

Colapso nervioso, epilepsia y conducta sexual impropia. Temas de privacidad de los funcionarios públicos

Rodolfo Figueroa*

INTRODUCCIÓN

Ante todo, deseo aclarar que en este *paper* no pretendo intentar resolver ningún problema relativo a los límites a la intimidad de los funcionarios públicos (lo que sería bastante pretencioso) sino sugerir y analizar algunos argumentos y plantear algunos ejemplos -incluso exagerando a veces algunos rasgos- con la finalidad de motivar un debate sobre el asunto.

Por otra parte, deseo precisar que en este *paper* utilizaré como sinónimas las expresiones «intimidad» y «privacidad», consciente de que esta última palabra carece, propiamente, de ciudadanía en la lengua española.

Finalmente, para concluir esta introducción, deseo presentar un mapa de este escrito: en primer lugar, abordo algunas delimitaciones preliminares del tema, que me parecen pertinentes; a continuación, me extendo brevemente acerca de algunos supuestos sobre los cuales pretende ser inteligible y coherente lo que se plantea en este trabajo; en tercer lugar, y en lo que es la parte más extensa de este *paper*, presento una discusión sobre el tema de la privacidad de los funcionarios públicos y, en cuarto lugar, concluyo con una sección referida a comentarios finales.

I. DELIMITACIONES PRELIMINARES DEL TEMA

Me parece útil dar inicio a este trabajo con la formulación de algunas delimitaciones preliminares acerca del tema, las que, en cierto sentido, marcarán el rumbo que seguiré en este *paper*.

1. En primer lugar, me parece necesario distinguir entre funcionarios públicos y personalidades o personajes públicos.

Funcionario público es quien ejerce un cargo público, de modo que es alguien que, en virtud de su cargo, está vinculado al Estado o a algún organismo del Estado y se encuentra sometido a ciertas reglas y exigencias que no son aplicables a los ciudadanos de modo general.

En cambio, la expresión «personalidades públicas» o «personajes públicos» se emplea usualmente para designar personas que gozan de cierta notoriedad, popularidad, o de cierta publicidad. Así, por ejemplo, un deportista conocido, una cantante popular, algún miembro de alguna realeza europea, etc.

No estoy dispuesto a afirmar que alguna de esas expresiones sea más amplia que la otra, puesto que algún funcionario público puede constituir a la vez un personaje público, pero no necesariamente; como asimismo, un personaje público puede ser a la vez un funcionario público, aunque no necesariamente.

* Abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

El personaje público (cuando no es funcionario público) no está sometido las reglas y exigencias que imperan sobre estos últimos¹; tampoco, en razón de su ocupación, está vinculado al Estado o de alguno de sus organismos.

Pues bien, en este *paper* nos referiremos solamente a los funcionarios públicos.

2. En segundo lugar, cabe tener presente que existen distintos tipos de funcionarios públicos, en particular, en lo que concierne a la relevancia o alcance de sus funciones. Así por ejemplo, un profesor de derecho de una universidad estatal - como seguramente lo hay en nuestro seminario - puede ser un funcionario público, dependiendo del régimen jurídico, al igual que el Presidente de la República o un juez de la Corte Suprema. Ciertamente posee distinto impacto lo que acontezca al Presidente de un Estado que las vicisitudes de algún funcionario menor. La espectacularidad noticiosa que asumió cierto desempeño sexual de Mónica Lewinsky se debió a que su *partner* no fue un funcionario de alguna repartición aduanera fronteriza en Alaska, sino el mismo Presidente de los Estados Unidos.

En este *paper*, parece más interesante limitarnos a los que podrían considerarse los casos más críticos, como el de un Presidente de la República, Ministros de Estados, Parlamentarios, etc.

3. En tercer lugar, deseo efectuar una delimitación en cuanto al título del panel: “*el derecho del ciudadano a la transparencia de los actos de gobierno y los límites de la privacidad*”.

Ese título sugiere que el derecho a controlar los actos de gobierno y la exigencia de transparencia de los mismos es algo que apunta a la intimidad de un funcionario, de suerte que «el derecho a saber» constituiría un límite a la intimidad de los referidos funcionarios.

Creo que plantear el asunto de esa manera sería un error. La razón es la siguiente: los actos de gobierno no forman parte de la vida privada de un funcionario; por ello, el derecho a controlar esos actos no guarda ninguna relación con la intimidad de los funcionarios. En mi opinión, el problema que convoca el título consiste en determinar si existe derecho a saber acerca de la vida privada o de la intimidad de un funcionario público. Dicho de otra manera, el asunto consiste en precisar si existe derecho a revelar aspectos de la vida privada de una persona precisamente por tratarse de un funcionario público; es decir, de alguien que, además de su vida privada, ejerce una función pública en la cual su vida privada podría tener alguna injerencia o relación.

Por lo tanto, el problema a analizar no son los actos de gobierno, los que jamás quedarán comprendidos en la esfera de la vida privada de los funcionarios, sino actos o dimensiones de la vida privada de esos funcionarios.²

1. Con lo cual no pretendo sugerir que las exigencias que pesan sobre los funcionarios sean mayores que las de los personajes o personalidades que no son funcionarios. En efecto, para algunas personalidades públicas, la vida publicitada y publicitable puede volverse intolerable. Por ejemplo, merced a los “paparazzi”.

2. Ciertamente, alguien podría objetar que todo dependerá de qué se entienda por “actos de gobierno”, y agregar que si entiende por actos de gobierno todos aquellos que ejecuten personas del gobierno, la confusión que yo he señalado desaparece.

No estaría yo de acuerdo con esa noción, por la sencilla razón de que las personas del gobierno ejecutan diversos tipos de actos, como almorzar, leer el diario, etc., y no creo que tenga

4. En cuarto lugar, deseo destacar que, de acuerdo con el título de este panel, la intimidad aparece concernida sólo en una de sus varias dimensiones: el secreto o la reserva de cierta información. Esto significa que el panel dirige la atención a una tensión entre privacidad, libertad de información y derecho a saber. Sin embargo, como todos saben, existen otras dimensiones de la intimidad. Baste recordar aquella famosa frase “el derecho a ser dejado solo” atribuida a Cooley por Warren y Brandeis en su conocido artículo. Pues bien, el “derecho a ser dejado solo” no apunta directa ni inmediatamente al secreto informativo. Tal como yo lo entiendo, en sus orígenes, el derecho a la intimidad está vinculado a la idea de propiedad y en el artículo de Warren y Brandeis se relaciona con la libertad. Más aun, en *Griswold*, cuando se reconoce por primera vez ese derecho con la categoría de derecho constitucional, está destinado a asegurar una esfera de libertad para hacer o no hacer algo³.

En consecuencia, la vinculación de este derecho con la información no es la única ni la más importante. Deseo dejar constancia, pues, de que las reflexiones acerca de la privacidad para este panel se entenderán sólo en una de sus varias dimensiones.

II. SUPUESTOS

En esta sección, intentaré explicar algunos de los supuestos sobre los cuales se estructuran algunos argumentos y explicaciones de este *paper*. Creo que hacerlo contribuye a comprender el sentido de las aseveraciones que se formulan en la tercera parte de este escrito.

1. En este *paper* se asume que la intimidad es un derecho fundamental. En los sistemas jurídicos europeo-continenciales y en los latinoamericanos, ese derecho se suele reconocer explícitamente en las Constituciones Políticas, y en el caso de los Estados Unidos de América, ese derecho ha sido reconocido como un derecho constitucional por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal⁴.

Esta es una constatación simplemente fáctica; no pretendo sugerir que debamos considerar a ese derecho como fundamental, ni menos pretender dar como apoyo de una postura tal el hecho de que las Constituciones y los

sentido calificar a esos actos como actos de gobierno. Es decir, no todos los actos que ejecutan las personas de gobierno son actos de gobierno; dicho de otro modo: no todos los actos de las personas de gobierno son ejecutados en su calidad de personas de gobierno. Hay actos de su vida privada, o actos ejecutados en cuanto personas privadas, y sobre esos apunta nuestro panel.

3. En una nota al fallo, la corte declara sobre el derecho a la intimidad: *«The principles laid down in this opinion (...) affect the very essence of constitutional liberty and security. They reach farther than the concrete form of the case then before the court, with its adventitious circumstances; they apply to all invasions on the part of the government and its employes of the sanctity of a man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, that constitutes the essence of the offence; but it is the invasion of his inalienable right of personal security, personal liberty and private property...»*. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965.

4. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Aquí no se va a problematizar el modo como la Corte Suprema Federal ha reconocido ese derecho en ese caso, ni en los varios casos que le siguieron. En consecuencia, no discutiré si debemos entender que ese derecho existe entre líneas, o en una zona de penumbra, o a partir de otros derechos explícitamente consagrados, o a partir de la enmienda 14, etc.

tratados internacionales hayan reconocido ese derecho con esa calidad. Simplemente se trata de un dato y este *paper* se estructura sobre esa realidad.

2. A partir de lo anterior, es decir, asumiendo que se trata de un derecho fundamental o constitucional, entonces resulta indudable que el derecho a la intimidad es un derecho que asiste a todas las personas, como cualquier otro derecho fundamental (como el derecho a la libertad de expresión, a la propiedad, etc.).

Nuevamente deseo aclarar que el sentido de esta aseveración es dogmático-descriptivo y no dogmático-prescriptivo (si se me permite emplear este tipo de lenguaje y categorías).

3. Siguiendo con ese razonamiento, debe concluirse, en mi opinión, que el derecho a la intimidad lo posee un sujeto, independientemente de su función o cargo. En consecuencia, así como los individuos particulares tienen derecho a la intimidad, también lo tienen los individuos que desempeñen un cargo público, es decir, que sean funcionarios públicos.

Antes de abandonar este punto, deseo detenerme en la siguiente consideración, que aclara por qué considero relevante explicar estos supuestos: si nos preguntamos si un funcionario público posee un derecho a la protección de su intimidad⁵, en principio podrían sostenerse tres posturas posibles. La primera, que me parece bastante radical, sostendría que no posee derecho a la intimidad en absoluto (postura 1). La segunda, que se situaría en el lado opuesto, afirmarían que tales funcionarios poseen derecho a la intimidad en igual medida que cualquier persona (postura 2). La tercera -como seguramente se sospecharía intermedia: indicaría que los funcionarios públicos poseerían un derecho a la intimidad, pero rebajado, atenuado, disminuido (postura 3).

No cabe duda que alguien podría adoptar la postura 1 y afirmar que cuando una persona opta por un cargo público, renuncia o pierde su derecho a la intimidad. En mi opinión, no es recomendable esa postura por dos razones: en primer lugar, porque estaría en contradicción con el supuesto explicitado en la sección II de este *paper* y en esa misma sección se explica por qué debe asumirse ese supuesto. En segundo lugar, porque implicaría sostener que una persona, al asumir como funcionario público, no sólo asume como tal sino que pasa a ser “solamente” un funcionario público; sería como decir que desaparece como individuo y es sólo el cargo que inviste. Si se admite que esa persona, además de desempeñar un cargo público, tiene una vida privada, entonces esa persona tiene “derecho” a la protección de su intimidad, sea en igual medida que un particular (postura 2), sea en menor medida (postura 3).

Una última aclaración: los supuestos indicados en los números 1 a 3 tienen por objeto descartar lo que recién se denominó postura 1, sobre la base de las razones indicadas en el párrafo precedente. En consecuencia, para los efectos de este *paper* quedan disponibles las posturas 2 y 3. De esas dos posturas, la 2 resulta poco atractiva a los efectos de tener una discusión. Más

5. Nuevamente aclaro que esta pregunta se formula en términos de dogmática-descriptiva, a saber ¿reconoce el sistema jurídico ese derecho a tales personas? La pregunta no la formulo en términos normativos, acerca de lo que los sistemas jurídicos deberían reconocer. Así, por ejemplo, en el caso Clinton-Lewinsky, no me preguntaría si el derecho norteamericano debería dejar dentro o fuera de sus fronteras tal tipo de actos; lo que pregunto es otra cosa: si de acuerdo con el derecho vigente, ese tipo de actos queda o no comprendido dentro de su derecho a la intimidad.

interesante es la 3, de modo que lo que haré en lo sucesivo será discutir los argumentos que pretenden sostener la tercera: que el derecho a la intimidad de un funcionario público es menor que el de un particular.

III. DISCUSIÓN

Podemos entrar en este tema desde dos puntos de vista opuestos. Una forma de preguntarnos es: ¿tenemos derecho a entrometernos en la vida privada de un funcionario público?. Este modo de preguntar, al emplear la palabra “entrometernos”, que es bastante emotiva, sugiere - de partida - que se trata de algo incorrecto, de modo que inclina desde ya la discusión en un cierto sentido. Otra forma de preguntarnos, que se sitúa en el otro extremo, aparece claramente reflejada en el siguiente párrafo, tomado de un autor chileno (Novoa Monreal): “¿Podría sostener un jefe de Estado que una alteración nerviosa profunda que padece debe quedar sustraída del conocimiento de los demás ciudadanos, por ser algo que concierne a su esfera privada personal?”⁶.

Comencemos con Novoa. Supongo que no cabe duda de que los problemas de salud mental de las personas (sean funcionarios públicos o particulares) corresponden a la esfera de su intimidad. A partir de ello, bien podría estimarse que los individuos no tienen derecho a exigir que se revelen los problemas de salud mental que aquejan a los demás, pero que si se trata de un Presidente de la República, como es el ejemplo de Novoa, la conclusión sería la contraria. Sin embargo, el asunto no me parece tan sencillo. Consideremos la siguiente situación hipotética: en nuestro vuelo a Argentina nos enteramos de que los controladores aéreos del Aeropuerto Ezeiza, o que el mismo piloto del avión, padecen un trastorno nervioso severo (ojalá sólo sea hipotética). Para ponerlo en términos más dramáticos: supongamos que decidimos hacer una visita a la cabina del avión, sin avisar a las aeromozas, y al entrar en el lugar, descubrimos al piloto en un ataque de epilepsia. O supongamos que al ir aterrizando el avión advertimos cierto extraño temblor y, ante nuestra cara de pánico, una persona sentada al lado nuestro nos dice: “lo que ocurre es que el capitán sufre de parkinson; pero no se preocupe, normalmente suele controlarlo” (asumiendo que la línea aérea es privada y el aeropuerto también lo es).

En casos como éstos, ¿deberíamos conformarnos con que se nos dijera que ese es un asunto privado, sobre el cual no tenemos derecho a indagar? Pues bien, si estos ejemplos parecen dramáticos tratándose de particulares, pueden serlo aun más si se trata de un funcionario público de alto nivel, como un Presidente de la República.

Para avanzar, deseo observar que el asunto no consiste sólo en comparar personas privadas y funcionarios públicos, sino que es posible trazar diferencias incluso entre particulares. En efecto, es distinta la situación de un particular cualquiera de la de un particular que tiene a su cuidado a otros ciudadanos, que puedan resultar expuestos a algún peligro. En efecto, creo que puede decirse que si un particular está enfermo de algo, nadie tiene derecho a que esa información sea revelada. Sin embargo, en el caso del avión, claramente el

6. Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, página 9.

trastorno físico del piloto o de los controladores aéreos puede poner en peligro la seguridad de los pasajeros y, en esa medida, no puede estimarse que debe haber secreto en torno a las circunstancias del piloto o de los controladores aéreos.

Así las cosas, el principio del daño puede permitir trazar una diferencia entre individuos particulares. Quizá pueda estimarse que el mismo principio permita trazar diferencias entre funcionarios públicos.

Para intentar avanzar en este problema, puede ser útil indagar si el derecho a la intimidad está sometido a límites. Yo creo que sí, que no se trata de un derecho absoluto, como probablemente ninguno lo es. Los famosos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en el asimismo famoso artículo “The Right to Privacy” (*Harvard Law Review*, 1890), plantearon algunos límites al derecho a ser dejado solo. Me interesa el primero que mencionan: “*The right to privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest*”⁷.

En este *paper* adhiero a esa postura, el derecho a la intimidad está limitado por el interés general o público. Ciertamente es discutible qué debe entenderse por “interés general” o “público”, o cuándo se entiende que ese interés está presente. En todo caso, y sin pretender abordar ese problema, creo que puede afirmarse que cuando la posibilidad de daño a terceros está presente se verifica una situación de interés público.

Propongo dejar ese asunto hasta aquí para pasar a otro punto que me interesa destacar: si existe un límite al derecho a la intimidad, ese límite será aplicable tanto a los particulares como a los funcionarios públicos; para estos últimos, constituirá el techo mínimo; es decir, ese límite representará el mejor escenario posible para un funcionario, de lo cual se colige que ese escenario puede ser peor, según la postura que se adopte: la postura 2, de acuerdo con la cual el derecho a la intimidad del funcionario es equivalente al del particular, incluido su límite; o la postura 3, de acuerdo con la cual el funcionario tiene un derecho a la intimidad menor, lo que implica que sus límites son mayores.

Varios autores que han examinado el tema de la privacidad de los funcionarios, han sostenido que el derecho a la intimidad está rebajado o disminuido, lo que significa que se enmarcan en la postura 3. El argumento es más o menos como sigue:

Las personas notorias o que despierten un interés público voluntariamente se han colocado en una posición de mayor iluminación frente al público; han aceptado ser objeto de un interés colectivo legítimo, con pleno conocimiento de causa y a sabiendas que eso los va a colocar muy a la vista del público, aun en aspectos que tocan a su vida privada. La calidad de persona célebre o notoria, aunque no se busque deliberadamente publicidad, tiene como efecto rebajar el umbral de la vida privada del sujeto. Habrá un ámbito más amplio iluminado. En personas de este tipo, hay problemas de su vida privada que pueden llegar a determinar su vida pública o cuando

7. Los demás son los siguientes: “2. *The right to privacy does not prohibit the communication of any matter, thought in its nature private, when the publication is made under circumstances which would render its privileged communication according to the law of slander and libel.* 3. *The law would probably not grant any redress for the invasion of privacy by oral publication in the absence of special damage.* 4. *The right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent.* 5. *The truth of the matter published does not afford a defence.* 6. *The absence of “malice” in the publisher does not afford a defence.”*

menos a pesar en ella. Siendo así, los demás ciudadanos tienen el derecho a estar informados de ello y la prensa el deber de dar la información. Sin embargo, ni la más grande notoriedad permitirá jamás que la prensa y el público entren a saco en la vida privada de los personajes importantes.

Incluso, un autor cita una Conferencia de Juristas Nórdicos, en la que se afirma lo siguiente:

que la vida privada de personajes públicos tiene derecho a inmunidad, salvo cuando pueda demostrarse que esta llega a tocar el curso de los acontecimientos públicos⁸.

En este planteamiento, la tesis es que está rebajada la intimidad (postura 3). La razón es que estas personas están sometidas a una mayor publicidad; han aceptado ser objeto de un interés colectivo legítimo, y se señala expresamente que respecto de personas de este tipo, hay problemas de su vida privada que pueden llegar a determinar su vida pública o cuando menos a pesar en ella. Por eso, los ciudadanos tienen derecho a saber. Obviamente, se agrega que lo anterior no puede producir el efecto de hacer desaparecer el derecho a la intimidad (se descarta la postura 1).

Frente a un argumento como éste, que corresponde a la tesis de la intimidad rebajada, una alternativa sería explorar en los límites aplicables sólo a los funcionarios, adicionales al límite del interés general (que es aplicable a toda persona). Sin embargo, no creo que sea necesario buscar límites adicionales para estimar rebajada la intimidad del funcionario. Tengo la impresión de que ese límite, el interés general, aplicado a los funcionarios, puede producir efectos más amplios que cuando es aplicado a los particulares, pues lo relativo al desempeño de las funciones públicas siempre puede considerarse de interés general. En consecuencia, mi punto es que probablemente no sea necesario buscar limitaciones adicionales al derecho de los funcionarios. Creo que basta el límite del interés general para reducir el derecho a la intimidad del funcionario en mayor medida que el de un particular.

Lo que haré en lo sucesivo será examinar este argumento y revisar si puede estimarse que se encuentra bien fundamentado. Explicaré que existen diversas formas de plantear e interpretar ese argumento y comentaré los defectos o los problemas que suscitan de cada una de ellas.

En el planteamiento precedente, el argumento central es que se justificaría que ciertos aspectos de la vida privada de un funcionario se revelen y no queden protegidos por su derecho a la intimidad (a diferencia de lo que ocurriría con los particulares) puesto que tales hechos o aspectos de su vida privada *influyen o pueden influir en la conducta pública*⁹.

Para examinar este planteamiento, pensemos en algunos aspectos típicos de la vida privada de una persona: su orientación sexual, el consumo de

8. Nótese que este argumento es aplicable no sólo a los funcionarios sino a toda persona célebre o notoria.

9. El argumento de la influencia o posibilidad de influencia puede ser en parte equivalente al del interés general, puesto que puede sostenerse que es de interés general el que ciertos aspectos de la vida privada de un funcionario influyan o puedan influir en su conducta pública.

productos, hábitos de lectura o de ver cine o video, etc. Supongamos que un funcionario público, en cuanto a su vida sexual, tiene una orientación no convencional, o es consumidor de drogas duras; o es adicto a videos pornográficos.

El planteamiento que deseo comentar diría más o menos lo siguiente: si la persona fuera un particular, no habrían razones suficientes para estimar que sea de interés general el que consuma drogas duras o tenga una orientación sexual distinta de la corriente. Sin embargo, distinto sería el caso si se tratara de un funcionario público, porque tales aspectos *influyen o podrían influir en su comportamiento como autoridad, o en las decisiones que adopte*. Por ello, debería existir conocimiento sobre esos aspectos para poder ejercer un control.

Frente a este planteamiento, deseo formular varias consideraciones y objeciones:

1. Lo primero que creo del caso señalar es que distinto es decir que algo «influye» a que algo “puede” influir. Lo primero es más fuerte que lo segundo. Decir que algo “influye” implica afirmar un estado de cosas presente y real respecto de una persona. En cambio, decir que «puede influir» implica el vaticinio de un hecho futuro, el que, como tal, no se ha verificado.

En ambos casos se requiere la respectiva probanza; en el primero, que algo influye en la conducta del funcionario; en el segundo, se requiere demostrar una cierta probabilidad causal, una cierta idoneidad teleológica causalmente probable de ciertos hechos para generar otros hechos futuros. En el ejemplo, habría que probar de modo razonable el consumo de drogas o cierta orientación sexual “puede” “generar” o “puede influir” en ciertas conductas o ciertas decisiones. Cuando se formula este tipo de argumento supongo que lo habitual será hacerlo de la segunda manera: afirmar que un aspecto de la vida privada «puede» influir. Y lo creo porque así se evitará tener que adjuntar la probanza de un hecho actual, como sería si se dijese que un aspecto de la vida privada de un funcionario «influye» actualmente en su desempeño como tal. Sin embargo, me parece que la prueba en este segundo caso es teóricamente bastante difícil: ¿cómo probar cierta idoneidad causal?

2. Consideremos ahora una segunda reflexión sobre ese argumento. Supongamos que estamos frente a un caso concreto (porque el argumento de la influencia o posible influencia no se puede discutir en abstracto), y supongamos, además, que damos por resuelto el problema probatorio señalado en el punto anterior. La pregunta que se puede formular es ¿qué debe seguirse de ello? Recordemos que el argumento es que ciertos hechos o ciertos hábitos o aspectos de la vida de una persona pueden influir en su conducta. Pues bien, esa aseveración no es sólo descriptiva, sino también normativa: se supone que tales aspectos *no deben* influir. Frente a ello, debe preguntarse: ¿por qué no deben influir? Supongamos que se trata del consumo de ciertas drogas o cierto comportamiento sexual. ¿Por qué esos aspectos no deben influir en conductas o decisiones futuras de los funcionarios?

Supongo yo que se pueden dar varias respuestas. Me interesa la que parece más obvia: se podría decir que la influencia potencial es «negativa». El argumento consistiría en que ciertos hechos o aspectos de la vida privada de

una persona no deben influir en su conducta futura o sus decisiones porque esa influencia sería “negativa” o “incorrecta” o “inconveniente” o “mala”.

Creo yo que esta respuesta conduce la discusión a un terreno complicado: ¿qué ha de entenderse por influencia «negativa», o “incorrecta”, o “mala?”

Propongo explorar tres alternativas:

a) La más sencilla y gruesa consistiría en vincular lo negativo a lo “ilegal”.

El planteamiento quedaría reformulado de la siguiente manera:

ciertos aspectos de la vida privada de un funcionario podrían inducirlo a cometer actos ilegales o ilícitos. Por ejemplo, supongamos que un funcionario es adicto a drogas duras, sumamente caras y difíciles de conseguir. Ello podría inducirlo a una serie de conductas ilegales, como malversar recursos fiscales para financiar su necesidad, usar sus influencias o prevalerse de su calidad para interceder a favor de personas procesadas por narcotráfico (suponiendo que el narcotráfico sea un delito), etc.

Pues bien, si el argumento se reformula de la forma señalada, creo que quedaría expuesto a muy obvia objeción: que no deberían autorizarse intrusiones en la intimidad del funcionario si la única razón es una hipótesis de peligrosidad, puesto que en general, los sistemas jurídicos occidentales suelen autorizar la intervención sobre las personas una vez que se han ejecutado los actos ilícitos y no antes de que se cometan.

b) Supongo que el argumento de la influencia «negativa» puede tener otro significado. Sugiero considerar que quien pretenda emplear ese argumento puede entender lo «negativo» en un sentido moral y en un sentido no moral (olvidando el sentido de “ilicitud”). Es decir, la influencia de ciertos hechos o aspectos de la vida privada se puede considerar “moralmente” negativa o simplemente negativa en un sentido no moral.

Veamos un ejemplo de cómo quedaría reformulado el argumento que estoy comentando. Hace varias semanas se publicó en la prensa argentina una noticia relativa a un juez federal que solía frecuentar clubes homosexuales. Supongamos, entonces, que el argumento se plantee en los siguientes términos: si bien el comportamiento sexual es algo que forma parte de la vida privada del juez (y de cualquier persona, por cierto), ello podría influir en su conducta como funcionario, y esa influencia sería negativa. Por lo tanto, habría una razón para que ese aspecto de la vida privada se revelase (suponiendo que se logra acreditar razonablemente esa posibilidad de influencia, y asumiendo que logra demostrarse que cierta orientación sexual es negativa). Lo que deseo destacar es que en este caso se hablaría de algo negativo en términos “morales”; se dejaría al descubierto un aspecto “moralmente censurable” de la vida privada del juez (supuestamente, quiero decir. No pretendo sugerir nada en términos de comportamiento sexual).

Consideremos, ahora, un caso “no moral”. El mismo ejemplo del profesor Novoa puede servir: se trata de un funcionario que padece un severo trastorno nervioso. Se podría argumentar que ese aspecto de su vida privada puede ejercer una influencia decisiva en su conducta pública, y esa influencia sería negativa. Pues bien, un problema nervioso no es un problema moral.

Por lo tanto, creo yo que el argumento de la influencia negativa puede tener un correlato moral y uno no moral, que examinaremos a continuación:

b.i) Influencia “negativa” entendida en términos “no morales”¹⁰.

Puede ser el caso que un Presidente de la República se vuelva esquizofrénico, o que tenga Alzheimer u otra patología psicológica o psiquiátrica, o algún problema físico, como un cáncer terminal. En el ejemplo del avión, supongo que nadie dudaría que un ataque de epilepsia sería inconveniente o que podría influir negativamente en el aterrizaje. Lo que me parece claro es que estos no son problemas morales.

Pues bien, ¿es sustentable el argumento? En estos casos, puede estar involucrado el principio del daño a terceros, de modo que me parecería razonable o consideraría justificada la revelación de ese tipo de aspectos de la vida privada de un funcionario.

Ahora bien, supongo que lo “no moral” no se reduce a cuestiones de salud física o mental. No pretendo hacer un catastro de todas las que podrían ser incluidas en esta categoría. Lo único que me interesa destacar es que yo estaría más proclive a admitir intromisiones en la esfera de la intimidad por razones “no morales” que por razones “morales”, que son las que paso a considerar a continuación.

b.ii) Influencia “moralmente” negativa.

Esta categoría es la que me resulta más complicada. Volvamos sobre el ejemplo del juez. Asumamos que se trata de un comportamiento sexual moralmente censurable. ¿es esa una razón suficiente para develar ese aspecto de su vida privada?

Un planteamiento a favor de la revelación consistiría en sostener que los ciudadanos, al elegir a un funcionario público - por ejemplo, al Presidente de la República - tienen en consideración, entre otros aspectos, su calidad moral, la confianza que les inspira. Por ello, el derecho a saber y a indagar en su vida privada sería la forma de controlar que se mantienen los fundamentos de la confianza o, en el caso contrario, que ella debe ser retirada.

Frente a esta postura, que ciertamente no comparto, deseo formular varias observaciones:

1. En primer término, estoy dispuesto a admitir que los ciudadanos, al elegir a los funcionarios públicos, pueden o suelen tomar en cuenta aspectos “morales” de los funcionarios, pero esa es una cuestión fáctica; la pregunta que cabe hacerse es si eso debe ser así. Yo creo que no, por varias razones. En primer lugar, se podría alegar (aunque suene un tanto demagógico o emotivo) que al asumir el cargo, se suele exigir al funcionario que jure (o se comprometa a) respetar la Constitución y las leyes, pero no el código moral de la mayoría (o de una minoría o de quien exija el derecho a saber).

2. En segundo lugar, creo que si la variable “confianza-vida moral intachable” del funcionario fuere relevante en un sistema político (quiero decir “jurídicamente” relevante), ella debería formar parte de las causales de elegibilidad de los funcionarios, o de incompatibilidad o de inhabilidad para ejercer un cargo. Pero una rápida revisión de varias Constituciones no parece dar lugar a esta variable. En muchos países occidentales existen códigos o estatutos de ética que se refieren a la conducta de los funcionarios públicos,

10. No sé si llamarlas razones “prudenciales”.

pero en ellos -hasta donde sé- la variable “moral” no tiene cabida (con excepción de algunos casos, como el código de Costa Rica, y muy de cerca el que se pretende establecer en Chile)^{11 / 12}.

3. Una tercera objeción que deseo presentar en contra del argumento de la influencia «moralmente negativa» propongo denominarla “tecnocrática”. Permítanme primero precisar el contexto de la discusión: asumo que si se exige el derecho a saber y a revelar aspectos de la intimidad del funcionario, ello se hace para ejercer un control sobre él y, eventualmente, exigir su destitución o renuncia. En efecto, si se revela un aspecto de la vida privada porque influye o puede influir negativamente, supongo que ello se hace para evitar que eso ocurra o que se vuelva a repetir.

Así las cosas, si de lo que se trata es de evaluar a un funcionario, la pregunta que debemos hacernos es qué factores se deben tener en consideración. La postura que estoy criticando plantea que ciertos aspectos “morales” deben tomarse en cuenta. Sin embargo, ¿no es más importante su desempeño como funcionario?

Veamos ahora mi objeción tecnocrática con un ejemplo. Supongamos que nos aqueja un grave trastorno cardiovascular que requiere una delicada intervención quirúrgica. Para ello decidimos averiguar sobre los mejores cirujanos existentes en el medio, y obtenemos un ranking de los dos mejores. Supongamos que uno de ellos tiene un pasado (y también un presente) sórdido, pero su técnica es impecable y es reconocido como el más competente en su área. El otro, en cambio, si bien no alcanza en maestría al anterior, exhibe un expediente de vida privada ejemplar y admirable. ¿Qué factores debemos considerar para efectuar la elección? No me cabe duda que algunos preferirán al segundo, pero yo creo que si lo que se busca es excelencia profesional, debiera atenderse a ese aspecto, poniendo entre paréntesis otras consideraciones. Volvamos al ejemplo del piloto que yace en la cabina con ataque de epilepsia. Supongamos que indagamos a toda prisa si algún pasajero del avión sabe volar y el único candidato disponible es, o drogadicto, o transexual, o un conocido fanático shiita ponedor de bombas en jardines infantiles. ¿Hay que resignarse al destino y dejar que el avión caiga? ¿Debe inhabilitarse al sujeto para desempeñarse en esa situación?

Pues bien, en el caso de funcionarios públicos, asumo que esperamos que quienes desempeñen los cargos sean personas de la mayor competencia en sus áreas. ¿No deben ser evaluadas por esa competencia en vez de por aspectos relativos a su vida privada, por tortuosa o impresentable que sea?

Ante esta objeción que yo presento, puedo imaginar que mis contradictores formulen dos réplicas:

11. Algunos antecedentes que pude revisar corresponden a códigos, o proyectos de códigos o leyes, de Ecuador, Guatemala, Dinamarca, Argentina, Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Costa Rica, Egipto, Japón, Italia, Jamaica, Singapur y Australia. Los temas sobre los cuales versan, en general, estos códigos de ética se pueden agrupar en 12 categorías: influencia indebida, conflictos de intereses, revelación de información financiera y patrimonial (*financial disclosure*), remuneraciones y honorarios, obsequios, contrataciones, participación en actividades lucrativas fuera del parlamento, asesoría o servicios prestados a personas o entidades, actividades post-empleo, gastos de viajes, información privilegiada y sanciones. Ninguna de ellas se refiere a lo moral en el sentido en que se está empleando en esta parte.

12. Debo agregar que a fines de 1998 en Chile se estableció para la Cámara de Diputados un código de conducta, semejante al de Costa Rica.

a) En primer lugar, que aleguen el argumento de la “excepcionalidad” o de la emergencia. Podrían señalar que en el caso del avión, sólo por tratarse de una emergencia se permitirá al sujeto salvar la situación, pero no sería recomendable para una agencia que esté buscando pilotos comerciales. Además, en el caso de los funcionarios públicos, se podría decir que no suelen darse esos tipos de situaciones de emergencia, de modo que normalmente se tiene más libertad o mayor amplitud para elegir o seleccionar a los candidatos o buscar reemplazantes.

b) Una segunda réplica que mis contradictores podrían presentar consistiría en decir que la competencia o idoneidad profesional es muy importante, pero no es lo único que cuenta (o no es lo único que debe contar).

Frente a tales réplicas, señalaría lo siguiente:

En cuanto a la primera objeción, no me parece muy buena, en mérito a dos consideraciones. En primer lugar, es perfectamente concebible que se produzca una emergencia a nivel del gobierno, que requiera de los servicios de una persona reconocidamente competente, pero “censurable” o “discutible” en aspectos de su vida privada. Cierta cine de Hollywood se encarga permanentemente de proveernos de películas sobre emergencias nucleares, bacteriológicas, computacionales, cósmicas, o de cualquier otro tipo, que requieren de la rápida y oportuna intervención salvadora de algún profesional o experto (que normalmente existe y está disponible para salvar al pueblo norteamericano y, por añadidura, a toda la raza humana).

En segundo lugar, el argumento que presento no es aplicable sólo a emergencias. Supongamos que un gobierno decide armar un equipo económico del más alto nivel para impulsar el crecimiento del país. ¿Entre quienes debiera seleccionar los candidatos? ¿Sólo entre aquellos que satisfagan “otras exigencias” además de la versación técnica y profesional? ¿Qué ocurre si precisamente aquellos que se necesitan son “moralmente” “objektables”?

En cuanto a la segunda objeción, yo estaría dispuesto a admitir que quizá la competencia profesional o técnica de una persona no debe ser lo único que debe tomarse en consideración, pero, en mi opinión, decir que “eso no es lo único que cuenta” no avanza mucho el asunto. En efecto, si alguien sostiene que otras cosas deben tomarse en consideración, cabe preguntar: ¿qué ponderación debe dárseles? Si un candidato es descartado en un proceso de selección por tener una vida privada impresentable, queda claro que no sólo se están evaluando “otros aspectos” distintos del profesional, sino que el aspecto profesional en verdad, o no se está tomando en cuenta, o tiene un peso muy reducido. Lo que quiero decir es que con el argumento de que “hay otras cosas que también cuentan” probablemente se está invirtiendo la regla, haciendo contar sólo a aquellas otras cosas o dándoles mucha mayor prioridad. En consecuencia, creo que si alguien sostiene ese argumento de que “otros aspectos también cuentan”, asume la carga de presentar algún tipo de escala de ponderación.

4. Ahora deseo presentar un cuarto comentario a la tesis de que ciertos hechos “moralmente” discutibles de la vida privada de un funcionario deben ser revelados. Sugiero la posibilidad de distinguir entre hechos presentes y hechos pasados. Entre los autores que han estudiado el tema de la privacidad, algunos incorporan como un elemento de la misma el derecho al “olvido”. Se trata de ciertos hechos pasados de la vida de una persona, que desea olvidar y

cuya revelación pública sería enormemente lesiva para su reputación. Este tema se discutió en la jurisprudencia norteamericana, en un caso conocido como *Red Kimono*. Se trató de una mujer que fue prostituta y, además, fue sometida a proceso por asesinato, aunque finalmente fue absuelta; y estos antecedentes fueron revelados. Lo que se alegó fue que no existía ningún interés general en la revelación de esos antecedentes, y que ello sólo dañaba su imagen y su reputación. La Corte acogió este planteamiento.

Pues bien, creo que lo mismo podría aplicarse a quien se desempeñe como funcionario público. Si se habla de posibilidad de influencia, creo que esa posibilidad es muy distinta si se trata de un hecho presente o si es algo que pertenece al pasado. Si se acepta el argumento de que deben develarse hechos de la vida privada de un funcionario porque pueden influir, yo sugeriría limitar la develación a hechos presentes y no pasados.

Antes de concluir esta sección referida a analizar el argumento de la influencia «moralmente» negativa, deseo hacer una aclaración: he sugerido rechazar las consideraciones “morales” porque estoy dando a la palabra “moral” una cierta connotación. Si siguiéramos una terminología como la de Fuller, estoy pensando en la moral de aspiración, donde caben cuestiones como la moral sexual. Estoy pensando en un contexto de discusión moral como la célebre discusión protagonizada entre Patrick Devlin y H.L.A. Hart (aunque para Devlin el tema no era relativo sólo a una moral de aspiración sino una moral del deber). Entendida la moral de ese modo, me opongo a que consideraciones de ese tipo sean esgrimidas en contra de las personas (y de los funcionarios).

Sin embargo, soy consciente de que bien podría entenderse la moral en otro sentido y podrían darse argumentos morales de otro tipo para justificar el acceso a la intimidad de un funcionario. Por ejemplo, una argumentación utilitarista. Frente a eso, sólo puedo decir que no pretendo esbozar una teoría de la moralidad que dé lugar a distintas categorías, de modo que el asunto lo dejaré hasta aquí.

IV. COMENTARIOS FINALES

En esta parte final, deseo referirme a tres temas que no he logrado abordar: la mentira, la reducción del mercado político cuando se reduce la privacidad de los funcionarios públicos de elección popular y una explicación acerca del título de este trabajo.

1. La mentira

En este trabajo, expresamente he dejado excluido el tratamiento de la mentira. La razón es que, en mi opinión, ese tema presenta varias dificultades que ameritan una dedicación especial en otra oportunidad. Me limitaré a esbozar algunas dificultades y observaciones.

En primer lugar, tengo la impresión de que en el caso de la mentira, puede no tener mayor sentido distinguir entre vida privada y vida pública de un funcionario público. Mentir puede constituir un rasgo o inclinación de personalidad de un individuo que se proyecte a cualquier dimensión de su vida, sea pública, privada o bajo cualquier otra categoría.

En segundo lugar, respecto de la mentira en funcionarios públicos de alto nivel, se plantea un problema de confianza. Si pensamos, por ejemplo, en un Presidente de la República, los ciudadanos tienen una legítima expectativa de -y tienen derecho a exigir- confiabilidad de esa persona, confiabilidad que resulta defraudada por la mentira. Eso no ocurre necesariamente con hechos de la vida privada (como los ejemplos que hemos puesto en este trabajo) -aunque no se puede descartar el que ocurra- pero, sin duda, ocurre con la mentira, que daña la confiabilidad del funcionario.

En tercer lugar, una dificultad evidente para tratar el tema de la mentira y las consecuencias que deban seguirse en casos de mentira, es la gradualidad de la misma. Sin duda puede haber distintos tipos de mentira, o distintos calibres de mentiras, algunas más excusables que otras, o algunas que sean excusables y otras no. En tales circunstancias, ¿cómo saber como debe procederse cuando un funcionario ha mentado? Supongo que se requeriría una suerte de tipología de mentiras y su magnitud. Pues bien, creo que una tabla tipológica de mentiras, como se comprenderá, resulta sumamente difícil de imaginar. En estos casos, la casuística parece ser el único camino, y en ese sentido, difícil es teorizar o establecer parámetros de carácter general.

Un ejemplo sencillo es el siguiente. Supongamos que se propone como Secretario del Tesoro a una persona respecto de la cual se descubre que hace años atrás falsificó sus declaraciones de impuestos. ¿Debe revelarse ese hecho? Ese antecedente puede generar legítimas dudas acerca de si la persona es idónea para el cargo, y confiable. Por ello, creo que tal antecedente no debe quedar cubierto por la protección que se da a la vida privada. Como dije, el ejemplo es fácil, pero ¿qué ocurre si ha mentado en otros aspectos? Pueden haber situaciones muchos más complejas, que tornan difícil abordar el tema de la mentira.

2. Mercado político

Lo que me interesa poner de manifiesto en esta parte, aunque de manera muy somera y preliminar, es que la fijación del dintel de la privacidad de los funcionarios públicos de elección popular - como Presidente de la República o parlamentarios - puede tener una consecuencia no despreciable en el mercado político y, por esa vía, puede repercutir en las posibilidades de elección de los electores.

Supongamos que se decide fijar muy bajo el dintel de la privacidad de los funcionarios públicos de elección popular. Los posibles candidatos políticos tendrán en cuenta esa variable y la sopesarán a la hora de decidir si participarán en la política. Es previsible que algunos candidatos no estén dispuestos a ver mermada o violentada su vida privada y se marginen de participar en cargos políticos relevantes. Eso tiene como consecuencia una reducción del mercado político y los electores podrán escoger solamente entre aquellos que decidieron sacrificar parte de su vida privada. Pues bien, es posible que entre los candidatos que se marginaron existen buenos candidatos y los electores no podrán contar con ellos. En este contexto, cabe preguntarse qué resulta más conveniente: tener altísimas exigencias de transparencia de la vida privada de los funcionarios políticos y reducir el mercado político, o proveer mayor protección de la vida

privada y con ello ensanchar el mercado político, atrayendo más y mejores candidatos.

No deseo insinuar que siempre los mejores candidatos se marginan de la política y que lo que se presentan son siempre los peores. Lo que digo es que la reducción del mercado político deja fuera potenciales candidatos, entre los cuales pueden haber algunos muy buenos (y eventualmente podrían quedar fuera los mejores). Ese efecto debe considerarse al tiempo de resolver temas de derechos como la protección de la vida privada de los funcionarios públicos.

3. Colapso nervioso, epilepsia y conducta sexual impropia

Finalmente, debo reconocer que no he abordado de modo sistemático el colapso nervioso, la epilepsia y la conducta sexual impropia, expresiones todas que aparecen en el título que he dado a este trabajo. Sin embargo, estimo que lo que he señalado en el mismo permite adoptar una posición clara respecto de cada uno de esos tres tópicos. En casos de colapso nervioso o epilepsia, el principio del daño a terceros puede ayudar a determinar si esos aspectos de la vida privada de un funcionario público deben ser revelados. En lo que se refiere a conducta sexual impropia - expresión que constituye un buen modo de decir lo que no se quiere decir - lo expuesto en este *paper* permite sostener la postura de que se trata de un aspecto de la vida privada de una persona (incluidos funcionarios públicos de alto nivel) respecto del cual no parece existir ninguna buena razón para que sea considerado un asunto de interés general o que deba ser revelado al público (Véase lo señalado respecto de influencia negativa en términos morales).

