.

Los autores que intentan también describir lo que puede estimarse, en una primera instancia, como constitutivo del ámbito privado, suelen mencionar

<sup>5</sup> Las conclusiones del Congreso celebrado en Estocolmo fueron publicadas por la revista francesa *Gazette des Palais* el 26 de agosto de 1967. Son reproducidas por prácticamente todas las monografías dedicadas al tema. Se les ha criticado, aunque reconociendo los méritos de haber realizado un primer intento aproximativo por delimitar el escurridizo concepto de la intimidad, el haber incurrido en el uso de expresiones generales que no indican ningún contenido concreto, como sucede especialmente en el caso de la letra a). Es lo que sostiene NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo veintiuno edit., 4ª edic., México, 1989, p. 39.

siempre la vida familiar. Es lo que sucede en el trabajo del francés Martin, quien tratando de diferenciar la vida pública de la privada, nos dice que esta última podría caracterizarse diciendo que “es la vida familiar, personal del hombre, su vida interior, espiritual, aquello que él lleva cuando quiere mantener la puerta cerrada”<sup>6</sup>. También en Francia, y analizando la jurisprudencia producida en esta materia, se ha dicho que “el ámbito principal de la vida privada es el de la vida familiar... y el de la vida conyugal o sentimental”<sup>7</sup>. En Argentina, Orgaz escribe que el derecho a la intimidad es el que corresponde a “toda persona humana a que sea respetada su vida privada, familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la ‘zona espiritual íntima y reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia’”<sup>8</sup>. En Chile, González Sepúlveda, tal vez el primero en ocuparse de este tema en nuestro país, sigue claramente la doctrina de Martin, al señalar que “la vida privada... es la vida familiar del hombre, su vida interior, espiritual”<sup>9</sup>.

Nos parece que, efectivamente, entre las zonas que deben quedar comprendidas en la vida privada una de las más importantes es la relativa al ámbito familiar, pero es claro que no deben identificarse sin más vida privada y vida familiar. Existen relaciones de familia que son y deben ser de carácter público, pues interesan para estructurar la sociedad e incluso para proteger la misma vida familiar. Otras, en cambio, sólo conciernen a las personas que las viven y forman parte de su intimidad personal.

Por otro lado, no parece conveniente restringir el concepto de privacidad sólo al ámbito familiar. Experiencias, sentimientos, hechos que no dicen relación con la familia pueden quedar bajo el velo protector de la intimidad, amparados de la mirada escudriñadora de terceros.

## 2. Aspectos específicos de la vida familiar que componen la privacidad

Los autores que han pretendido explicitar los contenidos del derecho a la intimidad suelen ser bastante escuetos a la hora de identificar los contenidos específicos de la intimidad familiar. Así, por ejemplo, Lindon, cuando trata de identificar lo que queda comprendido en la vida privada, señala en primer lugar a la vida familiar de la persona, y en ella engloba “especialmente, su filiación, su matrimonio, su o sus divorcios”<sup>10</sup>.

Novoa, al describir los contenidos posibles de la vida privada afirma que estarían comprendidos los “aspectos no conocidos por extraños de la vida fa-

<sup>6</sup> MARTIN, Lucien, “Le secret de la vie privée”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1959, p. 330, aunque duda que estas fórmulas sean seguras para precisar cuándo termina la vida privada y cuándo comienza la vida pública.

<sup>7</sup> CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, “L’information en Droit Privé”, volumen 152 de la Biblioteca de Derecho Privado, editado en París por L.G.D.J., en 1978, pp. 428-429, citado por LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, “Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXIX, sec. Derecho, p. 69.

<sup>8</sup> ORGAZ, Alfredo, “La ley sobre intimidad”, E.D., 60-927, en especial p. 928, citado por FERREIRA RUBIO, D., ob. cit., p. 100.

<sup>9</sup> GONZALEZ SEPULVEDA, Jaime, *El derecho a la intimidad privada*, Edit. Andrés Bello, Santiago, 1972, p. 22.

<sup>10</sup> LINDON, Raymond, *Les droits de la personnalité*, N° 32, citado por GOUBEUX, Gilles, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les personnes*, L.G.D.J., Paris, 1989, p. 276, nt. 131.

miliar, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo"<sup>11</sup>. Nos parece, sin embargo, que quepa exigir que se trate de hechos desdorosos: cualquier circunstancia de la vida doméstica o familiar entra en la órbita de protección de la intimidad, aunque se trate de algo incluso meritorio o encomiable.

Si se hiciera un esfuerzo por individualizar qué aspectos de la vida familiar deben ser considerados integrantes de la intimidad, en un análisis apriorístico, pensamos que podrían mencionarse los siguientes:

- a) Los hechos o declaraciones relativas a las relaciones afectivas o sentimentales prenupciales. Aunque no haya propiamente un grupo familiar aún constituido, es claro que tales relaciones son la necesaria antesala de la conformación de la familia.
- b) Las circunstancias que rodean la celebración de un matrimonio o el nacimiento de un hijo<sup>12</sup>.
- c) Las formas de determinación de la filiación, y en general los grados de parentesco entre las personas. También las circunstancias que rodean la adopción de un hijo.
- d) Los conflictos que se generan en un noviazgo o dentro de la convivencia conyugal o familiar. De allí que los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, así como los referidos a la tuición, emancipación o alimentos en relación con los hijos, gocen normalmente de una reserva legal.
- e) Los acontecimientos de la vida doméstica cotidiana, y en general todos los hechos que se desarrollan en el interior del hogar.
- f) Las ceremonias, ritos, festejos, celebraciones con los que se remarcan ciertas fechas (cumpleaños, aniversarios de matrimonio, santos) o determinados sucesos, sean felices o desgraciados (bautizos, graduaciones, velatorios, funerales).
- g) Los juegos, esparcimientos y actividades de descanso y recreación practicadas por los cónyuges y el grupo familiar.
- h) Los documentos que dan cuenta de los episodios o imágenes de la vida familiar (diarios de vida, álbumes de fotografías, filmaciones familiares).
- i) Los recursos financieros, ingresos familiares, y el patrimonio o fortuna con que cuenta la familia<sup>13</sup>.
- j) La ubicación exacta del domicilio o residencia habitual de la familia, así como también su localización en temporadas de vacaciones o descanso.

Es indudable que toda enumeración en esta materia será incompleta, pero pretedemos haber señalado los hechos, circunstancias y relaciones que, por regla general, quedan amparados por la esfera de reserva protegida por la privacidad, en lo que concierne a la vida en familia.

<sup>11</sup> NOVOA, E., ob. cit., p. 45, agrega también "la vida amorosa y sexual" y los "orígenes familiares que lastimen la posición social, y en igual caso cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil" (p. 46).

<sup>12</sup> La jurisprudencia francesa ha incluido dentro de la esfera de la intimidad, la maternidad y el estado de embarazo. Cfr. GOUBEUX, G., ob. cit., pp. 277-278.

<sup>13</sup> Así los estima la jurisprudencia francesa, al decir de GOUBEUX, G., ob. cit., p. 278: "Solución bastante característica de la sociedad francesa, los recursos financieros y el patrimonio de un individuo o de su familia son considerados como integrantes del dominio reservado de la vida privada".

No pretendemos afirmar, se entiende, que la protección de estos ámbitos de intimidad familiar sea absoluta. Esta protección cede en los casos de necesidad de conocimiento o injerencia por terceros por imponerlo así la misma regulación y organización de la familia. No pueden, por ejemplo, estimarse violatorios del derecho a la privacidad el mismo Registro Civil que debe dar cuenta de los hechos propios del estado civil de las personas. Tampoco lo serán las exigencias de informar el estado civil para aplicar reglas de regímenes matrimoniales o determinar los derechos sucesorios, o la necesidad de que los tribunales conozcan de intimidades familiares para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento<sup>14</sup>.

### 3. Límites a la privacidad individual derivados de la vida familiar

Un problema que no ha preocupado mayormente a la doctrina que se ocupa de este tema es el relativo a la forma en que la vida familiar atenúa, restringe, o incluso suprime, el derecho al respeto de la vida privada individual de sus integrantes.

Es efectivo que si algo tiene de específico la convivencia familiar es el grado de comunión y participación entre sus miembros de todas las circunstancias de la vida. Parece incongruente que alguien exija a su cónyuge, hijos o familiares *the right to be let alone*: el derecho a ser dejado solo o en paz. Hay en la familia, por el contrario, un cierto deber de abrir la propia intimidad y de comunicar las experiencias y vicisitudes personales para fortalecer la solidaridad moral y afectiva del grupo<sup>15</sup>. Ya Modestino hablaba del matrimonio como *consortium omnis vitae* (D. 23. 2. 1).

¿Querrá decir esto que entre cónyuges o entre padres e hijos no puede hacerse valer un derecho a la intimidad más personal?

Para algunos autores la vida familiar no excluye la protección de la privacidad individual, y por ello se afirma que un cónyuge no puede lícitamente imponerse de la correspondencia de su marido o mujer, sin previa autorización, y lo mismo sucedería entre padre e hijos<sup>16</sup>.

Nos parece que esto es una exageración que desconoce la realidad de la convivencia familiar. Indudablemente, el derecho a la privacidad personal no desaparece frente a la vida en familia, pero es también evidente que se reduce y restringe a sus más estrictos límites. Si bien podrá ser indecoroso, incorrecto que la mujer revise los bolsillos de los pantalones del marido o lea su correspondencia, no creo que pueda considerarse dicha conducta como un comportamiento antijurídico, lesionante de los derechos fundamentales de su cónyuge. Menos

<sup>14</sup> En este sentido, BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, 11ª edic., B. Aires, 1996, t. I, p. 294.

<sup>15</sup> Cfr. DOGLIOTTI, M., "Le persone fisiche", en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno. Utet, Torino, reimp. 1997, t. I, vol. 2, p. 157: "La obligación de asistencia y colaboración, sobre bases absolutamente paritarias, entre los cónyuges, pero también la obligación del hijo a hacer su contribución material —y moral— a la familia, postulan la exigencia de un intercambio, una circulación de ideas y experiencias necesarias o útiles para la mejor realización de los objetivos de esta".

<sup>16</sup> Cfr. HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, 2ª edic., Madrid, 1994, p. 84. Igualmente, DOGLIOTTI, M., ob. cit., p. 158, piensa que no es aceptable por ningún motivo la interceptación telefónica o de la correspondencia de un cónyuge por parte del otro.

cabe decir de los progenitores en relación con los hijos menores de edad, en los que el derecho y deber de criarlos y educarlos impone a los padres la necesidad de conocer la forma en que están encaminando sus vidas individuales<sup>17</sup>.

Otra cosa será el que se prohíba, salvo causa legítima<sup>18</sup>, que se difundan o publiciten los hechos de los que se ha tomado conocimiento en virtud de esa intimidad familiar.

En todo caso, es claro que la vida familiar no excluye totalmente una zona de intimidad más personal, aunque las injerencias sean repelidas por los medios propios del Derecho de Familia, más que por los mecanismos de tutela de la persona<sup>19</sup>.

### III. LA FAMILIA COMO POSIBLE SUJETO DE UN DERECHO A LA PRIVACIDAD

#### 1. *Planteamiento del problema*

Después de analizar el contenido de la vida familiar en relación con el derecho individual a la privacidad, nos corresponde enfrentar lo que, a nuestro juicio, es el problema más agudo en relación con la configuración de la intimidad de la familia. Consiste en averiguar hasta qué punto, con qué límites y con qué naturaleza, puede reconocerse a la misma comunidad familiar como sujeto de un interés o derecho a ser respetada en un ámbito o esfera de desarrollo o funcionamiento, que debe ser sustraído del conocimiento o de la injerencia de agentes externos.

¿Es la familia, como tal, sujeto del derecho a la privacidad? ¿O más bien se trata de un derecho que corresponde exclusivamente a los individuos que establecen relaciones familiares, pero que no puede predicarse del grupo o conglomerado que ellos conforman?

Pensamos que se trata de una cuestión digna de plantearse, puesto que puede claramente reconocerse un interés colectivo que cabe atribuir a todo el grupo familiar a que no se vulnere la intimidad o reserva de los asuntos internos, interés que parece independiente del derecho a la intimidad personal o individual de los miembros. ¿Es este interés un sustrato suficiente para considerarlo un derecho subjetivo, en el sentido técnico del término?

<sup>17</sup> Según la obra de VERDUGO, M., PFEFFER, E., y NOGUEIRA, H., *Derecho constitucional*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. I, p. 251, el principio de la inviolabilidad de la comunicación privada no rige "respecto de los cónyuges e hijos menores". En efecto, el Código Penal chileno excluye la ilicitud de la apertura o registro de la correspondencia o de los papeles privados, si ello sucede entre cónyuges o entre padres o guardadores e hijos o menores que se hallen bajo su dependencia (art. 146).

<sup>18</sup> Se acepta así que las cartas de un cónyuge o dirigidas a él por un tercero, sean invocadas por el otro cónyuge en un juicio por ruptura matrimonial. Cfr. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1950, t. XII, N° 2089, p. 726, quien refiere la discusión entre los autores franceses sobre si el marido o la mujer pueden hacer valer en juicio las cartas del otro, aunque las hayan obtenido por medios inmorales o dolosos. En el mismo sentido. BORDA, G., ob. cit., t. II, p. 176.

<sup>19</sup> Estamos de acuerdo con DOGLIOTTI, M., ob. cit., p. 158, cuando afirma que no parece posible identificar un criterio general que defina con precisión los términos y los límites de la tutela a la privacidad en la vida familiar, por lo que deberá juzgarse la cuestión caso por caso, y siempre teniendo en cuenta que el punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas puede variar de tiempo en tiempo y de lugar en lugar.



Como veíamos al comienzo, hay textos normativos expresos que amparan, a la vez, la vida privada y la "vida familiar", o que protegen "la intimidad personal y familiar". La Constitución chilena asegura el derecho al respeto y protección de la vida privada "de la persona y su familia". ¿No estaremos entonces ante un reconocimiento de una cierta subjetividad jurídica de la misma familia para reclamar el amparo de su intimidad?

## 2. Personalidad jurídica de la familia y titularidad subjetiva

Inmediatamente la cuestión anterior nos pone frente a la vieja cuestión de si la familia debe ser reconocida como persona jurídica. Es indudable que una conclusión afirmativa podría allanar el camino para construir un derecho autónomo a la privacidad familiar.

Es efectivo que no es un punto pacífico en doctrina el que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos de este derecho, y hay quienes lo niegan, sobre todo tratándose de entidades con fines de lucro. Pero es también indudable que, afirmada la subjetividad jurídica general de la familia (como persona jurídica), difícilmente podría negársele el derecho a proteger un ámbito de privacidad en sus relaciones internas.

No podemos, sin embargo, despachar fácilmente el tema, dado que las antiguas proposiciones de algunos autores franceses en orden a conceptualizar a la familia como una verdadera y auténtica persona moral han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina. Nosotros mismos, en escritos anteriores, hemos optado por descartar esta opción, incluso de *lege ferenda*. En efecto, hemos estimado que la atribución del régimen estatutario de las personas jurídicas a una institución tan íntima, vital y dinámica como la familia puede conllevar más dificultades que ventajas para su desarrollo<sup>20</sup>.

Pero el hecho de que se niegue que la familia sea persona jurídica propiamente tal, no debiera conducir a la conclusión de que ella carece de todo tipo de subjetividad<sup>21</sup>. Si la doctrina incluso reconoce ciertas formas de titularidad de derechos y obligaciones a organismos que no se han constituido como personas jurídicas formales<sup>22</sup>, ¿cómo negarle toda posibilidad de protección vía el amparo de derechos fundamentales, a una comunidad tan arraigada socialmente como la familia?

<sup>20</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Universidad de los Andes, Santiago, 1994, pp. 15 y ss.

<sup>21</sup> En contra, parece opinar MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de Familia*, Depalma, 3ª edic., B. Aires, 1995, t. I, p. 61, quien sostiene que "no aceptamos por ello que el discernimiento de un interés familiar sea suficiente para erigir a la familia en sujeto, en titular de los derechos subjetivos que la ley reconoce discriminadamente a sus integrantes".

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, la Corte de Casación italiana, por sentencia de 16 de noviembre de 1976, n. 4252, *FI* I, 1482 ss. determinó que el "ente colectivo" aunque sin personalidad jurídica constituye un sujeto, por cuanto es considerado por el ordenamiento como centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, del todo distinto a los sujetos que lo componen. Cfr. BRESCIA, U., BIGLIAZI, L., NATOLI, U. y BRUSNELLI, F., *Derecho Civil*, trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, t. I, p. 106. En este libro se sostiene que "ciertos aspectos de la personalidad miran no solamente al ser humano (o sea a la persona física) sino también a las personas jurídicas y a los entes no reconocidos. Así, en lo que concierne, por ejemplo, a la 'tutela' de los rasgos distintivos... de la sede... o del honor de los grupos particulares, estén o no reconocidos como personas" (t. I, p. 393).

¿Cuando los textos internacionales o constitucionales hablan de la familia como sociedad natural, institución fundamental para la sociedad, no la están reconociendo como portadora de ciertos intereses cuya protección pueden ser reclamados a su nombre? La Constitución chilena dice expresamente que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1). Es manifiesto, entonces, que con ello le reconoce un grado de subjetividad como entidad diferente de los individuos que la conforman<sup>23</sup>.

No han faltado autores que han atisbado este reconocimiento en relación con la intimidad, aunque sin declararlo en forma categórica. Así, por ejemplo, HERRERO-TEJEDOR sostiene que “junto a la intimidad de los miembros que componen la familia, se encuentra la intimidad familiar en sí misma, como grupo nuclear, que participa de los mismos poderes de exclusión que los referidos a la intimidad personal”<sup>24</sup>. Si existe este bien jurídico de naturaleza colectiva, como diverso del bien individual, es lógico, pensamos, predicar del grupo familiar el interés y la titularidad para reclamar su protección.

### 3. *Una explicación poco convincente*

Para evitar la conclusión de que la familia es titular del derecho a la privacidad, algunos autores y decisiones jurisprudenciales argumentan sobre la base de un cierto “efecto reflejo” del derecho a la vida privada individual.

Se piensa que el hecho de que se permita reclamar por la injerencia indebida en un asunto familiar, a alguien que no es la persona individualmente afectada, puede explicarse aduciendo que la lesión del derecho individual a la intimidad familiar produce como consecuencia un atentado al derecho a la privacidad de los demás componentes de la familia, legitimándolos así para actuar en su propio nombre.

La tesis del “atentado reflejo a la intimidad familiar” puede apreciarse en algunas decisiones jurisprudenciales que, aunque logran impartir justicia en el

<sup>23</sup> Lo ha afirmado en forma categórica el profesor SOTO KLOSS, Eduardo, “La familia en la Constitución Política”, en *Revista Chilena de Derecho* vol 21, 1994, p. 225: “la familia —en la Constitución— basada en el matrimonio, comunidad conyugal entre un hombre y una mujer, es un sujeto que ella reconoce y que posee derechos fundamentales que toca al Estado, como deber jurídico, proteger y fortalecer en su configuración, en su desarrollo y en su perfeccionamiento, como núcleo fundamental que es de la sociedad”.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia de 30 de octubre de 1995. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. XXII, sec. 6ª, p. 186, conociendo de la constitucionalidad sobre algunas normas del proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo, ha afirmado que los derechos constitucionales deben interpretarse armónicamente con la “autonomía de los cuerpos intermedios”: “Las normas constitucionales —dijo el Tribunal— deben ser interpretadas en forma armónica y sistemática y si se reconoce a las personas el derecho de opinar y de informar, y por otra parte se garantiza a los cuerpos intermedios de la comunidad su adecuada autonomía, se desprende con claridad que ninguna norma legal puede obligar a las personas naturales o jurídicas a dar una información u opinión o a inmiscuirse en la autonomía que deben tener los grupos intermedios de la comunidad, entre los que se cuentan los medios de comunicación social” (cons. 22). Aunque la sentencia se refiere a los medios de comunicación, parece que con mayor razón debiera predicarse la doctrina de fondo en relación con la familia, sociedad intermedia fundamental.

<sup>24</sup> HERRERO-TEJEDOR, F., ob. cit., p. 84, aunque reconoce que “el concepto de intimidad familiar no es de fácil precisión”.

caso concreto, intentan seguir adheridas a la tesis tradicional de que sólo las personas individuales gozan del derecho al respeto de su vida privada.

La jurisprudencia francesa ha afirmado, por ejemplo, que los atentados a la vida privada de una mujer casada constituyen igualmente ataques a la intimidad de su marido<sup>25</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en el caso de difusión de las imágenes con escenas de la corrida y de la enfermería de la Plaza de Toros de Pozoblanco donde fue cornado de muerte el famoso torero apodado "Paquirri", señaló que "no cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido" (STC 231/88, de 2 de diciembre). En el mismo sentido, otra sentencia estima vulnerada la intimidad de los padres adoptivos, por el atentado a la privacidad del menor adoptado que consiste en la indagación y difusión pública de su filiación (de origen extramatrimonial) y de las características de su madre biológica: "el derecho a la intimidad se extiende —afirma el fallo— no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo..." (STC 197/91, de 17 de octubre).

La construcción del "atentado reflejo" no parece suficiente, sin embargo, para dar cabida cuenta de la automaticidad de este efecto: si en el fondo lo que legitima para actuar es la lesión en la propia intimidad, ello no puede suponerse siempre en caso de relación conyugal o familiar, y habría que distinguir caso por caso.

Más lógico, e incluso menos forzado, es sostener que en todas estas situaciones, junto con la lesión individual de la intimidad familiar, se ha cometido una vulneración de la intimidad de la familia, en cuanto entidad colectiva, y que en su virtud están legitimados para obrar cualquiera de los integrantes del grupo, aunque su intimidad individual no haya sido directamente afectada.

#### 4. *Subjetividad de la familia frente a la privacidad. Consecuencias*

Planteadas la titularidad de la familia como tal en relación con la protección jurídica de la vida privada, se aclaran numerosas cuestiones que sólo imperfectamente encuentran explicación bajo la tesis de que dicho derecho sólo corresponde a los miembros individuales del grupo familiar.

Tres consecuencias importantes podemos extraer del reconocimiento de la titularidad subjetiva de la familia en el plano de la privacidad: 1º) La legitimación para actuar en caso de lesión de la intimidad familiar, de cualquiera de sus integrantes; 2º) La insuficiencia del consentimiento individual de uno o de algu-

<sup>25</sup> Cfr. HERRERO-TEJEDOR, F., ob. cit., p. 83. Cita sobre este punto a Roux, "La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers", París, 1983, p. 11, quien sostiene que la vida privada de una persona no afecta forzosamente a elementos relativos a ella sola, y que puede afirmarse la existencia de una "vida privada familiar" común a un cierto número de personas (esposos, padres, hijos).

nos integrantes del grupo para excluir la antijuridicidad del acto invasivo de la privacidad familiar; y 3ª) La protección de la vida privada de las personas fallecidas.

a) Legitimación activa indeterminada

Estando en juego, no la intimidad personal de alguno de los integrantes de la familia, sino de toda la entidad, cualquiera de aquellos podrá ejercer, a nombre de la familia, el derecho a que se respete la zona de reserva o privacidad que le corresponde<sup>26</sup>.

La legitimación se refiere a la posibilidad de adoptar medidas preventivas, que eviten un atentado que amenaza seriamente con sobrevenir, o de medidas que se dirijan a hacer cesar la injerencia indebida. También cabrá la reclamación de medidas reparadoras que intenten resarcir en especie el daño causado (por ejemplo, con la difusión de aclaraciones o rectificaciones de los hechos publicitados).

No parece posible, empero, admitir la demanda de un resarcimiento en equivalente pecuniario. La familia, no siendo persona jurídica ni teniendo titularidad patrimonial, carece de la posibilidad de gozar de una indemnización valorada en dinero.

b) Consentimiento legitimante

Cuando se trata de hechos, relaciones o circunstancias que conciernen a la vida familiar en su conjunto, y no sólo a una o más personas individuales, el que una de ellas haya consentido en la injerencia y en su posterior difusión pública, no es causa suficiente de legitimación de la conducta invasiva. Tampoco lo sería el consentimiento de aquellos integrantes de la familia que estén personalmente involucrados en la materia que se pretende dar a conocer o revelar al público. Si es correcto que existe un derecho de la misma familia a la vida privada, tal derecho debe poder ejercerse en virtud de la reclamación de cualquier integrante de la comunidad familiar, con independencia de que el agente que ha incurrido en la injerencia haya actuado con el acuerdo de otro u otros de sus miembros.

Incluso puede discutirse que el derecho a la vida privada de la familia sea disponible por el consentimiento conjunto de todos sus integrantes, ya que podría afirmarse, con propiedad, que estamos ante un derecho que, correspondiendo a la familia y no a las personas que la conforman, resulta indisponible incluso

<sup>26</sup> En las Actas de la Comisión Constituyente existe constancia que la inclusión de la familia en la garantía protectora de la vida privada y de la honra, no se agota en la protección de las personas fallecidas y que se extiende a las personas vivas. Así lo dejó establecido el miembro de la Comisión, Sr. Jorge Ovalle, quien declaró que "el ámbito de la disposición no sólo debe extenderse a las personas fallecidas. Por ejemplo, si se le dice a un político: 'Usted tiene una familia miserable', no se le injuria a él únicamente sino a la familia en su conjunto. -'En la familia de tal autoridad hay defincuentes'. Eso no afecta a la honra personal, porque nadie tiene la culpa de lo que son sus familiares, pero se protege un concepto que escapa del mero valor de la persona y se lo extiende hacia el núcleo básico de la sociedad que es la familia.- Por esa razón, cree que no se trata sólo de los casos de las personas fallecidas. También puede prestarse a dudas la situación de las personas vivas. Y como la familia es la comunidad básica por excelencia de la sociedad, estima que este valor-familia debe tener una protección específica" (*Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 129ª, pp. 13-14). Lo que se dice para la honra, es plenamente aplicable a la privacidad.

por la sumatoria de voluntades individuales. Pero, por otro lado, si el tercero ha obrado con el consentimiento del mismo familiar que ahora pretende ejercer el derecho y reclamar responsabilidades, será aplicable la doctrina de los actos propios y se le impedirá desconocer en su beneficio la conducta con la que él mismo facilitó la lesión reclamada.

c) La privacidad de los fallecidos

Una debatida cuestión en doctrina y jurisprudencia es la de si la protección de la vida privada alcanza también a las personas que han muerto. La tendencia del ámbito europeo y latino es conceder protección a la privacidad, también respecto de personas desaparecidas, habiendo discusión sólo sobre quiénes pueden actuar por ellas. Algunos piensan que únicamente los parientes<sup>27</sup>, mientras otros sostienen que debe abrirse la legitimación también para los herederos o incluso para el Ministerio Público<sup>28</sup>. La ley española, aunque da preferencia a la familia, contempla la posibilidad de actuación del Ministerio Fiscal (art. 4).

A nuestro juicio, y sin entrar en la cuestión de los herederos extraños o del Ministerio Público, la protección de los fallecidos encuentra una explicación coherente y consistente desde el punto de vista dogmático, si se admite que en tales casos la privacidad afectada es la de la familia a la que pertenecen, y que en su protección están habilitados para actuar los parientes, sean o no herederos.

En la sentencia del caso "Paquirri", el Tribunal Constitucional español tuvo que hacerse cargo de la cuestión de si podía proceder el amparo constitucional en función de derechos de un individuo cuya personalidad se había extinguido. Sostuvo el Tribunal, con estricta lógica, que respecto del derecho de imagen no podía pronunciarse, ya que se trataba de cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, no tenían ya dimensión constitucional. Pero añadió en seguida: "Sin embargo, junto a ello, la demanda de amparo presenta una segunda perspectiva, como ya dijimos: se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia, 'afectada en su dolor', 'intimidad', y, más específicamente, su viuda, y hoy demandante..." (231/88, de 2 de diciembre)<sup>29</sup>.

Recientemente, la Corte de Apelaciones de París, frente a la publicación de fotografías de los restos mortales del ex Presidente François Mitterrand, estimó que se había vulnerado la vida privada, frente al reclamo efectuado por su viuda y sus hijos. El fundamento de la sentencia discurre por una noción más vaga de la titularidad del derecho a la privacidad, que no sería una persona, sino "otro", término genérico dentro del cual cabe incluir al fallecido<sup>30</sup>. Parece claro, sin em-

<sup>27</sup> NOVOA, E., ob. cit., p. 62, quien considera que, tratándose de un derecho personal, no cabe transmisión hereditaria.

<sup>28</sup> FERREIRA RUBIO, D., ob. cit., pp. 153-154.

<sup>29</sup> Posteriormente, el Tribunal tiende en cambio a acoger la tesis del "efecto reflejo", más que la de la titularidad de la familia: "Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares".

<sup>30</sup> La sentencia estableció lo siguiente: "El hecho de tomar fotografías del cadáver implica indiscutiblemente un atentado a la intimidad de la vida privada de otros cualesquiera que sean los análisis que se pueda hacer sobre el punto de saber si la noción de otros se refiere al fallecido o a sus causahabientes, atendida la generalidad del término. Esta noción designa al 'otro' a quien se debe respeto en razón de su condición de ser humano, que no se reduce al punto de saber si puede o no todavía ser titular de derechos privados después de su deceso" (Corte de Apelación de París, 2 de julio de 1997, en *Recueil Dalloz* 1997, p. 596).

bargo, que lo que la sentencia estaba protegiendo no era propiamente la intimidad de Mitterrand, ya fuera de los umbrales de este mundo, sino más bien la privacidad de su familia.

Así lo entiende el profesor de Toulouse, Bernard Beignier, en nota a la sentencia. En su opinión, en el caso había dos atentados: uno al valor de la "paz de los muertos", y otro a la intimidad de la familia: "es violar la intimidad de una familia en duelo aprovecharse de la ocasión para introducirse en su apartamento (su 'intimidad') y robar una imagen del ser querido que ella llora...". Aunque ambos valores se fundan en el respeto a la persona humana, la distinción entre vulneración de la privacidad de la familia y deber de dejar a los muertos en paz es necesaria: "la distinción impone separar al muerto de su familia. A los vivos, la intimidad; a los muertos, la eternidad: es también justicia distributiva"<sup>31</sup>.

Estamos completamente de acuerdo con este planteamiento, la protección de la privacidad de las personas fallecidas debe reconducirse a la intimidad de la familia. En el sistema chileno, esta conclusión encuentra apoyo en la historia del establecimiento de la norma que consagra el derecho a la vida privada. En efecto, se dejó constancia en las Actas de la Comisión Constituyente que la mención de la familia decía relación con la posibilidad de reclamar por atentados a personas ya fallecidas<sup>32</sup>.

#### IV. LA PRIVACIDAD DE LA FAMILIA Y SU AUTONOMÍA MORAL

##### 1. *De la protección de la vida privada a la garantía de la libre elección en materias morales*

Uno de los aspectos hacia los que se ha ido extendiendo el ámbito del derecho a la privacidad, además de la tranquilidad para vivir lo íntimo y de impedir su difusión o publicación, es el relativo a la autonomía de las personas para decidir sobre el curso y la orientación moral de sus propios actos. Paradigmático es en este sentido la evolución que el derecho a la privacidad ha tenido en los Estados Unidos, en los que después de incluirse su lesión dentro de la teoría de los *torts*, fue reconducido a la 14ª enmienda de la Constitución y ha determinado que diversas regulaciones legislativas hayan sido reprobadas por la Corte Suprema, por pretender imponer modos o estilos de vida particulares que atentarían contra la autonomía moral de los individuos<sup>33</sup>. Según Dworkin, la privacidad puede tener tres sentidos: es territorialidad cuando se permite hacer

<sup>31</sup> BEIGNIER, Bernard, nota a las sentencias de la C. de Apelación de París, 2 de julio de 1997 y 6 de mayo de 1997, en *Recueil Dalloz* 1997, p. 598. En Chile, LYON PUELMA, Alberto, *Teoría de la personalidad*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, p. 95, parece compartir esta misma posición: "la privacidad de las personas fallecidas no protege los intereses de esa misma individualidad que ya no existe sino la de aquellos que se encontraron ligados a ella por vínculos de sangre o parentesco que deben ser definidos por la legislación común".

<sup>32</sup> *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 129ª, pp. 13-14.

<sup>33</sup> La evolución desde del terreno de los daños y perjuicios a la afirmación de un derecho constitucional a la privacidad, comenzó a partir de 1950. Cfr. PROSSER y KEETON, *On torts*, West Publishing, 5ª edic., Minnesota, 1984, p. 866.

a las personas lo que quieran dentro de un espacio físico determinado; es confidencialidad, cuando se desea mantener en reserva ciertos hechos o preferencias privadas; y, finalmente, es soberanía en la toma de decisiones personales. De esta manera, el fallo de *Roe versus Wade* que en 1973 declaró lícito el aborto, se fundamenta en este último aspecto de la privacidad<sup>34</sup>.

Por similares derroteros ha ido la Corte Europea de los Derechos Humanos, la que ha aseverado que el respeto a la vida privada no sólo supone la no intervención del Estado en las decisiones morales de las personas (obligación negativa), sino incluso un deber positivo de amparar y promocionar ese ámbito de soberanía<sup>35</sup>.

Nuestro propósito es elucidar si este aspecto de la privacidad, que se invoca respecto del derecho individual a la intimidad, puede predicarse también de la familia como entidad colectiva. Nuestra respuesta a esta cuestión no puede ser sino afirmativa. Puesto que si ya hemos defendido la subjetividad jurídica de la familia para defender su privacidad, en el terreno de la tranquilidad y del control de la información reservada, sería pecar de incoherencia querer excluirla de la autonomía o soberanía moral que parece ser la cúspide del derecho a la intimidad. También toda familia, por el hecho de ser tal, debe gozar del respeto de los poderes públicos en orden a no ser interferida y a la posibilidad de cumplir sus propios fines específicos, de la manera que el mismo grupo familiar libremente haya determinado.

En Chile, la misma Constitución destaca el deber del Estado de proteger y amparar la autonomía de los cuerpos intermedios, y la familia es el más relevante de todos ellos. No extraña entonces que la Carta Fundamental la declare núcleo fundamental de la sociedad, y que obligue al Estado a protegerla y a propender a su fortalecimiento. Es claro que existe entonces un ámbito en el que la familia es soberana y autónoma frente a la comunidad política<sup>36</sup>, la que no sólo debe respetar y no agredir negativamente la intimidad familiar sino adoptar medidas que tiendan a fortalecer esa autonomía cuando, por diversas circunstancias agresivas, ella se vea debilitada.

En Italia, sobre la base del art. 29 de la Constitución que reconoce "los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio", se ha escrito que "con la fórmula solemne la Constitución entiende atestiguar que la familia es parte esencial de la sociedad jurídicamente organizada y es parte dotada de autonomía, esto es, de la capacidad de gobernarse por sí, de-

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 73-74.

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia de 22 de abril de 1997, en *Recueil Dalloz* 1997, p. 583, la Corte sostiene que "si bien el artículo 8 [de la Convención Europea de los Derechos Humanos] tiende en lo esencial a premunir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede engendrar, además, obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado a título de esta disposición no se presta a veces a una definición precisa...".

<sup>36</sup> SOTO KLOSS, E., ob. cit., p. 225, sostiene que "hay un poder en la familia, y poder jurídico, que se impone al Estado, quien carece de atribuciones para vulnerar los derechos que ella posee como comunidad básica o núcleo fundamental...". Aunque sin referirlo expresamente a la familia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que "la autonomía de los cuerpos asociativos... se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismo; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente..." (sentencia de 7 de marzo de 1994, rol 184, cons. 7, letra d)).

rivada de su calidad de sociedad, o mejor de comunidad, naturalmente existente"<sup>37</sup>.

Que la familia goza de una privacidad entendida como una cierta soberanía nos recuerda las reflexiones que SS. Juan Pablo II efectuaba en el Año Internacional de la Familia, al sostener que "la familia, como comunidad de amor y de vida, es una realidad social sólidamente arriagada y, a su manera, una sociedad soberana, aunque condicionada en varios aspectos" y que "conviene hacer realmente todos los esfuerzos posibles para que la familia sea reconocida como sociedad primordial y, en cierto modo, 'soberana'. Su 'soberanía' es indispensable para el bien de la sociedad"<sup>38</sup>.

## 2. Aplicaciones posibles del reconocimiento de la autonomía familiar

Las aplicaciones que pueden hacerse en virtud de un reconocimiento de la privacidad familiar como autonomía de la familia son innumerables, y resulta imposible pretender identificar y describirlas todas.

No obstante, parece oportuno destacar aquellas que presentan mayor relieve en las sociedades de tradición occidental.

Una primera materia que sin duda debe comprenderse dentro de la privacidad de la familia, es lo referido al ejercicio de las facultades generativas. La decisión de procrear, de cuántos niños se engendran y bajo qué intervalos de tiempo debe ser tomada responsablemente por cada pareja conyugal. El Estado no debiera intervenir en la adopción de estas medidas familiares, sino únicamente favorecer que ellas se adopten con un máximo de información y responsabilidad. Nos parece que la intimidad familiar, entendida como autonomía, se opone a los planes masivos de esterilización femenina o masculina, aun cuando ellos se funden en supuestos fines sociales relacionados con el control del crecimiento de la población.

<sup>37</sup> SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, en *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, dirigido por G. Cia, G. Oppo y A. Trabucchi, Cedam, Milano, 1992, t. II, pp. 491-492. Según este jurista, "la autonomía de la familia respecto al ordenamiento de la sociedad general significa que la familia tiene un propio interés de grupo que perseguir y que debe poder realizar, hasta donde sea posible, con sus propios medios" (p. 492).

<sup>38</sup> JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, N° 17 (el destacado es nuestro). En el mismo documento el Papa asevera que "los derechos de la familia no son simplemente la suma matemática de los derechos de la persona, siendo la familia algo más que la suma de sus miembros considerados singularmente. La familia es comunidad de padres e hijos: a veces, comunidad de diversas generaciones. Por eso su subjetividad, que se construye sobre la base del designio de Dios, fundamenta y exige derechos propios y específicos". El Pontífice había ya consignado en la exhortación apostólica *Familiaris consortio* (1981) que la Iglesia Católica defiende los derechos de la familia, dentro de los cuales se encuentra el derecho "a la intimidad de la vida conyugal y familiar" (N° 46). Por su parte, en 1983 la Santa Sede dio a conocer el texto llamado Carta de los Derechos de la Familia, en la cual se incluye expresamente el derecho a la intimidad familiar: el art. 6 establece que la familia tiene el derecho de existir y progresar como tal, y que "a) Las autoridades políticas deben respetar y promover la dignidad, justa independencia, intimidad, integridad y estabilidad de cada familia" (art. 6) (el destacado es nuestro). Además se incluyen específicamente algunos de los contenidos esenciales de la intimidad familiar como el derecho de los esposos a decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear (art. 3), el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas (art. 5), y el derecho de cada familia a vivir libremente su propia vida religiosa en el hogar (art. 7).



Del mismo modo, forma parte de la privacidad familiar la forma en que los padres educan a sus hijos. No cabe aceptar tampoco injerencias de las autoridades estatales que pretendan dirigir la educación de los niños de una manera diversa a la deseada por los progenitores. La elección del establecimiento educacional en el que los hijos aprenderán la enseñanza formal debe ser una facultad privativa de la familia. El Estado, en su deber no sólo de abstenerse de intrusiones indebidas, sino de promover o fomentar la privacidad de la familia (como justa autonomía), debiera aspirar a otorgar el máximo de igualdades (mediantes becas, subsidios, etc.) que permitan a los padres escoger el establecimiento que ellos desean para sus hijos (sea público o privado), y no resignarse con el que les imponga el aparato estatal<sup>39</sup>.

La familia ha de gozar también de privacidad en lo relativo al ejercicio de la sexualidad, de modo que no resulta aceptable que, ni directa ni indirectamente, el Estado promueva ciertos medios de contracepción, ni menos que en esas promociones privilegie unos en desmedro de otros<sup>40</sup>. Así, por ejemplo, las campañas públicas que aparecen recomendando el uso de preservativos en las relaciones sexuales, aunque se inspiren en el propósito de prevenir el contagio del sida u otras enfermedades de transmisión sexual, a nuestro juicio vulneran la privacidad familiar, sobre todo si, por su intensidad e incisividad, llegan a convertirse en una verdadera imposición social o manipulación psicológica, principalmente para los sectores sociales culturalmente más desguarnecidos.

Debiera también hacerse un esfuerzo por evitar la judicialización de las discrepancias familiares, que constituyen una lesión a la privacidad familiar. Instancias de mediación o composición de los conflictos matrimoniales y familiares, que propendan a que las decisiones familiares sean adoptadas de un modo concertado, parecen garantizar mejor el derecho a la privacidad de la familia<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> En Estados Unidos, la Corte Suprema resolvió que la Constitución protege el derecho de los padres a llevar a sus hijos a una escuela privada o a una escuela en la que se enseñe un idioma extranjero (*Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390, 1923; *Pierce vs. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 1925). Cfr. *DWORKIN, R.*, ob. cit., p. 74.

<sup>40</sup> La Corte Suprema estadounidense declaró en el caso *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), que la ley no puede prohibir a los casados adquirir anticonceptivos. Posteriormente, otra sentencia extendió este derecho incluso a los adolescentes no casados (*Carey vs. Population Services International*, 431 U.S. 678, 1977). La privacidad sirvió de fundamento a ambas sentencias. Según *DWORKIN, R.*, ob. cit., p. 74, aunque en el primer fallo parece aludirse a la privacidad como territorialidad (se invoca que la ley no puede entrar en el dormitorio conyugal), lo cierto es que se basan en la privacidad entendida como soberanía o autonomía moral. Así lo afirma otra sentencia dictada en la misma materia: "Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones del gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o de tener un hijo" (*Eisenstad vs. Baird*, 405 U.S. 438, 453, 1972) (Cfr. *DWORKIN, R.*, ob. cit., p. 141). Es curioso cómo la Corte reconoce el derecho respecto del núcleo conyugal, para luego extenderlo (de manera muy discutible) de la misma manera a los individuos, sin tener en cuenta que nadie puede procrear por obra de una decisión exclusivamente individual.

Por otro lado, aunque sea cierto que la sociedad no debe castigar penalmente el uso de anticonceptivos por aplicación de la privacidad familiar, no puede dejarse de reconocer que tampoco debiera tratar de imponer su uso, ni menos con campañas publicitarias que tienden a ignorar o desprestigiar la eficacia de los métodos naturales de planificación familiar basados en los ciclos fecundos de la mujer. El Estado, en atención al respeto debido a la privacidad de la familia, debiera más bien abstenerse de apoyar o promover la "planificación familiar", puesto que toda decisión al respecto es asunto de incumbencia de las personas y de sus familias.

<sup>41</sup> Sobre este punto véase el trabajo de *MEULDERS-KLEIN, Marie Therese*, "Les modes alternatifs de réglemant des conflicts en matière familiale. Analyse comparative", en *Revue*

Ello no obsta, como diremos en el apartado siguiente, a que la autoridad estatal no pueda intervenir e imponer soluciones cuando la autonomía familiar se convierte en una excusa para violentar derechos o garantías individuales o para facilitar abusos o conductas gravemente contrarias al bien común social y familiar.

Finalmente, merecería replantearse si la imposición legal de la disolubilidad del vínculo matrimonial, incluso contra la voluntad expresa de los contrayentes (como se ha legislado en la mayor parte de los países occidentales en las últimas dos décadas al configurar legalmente la teoría del llamado "divorcio-remedio" con cláusula de irrenunciabilidad de la acción), lesiona así mismo la soberanía que debe reconocerse a la familia. Ello por cuanto la autoridad estatal (a través de la ley y del juez que la aplica), interviene declarando resuelto o extinguido un vínculo que se ha querido y se ha asumido como vitalicio. No puede negarse que hay aquí una injerencia del Estado, que no resulta justificada<sup>42</sup>.

### 3. *Los límites a la autonomía de la familia*

Es evidente que la privacidad de la familia, en su aspecto de soberanía moral, no puede absolutizarse, ni para vulnerar los derechos individuales de sus miembros ni para desconocer las legítimas competencias de la sociedad. La familia no puede concebirse ni como un ente que anula la autonomía personal de sus integrantes, ni como un feudo en permanente hostilidad frente a la comunidad organizada. La familia debe ser entendida, a la vez, como comunidad en la que se canalizan las aspiraciones de desarrollo personal, y como sociedad intermedia que se inserta armónicamente en la comunidad política (unión de familias).

De esta forma, pensamos que no podría invocarse el derecho a la privacidad familiar (como tampoco el derecho a la vida privada individual de cualquiera de sus miembros), para amparar atentados contra la vida, la integridad física o psíquica, y otros derechos fundamentales de las personas que componen la familia. El Estado tiene competencia para regular y sancionar razonablemente los actos que constituyan violencia intrafamiliar. En Chile, la Ley N° 19.325, de 1994, tipifica justamente este tipo de atentados.

Por esta razón genérica, pensamos que no puede sostenerse que la privacidad sea suficiente argumento para exigir la despenalización del aborto (llamado con cierto eufemismo interrupción del embarazo) y la consiguiente privación de la vida del niño no nacido. La sentencia de la Corte Suprema de los Estados

*Internationale de Droit Comparé* 2, 1997, pp. 383 y ss. Entre las causas de renovamiento de estos métodos de composición no adversarial, la autora cree encontrar la tensión cada vez más fuerte "entre una reivindicación de libertad individual en la esfera de la 'vida privada y familiar' y la organización de relaciones en lo sucesivo fundadas en vínculos electivos más que institucionales y en la libre búsqueda del desarrollo [*épanouissement*] personal, y por otra parte el carácter aun de orden público de las reglas relativas al estado de las personas y las relaciones familiares..." (p. 384).

<sup>42</sup> Sobre la injusticia que supone el excluir legalmente la posibilidad de contraer matrimonio indisoluble, puede verse el estudio de FUENMAYOR, Amadeo de, "El derecho a contraer matrimonio civilmente indisoluble", en *Estudios de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 993 y ss. Véase también, para el derecho estadounidense, el ensayo de WOLFE, Christopher, "The marriage of your choice", en *Firts Things*, N° 50, 1995, pp. 37 y ss.

Unidos, *Roe vs. Wade*, que declaró inconstitucional toda legislación que penalizara el aborto, peca a nuestro juicio de haber exacerbado los límites razonables de la privacidad. En efecto, cuando se trata de privar de la vida a otro semejante (con independencia de si se quiere reconocer o no su condición de persona), no se trata ya de un asunto de intimidad sexual individual o familiar, sino de un atentado contra un derecho fundamental perpetrado por uno de los miembros de de la relación familiar (la madre) en contra del otro (el hijo que está por nacer). Hay aquí en verdad una suerte de violencia intrafamiliar superlativa, frente a la cual el Estado no puede asumir una actitud prescindente<sup>43</sup>.

Tampoco puede aceptarse que el Estado deje de intervenir en la familia si se producen situaciones de maltrato infantil o de abierta corrupción de menores. Y esto aun cuando se invoque un supuesto estilo de vida, confesión seudorreligiosa, o método educativo peculiar que los recomiende o legitime.

Así mismo, nos parece que no quedan tampoco amparadas por la privacidad familiar las técnicas de reproducción asistida, que implican una violencia abusiva contra los embriones concebidos, sea al consentir su directo desecho, su almacenamiento en frío, o su multitransferencia al seno femenino<sup>44</sup>.

Pero la violencia intrafamiliar no es la única forma en que la autonomía familiar resulta limitada, sino también la misma moralidad pública y la estructura y objetivos básicos del grupo familiar.

De esta manera, por ejemplo, la prohibición del incesto o de matrimonios entre parientes cercanos resulta legítima y necesaria. Por otra parte, no parece posible señalar que cualquier comportamiento sexual entre la pareja entre sin más en el ámbito absoluto de la privacidad. Por cierto, debe excluirse desde ya todo lo que conlleve la utilización de menores en impudicias o exhibiciones de orden pornográfico, así como también los actos sexuales impuestos contra la voluntad de uno de los participantes.

Pero, ¿qué decir de conductas sexuales aberrantes o desviadas (al menos, en la tradicional moral occidental), que se llevan a cabo con el consentimiento de personas adultas? Pensamos que las desviaciones que atenten gravemente

<sup>43</sup> Discrepamos del alegato de DWORKIN, R., ob. cit., pp. 136 y ss. que intenta denodadamente defender como correcta la tesis que inspira el fallo de *Roe vs. Wade*, asimilando su decisión a los precedentes que aplicaban la privacidad al uso de anticonceptivos. En su opinión, una vez que se acepta como buena doctrina la exclusión de la prohibición de los anticonceptivos como exigida por la privacidad, "entonces se sigue de ella que las mujeres tienen, en efecto, un derecho constitucional a la privacidad que, en principio, ampara no sólo la libre decisión de engendrar hijos o no engendrarlos, sino la libre decisión de tenerlos o no" (p. 142). Nos parece que media una frontera enorme entre ambos supuestos: existe una clara diferencia entre la decisión de mantener relaciones sexuales para engendrar o no engendrar hijos, y la que consiste, no como dice eufemísticamente Dworkin entre "tenerlos o no", sino en privarles o no de la vida que ya han recibido. Para una crítica más detallada a la posición de este autor, véase VIGO, A. y CORRAL, H., recensión a Dworkin, R., El dominio de la vida, en *Revista Chilena de Derecho* vol. 21, 1994, pp. 431 y ss.; también a CORRAL TALCIANI, Hernán, "Sobre la fundamentación de la protección jurídica de la vida humana. El 'valor sagrado' de la vida en Dworkin y la encíclica *Evangelium Vitae*", en *Evangelium Vitae e Diritto*, Acta Symposii Internationale in Civitate Vaticana Celebrati 23-25 maii 1996, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1997, pp. 541 y ss.

<sup>44</sup> Igualmente, pareciera que también pueden ser declaradas ilícitas todas aquellas prácticas biorreproductivas que, aun cuando no lesionan o ponen en peligro la vida de los embriones, incluyen la intervención de terceros en el mismo proceso generativo (a través de "donación" de gametos o gestación por cuenta ajena), ya que justamente esta intervención constituye una lesión inaceptable de la intimidad de la vida sexual de la pareja.

contra los fines socialmente reconocidos al grupo familiar y la dignidad espiritual y corporal de sus integrantes, pueden ser consideradas ilícitas jurídicamente o incluso penalizadas, en su caso, sin que ello signifique una lesión de la vida privada familiar<sup>45</sup>.

Debe afirmarse que la privacidad de la familia no puede invocarse para excluir la intervención del Derecho en lo concerniente a conductas que, si bien no constituyen una directa lesión a un derecho individual, conforman una violación objetiva de estándares morales mínimos que hacen posible la convivencia social y la paz de las mismas familias. Así, por ejemplo, el adulterio consentido, aun cuando se le invoque como un medio para buscar descendencia (como sucede en las técnicas de fertilización con gametos de donante), o la utilización del cuerpo de una mujer como madre gestante en las técnicas de maternidad subrogada, pueden ser prohibidas legítimamente por el ordenamiento jurídico.

Entendida la intimidad de la sexualidad en el seno familiar, a la luz de la naturaleza propia y los fines de la familia, y no como soberanía absoluta e indiscriminada que permite cualquier cosa, puede discutirse que la libre comercialización, y sobre todo la publicidad de los medios anticonceptivos, sea una consecuencia necesaria del derecho a la privacidad familiar, sobre todo si se comparte la idea, firmemente sostenida por la doctrina social cristiana, que dichos mecanismos atentan gravemente contra la identidad específica de la relación sexual y posibilitan una visión hedonista del matrimonio<sup>46</sup>.

En el caso de los contraceptivos químicos y mecánicos será, sin embargo, una decisión prudencial el grado de ilicitud con la que se califica su uso, y no necesariamente la solución más realista y justa es la de la penalización. Estamos

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, si se realizaran actos sexuales degradantes o infamantes para uno de los integrantes de la pareja. El consentimiento de esta puede ser irrelevante, atendida la indisponibilidad de la dignidad humana, de la igualdad de los sexos e incluso de la integridad corporal. Nos colocamos en este supuesto, obligados por la lectura de un caso reciente que ha llegado al conocimiento de la Corte Europea de los Derechos del Hombre. En la especie, tres personas habían sido condenadas en Inglaterra por entregarse a prácticas consentidas de sadomasoquismo entre adultos mayores. Los condenados acudieron a la Corte Europea, invocando el art. 8 de la Carta Europea de los Derechos del Hombre y aduciendo una lesión al derecho al respeto de su vida privada y familiar. La Corte se vio en dificultades para no amparar esta manifiesta conducta desviada, por cuanto ya antes había sostenido que las tendencias y comportamientos sexuales entre adultos son "sin duda" parte de la vida privada. Finalmente, el hecho de que en estas prácticas participara un número considerable de personas, que implicaran el reclutamiento de nuevos miembros, la puesta a disposición de habitaciones equipadas especialmente y la grabación y distribución de casetes, así como la magnitud y la entidad de las lesiones inferidas, inclinó a la Corte por estimar que la penalización inglesa entraba entre las causas de limitación de la vida privada que el mismo art. 8 reconoce, cuando la injerencia del Estado constituye una medida que es "necesaria en una sociedad democrática". Cfr. Corte Europea de los Derechos del Hombre, 19 de febrero de 1997, *Recueil Dalloz* 1998, p. 97.

<sup>46</sup> Por cierto que esta conclusión se hace más fuerte si se trata de medios cuya operatividad no es evitar la concepción, sino la eliminación temprana del ser ya concebido. Si se acepta que estos métodos abortíferos entren en la órbita legítima de la privacidad familiar, se posibilita la tesis de que el aborto no es más que una nueva decisión procreacional que opera en la misma dirección. Así DWORKIN, R., ob. cit., p. 142: "La Corte, por tanto -afirma este autor- no puede lógicamente sostener que el derecho de la mujer a controlar su papel en la procreación termina con la fertilización si no permite al mismo tiempo que los estados prohíban ese tipo de anticonceptivos". Estamos de acuerdo con esta puntualización de Dworkin, pero nuestra conclusión es justamente la opuesta: como no puede invocarse la privacidad para prohibir que se ilegalice el aborto, tampoco puede negarse, con tal fundamento, la potestad del legislador de declarar ilícitos los anticonceptivos que actúan como abortíferos.

frente a una materia en la que podría aplicarse la tolerancia del Estado, el que, aun reconociendo los efectos negativos que para la salud de las familias y del cuerpo social puede provocar la utilización masiva de dichos métodos, renuncia a utilizar el *ius poenendi* atendidos los males mayores que la implementación de una política directamente represiva podría causar, en el contexto cultural actual. Se trataría de una “no penalización” que, en caso alguno, podría interpretarse como una legitimación ni moral ni jurídica.

#### V. ¿QUE FAMILIA?: “THAT IS THE QUESTION...”

Finalmente, llegamos a uno de los puntos más controvertidos del Derecho de Familia actual, y que no podemos soslayar si queremos dar una visión amplia del significado del derecho a la vida privada en relación con la vida familiar. La cuestión (que se repite respecto de muchos otros puntos en controversia), es la de la determinación del concepto de familia, a los efectos de su protección y reconocimiento jurídico. ¿Cuándo hablamos del derecho a la intimidad familiar, sea en su vertiente de derecho personal a la intimidad en relación con la familia, sea en la acepción que hemos defendido como intimidad cuya titularidad corresponde al mismo grupo familiar, de qué familia estamos hablando?

Es manifiesto que parece imponerse en la cultura jurídica actual una visión que, con la intención de ampliar el contenido de la estructura familiar, corre el riesgo de dejarla sin contenido reconocible. El modelo de la “familia multiforme”, en el cual el único elemento identificador parece ser la convivencia (y esto, incluso con algunos matices), termina por eliminar todo posible esfuerzo por conceder una protección específica y adecuada al grupo familiar. Porque, a grandes rasgos, cuando cualquier asociación o agrupación humana puede invocar el *status* de familia (a los efectos de protección y reconocimiento jurídico propios), ese *status* ya no es tal, pues no permite distinguir la familia dentro del conglomerado social, y, como sabemos, el distinguir es operación esencial para proceder en Derecho, si se quiere hacer cumplida justicia.

Las consecuencias de esta concepción de la familia, de corte voluntarista, conspira también con la adecuada protección de la privacidad familiar. En ella, la intimidad familiar termina siendo el paraguas con el que quiere cubrirse cualquier tipo de convivencia entre seres humanos y, por lo mismo, en sí, carece de significado específico. Es gráfico lo que ha sucedido con la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre. Desde el caso “Marckx”, suscitado por las diferencias legales entre filiación legítima e ilegítima, la Corte comenzó a considerar que la vida familiar protegida en el art. 8 de la Carta Europea no se restringe a la familia matrimonial sino que se extiende a otras relaciones de hecho<sup>47</sup>. Pues bien, frente a ello ha tenido que hacer dificultosas reflexiones para no dar lugar al requerimiento que se le presentara por parte de una transexual inglesa (que de mujer devino en “hombre”) y que, además de instaurar una convivencia de hecho con otra mujer, quiso también conocer la paternidad, a través de una fecundación *in vitro* con semen de donante a la que se sometió su

<sup>47</sup> Marckx c/ Belgique de 13 de junio de 1979, serie A, N° 31, p. 14, § 31; Keegan c/ Irlanda de 26 de mayo de 1994, serie A, N° 290, p. 17, § 44, y Kroon y otros c/ Pays Bas de 27 de octubre de 1994, serie A, N° 297-C, p. 55-56, § 30.

concubina. Al negarse el Registro de Estado Civil inglés a inscribir el nombre de la transexual como "padre" de la criatura nacida como resultado de la aplicación de tal método, aquella recurrió a la Corte Europea invocando el derecho al respeto de su vida privada y familiar. En verdad, si la Corte hubiera seguido con coherencia el camino que había recorrido hasta ese momento, en el sentido de admitir sin restricciones la tesis de la "pluralidad de modelos familiares", no habría podido negarse a acoger la solicitud. La Corte encontró una tabla de salvación para evitar ese naufragio, en una frágil razón: la falta de un consenso en los Estados miembros sobre el reconocimiento de paternidad en caso de fecundación artificial heteróloga y sobre el transexualismo<sup>48</sup>.

Opinamos que el proceso seguido por este Tribunal ilustra el despeñadero al que se llega si se descuida la naturaleza ética y social de la familia, abandonando todo esfuerzo de precisión y delimitación axiológica o valórica. Cuando estamos preguntándonos, en el plano de los fines y de las políticas públicas, cuál es la familia que debe gozar de la protección especial del orden jurídico, no puede buscarse la respuesta en las encuestas, en lo que sucede en la realidad, y en la mera facticidad social. Hemos de buscar el plano de las funciones que la sociedad y los individuos demandan y exigen a la comunidad familiar.

Indagando en esta perspectiva, parece evidente que deberá considerarse familia, para estos efectos protectores, a la unión hererosexual, y por tanto fecunda naturalmente, que además se ha constituido entre un hombre y una mujer, en un plano de igualdad, de afectividad y de compromiso jurídico de estabilidad. Esta es la familia que puede cumplir del mejor modo las funciones de servir de canal adecuado para expresar la capacidad de amar, de engendrar y ocuparse de la crianza y educación de los hijos que sobrevengan. Se trata, por tanto, de la familia fundada en su origen por una unión matrimonial.

Nos parece por tanto que, cuando se habla de respeto de la intimidad familiar, sea como dimensión del derecho individual a la privacidad, o como derecho de titularidad grupal, se quiere aludir principal y esencialmente a la familia constituida por matrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, pensamos que aquellas relaciones instauradas al margen del matrimonio, pero que presentan una estructura análoga a la familia matrimonial, sea biparental o monoparental, pueden también gozar, de un modo análogo y no propio, de un derecho a la intimidad familiar, pero sólo entendido como contenido del derecho individual al respeto de la vida privada en el plano de las relaciones familiares. No cabe, pensamos, predicar de los grupos familiares de hecho un derecho a la privacidad con titularidad colectiva, puesto que ello implicaría el reconocimiento institucional u orgánico de una entidad a la que le faltan los elementos estructurales para devenir en núcleo

<sup>48</sup> Dijo la Corte: "En conclusión, atendido que el transexualismo suscita cuestiones complejas de naturaleza científica, jurídica, moral y social, que no han sido objeto de una aproximación general entre los Estados contratantes, la Corte estima que el artículo 8 no debería implicar que el Estado demandado tenga la obligación de reconocer oficialmente como padre de un niño a la persona que no es el padre biológico. En estas condiciones, el hecho de que el derecho británico no permita un reconocimiento jurídico especial de la relación que une a X y Z, no constituye una falta de respeto a la vida familiar en el sentido de esta disposición" (Corte Europea de los Derechos del Hombre, X y otros c/ Reino Unido, 22 de abril de 1997, *Recueil Dalloz* 1997, p. 583).

de intereses protegidos al margen de los derechos individuales, al menos a título de familia<sup>49</sup>.

Por fin, respecto de aquellas relaciones afectivas, sentimentales o sexuales que se desmarcan completamente de la comunidad de vida formada por el matrimonio, estimamos que no cabe aplicar, ni siquiera de modo análogo, los instrumentos jurídicos de protección a la familia, tanto en su dimensión individual como comunitaria. Así, por ejemplo, las uniones incestuosas, las polígamas, las homosexuales o lésbicas, los grupos de vida promiscua, etc., no pueden reclamar el reconocimiento o amparo jurídico que se otorga a la familia-institución<sup>50</sup>.

Por cierto, ello no quiere decir que los integrantes de este tipo de uniones no puedan invocar el derecho a la privacidad para evitar que la publicidad y la difusión inconsciente de sus relaciones afectivo-sentimentales, pero ello no será a título ni a pretexto de proteger ni su intimidad familiar ni la privacidad de seudofamilias que no son ni pueden ser tales.

#### VI. CONCLUSIONES DE ESTE ESTUDIO

Al terminar, sintetizamos aquellas que nos parecen las conclusiones más relevantes del análisis que hemos intentado desarrollar. Tales son:

- 1º) El derecho a la privacidad está íntimamente ligado a la vida familiar o doméstica, y así aparece en el origen de su formulación en la *Common Law* y en los textos internacionales y constitucionales que lo consagran.
- 2º) Puede distinguirse la vida familiar como elemento contenido en el derecho personal a la intimidad, de la vida privada que corresponde a la familia como tal, y que también merece protección jurídica.
- 3º) Los elementos y situaciones que caen dentro de la vida familiar, como componente del derecho individual a la intimidad, son múltiples y variados, y no es posible efectuar una descripción exhaustiva de todos ellos. En todo caso, la vida familiar debe considerarse también una circunstancia que relaja el

<sup>49</sup> La Corte de Apelaciones de Mercedes (Argentina), 6 de mayo de 1997, en *El Derecho*, 12 de septiembre de 1997, p. 6. declaró que había vulneración de la intimidad familiar si un semanario divulga en primera página la muerte de una persona por causa del sida. Lo relevante del caso es que la sentencia se dicta a petición de la concubina del afectado y de los hijos comunes, haciendo ver que "todos vivieron juntos con el trato propio de una verdadera familia" (voto del juez Marchió). No queda claro si en el fallo los jueces estimaron violada la intimidad personal de la concubina y sus hijos, o la intimidad "familiar" del grupo formado por la familia no matrimonial. Si fuera este segundo evento, nos parecería un fundamento impropio, por lo que sostenemos en el texto principal.

<sup>50</sup> Nos parece acertada la decisión de la Corte de Casación francesa que, por sentencia de 17 de diciembre de 1997 (*Recueil Dalloz* 1998, p. 111), rechazó la petición, fundada en parte en el derecho a la vida privada, de que se reconociera un derecho de sucesión arrendaticia al homosexual que convivía con el arrendatario fallecido. Dijo la Corte, que el concubinato no puede resultar más que de una relación estable y continua con apariencia de matrimonio, y por tanto entre un hombre y una mujer. En comentario a la sentencia, expresa Jean-Luc AUBERT, con agudeza, que el concubinato ha sido desde siempre una imitación del matrimonio, y, en cambio, la pareja homosexual si bien pretende imitar al concubinato, por la fuerza de las cosas, no puede imitar el matrimonio: "*Imitation sur imitation ne vaut*" (imitación sobre imitación no vale), concluye, para expresar que habiéndose ya alejado tanto del modelo, está distanciado inexorablemente de él (p. 114).

- ámbito de intimidad individual de los miembros de las familia en sus relaciones recíprocas, en lo que se refiere al conocimiento de circunstancias y experiencias íntimas. No así en cuanto a su difusión pública.
- 4º) Además del derecho a la intimidad de las personas que integran la familia, la comunidad familiar en cuanto tal puede considerarse sujeto de un derecho al respeto de su vida privada propia. No es necesario para ello calificarla de persona jurídica; basta reconocerle una cierta subjetividad necesaria para el ejercicio de derechos fundamentales.
  - 5º) La titularidad de la familia sobre un propio derecho a la intimidad permite conceder legitimación para exigir su respeto a cualquier integrante de la familia, incluso aquellos que no hayan sido personalmente afectados por la injerencia indebida. Así mismo, no bastará el consentimiento de uno de los miembros o familiares para autorizar a terceros la invasión y difusión de hechos familiares privados.
  - 6º) La protección de la privacidad de las personas ya fallecidas encuentra una explicación más coherente y sencilla, si se sostiene que en tales casos el atentado lo sufre la familia como tal, y por ella pueden obrar los parientes que sobreviven al difunto.
  - 7º) La privacidad que corresponde reconocer a la familia puede incluir el aspecto de autonomía moral para decidir sobre su propia existencia y dirección de su vida futura. De este modo, la decisión de procrear y el número de hijos, así como la forma en que se enfrenta su educación, son manifestaciones de esta autonomía o soberanía que, de acuerdo a su naturaleza propia, le corresponde.
  - 8º) La privacidad entendida como soberanía de la familia no puede ser absolutizada, ya que presenta limitaciones tanto en lo referido a los derechos fundamentales de los integrantes del grupo familiar, como también en lo que concierne al respeto de normas morales esenciales para el bien común y la paz de las familias. En este sentido, la privación de la vida del hijo que está por nacer no puede justificarse invocando un ámbito de privacidad ni personal ni familiar.
  - 9º) La familia que goza de protección a través de la tutela de la intimidad debe ser un concepto con contenido preciso, que se deduzca de las exigencias éticas que la sociedad espera de ella como entidad fundamental para la transmisión de la vida y de la cultura. Sólo la familia fundada en el matrimonio cumple tales exigencias, y a ella debe corresponder el amparo máximo de la intimidad. Las convivencias *more uxorio* pueden gozar de la protección de la privacidad en su dimensión individual, y en lo que concierne a las relaciones que son asimilables o análogas a las de la familia propiamente tal. Las uniones o asociaciones que, en cambio, se apartan radicalmente del prototipo de la familia matrimonial no debieran considerarse como generadoras de relaciones familiares cubiertas por el derecho a la intimidad familiar, si bien tales hechos o relaciones sentimentales podrían quedar protegidos, en los límites comúnmente aceptados, por el derecho a la privacidad individual de sus integrantes.