VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL *CASO ESCHER Y OTROS VS. BRASIL*, DE 6 DE JULIO DE 2009.

1. Llegan a la Corte temas novedosos -para esta jurisdicción- que concurren a integrar el amplio catálogo de cuestiones sobre las que trabaja, en beneficio de los derechos y las libertades de los habitantes de América, una jurisprudencia en constante desarrollo. Ciertamente se halla pendiente la revisión de un buen número de asuntos que interesan al estatuto del ser humano contemporáneo y que aún no han sido llevados al conocimiento de la Corte por medio de opiniones consultivas o casos contenciosos. Sin embargo, a las transgresiones tradicionales, que han sido el punto de arranque de esa jurisprudencia, se han agregado, con creciente frecuencia, nuevas cuestiones que abren el espacio de la reflexión y de la tutela. Entre éstas figuran algunos extremos que la Corte Interamericana examina en la sentencia sobre el *Caso Escher y otros vs. Brasil*, a la que agrego este voto.

2. Al lado de la vida, la integridad, la libertad, entre otros bienes de entidad mayor, se halla el extenso ámbito de la intimidad, región de la existencia que el orden jurídico de los derechos humanos -tanto el interno, desenvuelto en la preceptiva constitucional, como el internacional, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos- pone a cubierto de injerencias indebidas. Se trata de un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura -o confía- su desenvolvimiento, labra su destino, cultiva sus libertades. Constituye una "zona reservada", personalísima, solo transitable para su titular, que la preserva y gobierna. Este ámbito -dice la Corte- "se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública" (párrafo 113 de la Sentencia).

3. En esa intimidad -área y escudo de protección- aparecen, se analizan y resuelven muchos temas de la vida, amparados -siempre relativamente- frente a las circunstancias y protegidos de otras voluntades. Es, en suma, el espacio de reserva en el que se refugian las reflexiones y las decisiones, los pensamientos y los sentimientos, las experiencias y las esperanzas que informarán, en su hora, la conducta y el destino del ser humano. Ahí reside el individuo radical, en soledad y en libertad: frente al espejo en el que se contempla a sí mismo, sustraído a otras inquisiciones.

4. Por supuesto, la invasión de esta zona reservada confiere un poder inmenso a quien la practica y merma profundamente la autonomía de quien la padece. Ciertamente interesa preservar y desarrollar todos los derechos del creciente estatuto del ser humano, pero ninguno de ellos tendría suficiencia y lozanía si no arraigara en la intimidad de su titular. De ahí la importancia de preservar con eficaces garantías esta región profunda de la personalidad, y de ahí también la tentación creciente, cultivada por el autoritarismo de diversos signos -despotismo manifiesto o embozado- a trasponer la frontera de la intimidad, cautivar la zona reservada, someterla a escrutinio y disponer, a partir del conocimiento y la invasión, el destino de la persona. Es la forma principal, la más eficaz y expedita, de gobernar el pensamiento y la voluntad. Contra el derecho a ser "dejado en paz" -o dejado en soledad, en libre coloquio consigo mismo, al abrigo de solicitaciones e imposiciones- avanza el poder de conocer, intervenir, influir, decidir, sin que la persona lo autorice, lo quiera o incluso lo sepa. A menudo, el invasor opera con sigilo.

5. El progreso de la ciencia y la técnica -al que se refiere la sentencia del *Caso Escher y otros*-, que provee instrumentos de protección, también puede traer consigo la vulnerabilidad del individuo, en tanto aporta medios o instrumentos de invasión que hace algunos años apenas sospechamos. Si en otro tiempo se temió la "posesión" por medios fantásticos, hoy día se practica, en una versión "moderna" ajena a la fantasía, por conductos cada vez más complejos, penetrantes e invasivos. Esto vulnera el "sagrario inviolable" de la persona, disuelve la intimidad, abre a los ojos y oídos del mundo la zona reservada; gravita, en fin de cuentas, sobre el curso entero de la existencia. El "hombre expuesto", debilitado por la visibilidad indebida, desprovisto de autonomía, queda a merced del observador. Se actualiza, en suma, la operación panóptica de la existencia: el "ojo del hermano grande", la mirada inquisitiva y total, no respeta fronteras. Los observadores miran, escuchan, inquieren, invaden, y finalmente disponen. Si se permitiese el curso libre de las injerencias asociadas al desenvolvimiento de la técnica, éste resultaría una "fatalidad" derivada del progreso, no un beneficio sujeto a regulación y control.

6. Es verdad que rechazamos el secreto en el que refugia el tirano su arbitrio insoportable. Condenamos el arcano que encierra las claves del autoritarismo. Reprobamos la opacidad en el ejercicio del poder público. Exigimos -y logramos, paso a paso, también con el argumento que ofrecen los derechos humanos- transparencia en los actos de gobierno y en la conducta de los gobernantes. Enhorabuena. Pero al lado de esta claridad legítima acecha y avanza otra forma de observación: ésta no hace luz sobre la conducta del gobernante, sino invade la intimidad del gobernado, por obra de aquél, que así extiende sus poderes arbitrarios y anula o disuade, sin violencia ni mayor estrépito, el ejercicio de las libertades.

7. Existe, pues, un derecho a la vida privada, a la intimidad, a la incolumidad o integridad de aquella zona reservada de la existencia individual, la más profunda y discreta. No se trata solamente de amparar la buena fama, el prestigio, el honor, la admisión social del sujeto. El derecho a la intimidad -la privacidad, en su mejor expresión- existe con absoluta independencia de la fama o la posición social o pública de quien la tiene y disfruta. Es un bien en sí mismo, más allá de la lesión que cause el intruso, deliberadamente o no, en el goce y ejercicio de otros derechos, afectados por observaciones ilícitas o revelaciones indebidas.

8. Obviamente, estas invasiones pueden generar consecuencias lesivas o entrañar graves peligros en el disfrute y desempeño de otros derechos. De ser así, habría una doble lesión, como se observa en el mismo *Caso Escher y otros*, que pone de manifiesto la violación del derecho a la intimidad, por una parte, y su consecuencia -también violatoria- sobre el derecho de asociación libre y legitima. Por lo demás, la difusión ilícita del contenido de las comunicaciones extrema la violación, extiende el daño a la vida privada y cancela la intimidad.

9. Se ha dicho, con razón, que los derechos individuales no son absolutos. Es posible restringirlos, limitarlos, condicionar su ejercicio en función de bienes y exigencias de alto rango: derechos de terceros, bien común, por ejemplo. Sin embargo, esta frontera de los derechos individuales sólo cede bajo el control justificante y regulador de ciertos principios, exactamente los mismos que la Corte Interamericana ha explorado, con particular exigencia, cuando se refiere a las restricciones legítimas del derecho a la libertad, por ejemplo, a través de medidas cautelares: legalidad, necesidad (más aún, inevitabilidad: el medio empleado debe ser el único practicable), idoneidad, proporcionalidad, temporalidad. No hay restricción admisible cuando no quedan atendidos, en la especie, esos principios. Es preciso

demostrar que el poder público ha considerado la aplicación de cada uno de ellos en el caso concreto, y que la restricción ha pasado esta prueba de legitimidad.

10. En la sentencia del *Caso Escher y otros*, el Tribunal interamericano revisa el tema de la interceptación telefónica con motivo -real o aparente- de investigación penal. Obviamente, la protección de la intimidad no se limita a esta materia. Va mucho más allá del conocimiento ilícito de las conversaciones privadas por parte de terceros. Pero este conocimiento y la posterior difusión son el tema específico del *Caso Escher y otros.* La Corte no reprueba en forma absoluta la injerencia del poder público en el espacio de la libertad individual, la zona íntima y reservada, regularmente sustraída a invasiones o injerencias no conocidas, autorizadas y deseadas por el titular. Admite la posibilidad de llevar a cabo ciertas intervenciones, como se acepta, de mucho tiempo atrás, la invasión del domicilio -precisamente el "sagrario inviolable"-, la correspondencia, la circulación.

11. Ahora bien, la admisión de la injerencia queda condicionada a enérgicos requisitos, que marcan la frontera -en una sociedad democrática- entre el ejercicio legítimo de la autoridad y el abuso intolerable del poder. Entran en juego aquellos principios legitimadores de la conducta de la autoridad, cuya inobservancia entraña violación de derechos y trae consigo responsabilidad de quienes la cometen. Por supuesto, las exigencias que acotan la intervención en la intimidad del individuo, circunscriben la revelación de los hallazgos derivados de esa intervención. En el fondo, intervención y revelación son caras de una sola medalla: invasión de la vida privada, lícita o ilícita. La finalidad de justicia que pudiera justificar la interceptación -o la injerencia, en general, en espacios de la vida privada- cesa cuando sobreviene la difusión ilícita de información que debía quedar sólo en conocimiento y bajo el resguardo de la autoridad.

12. Es importante que estas cuestiones hayan quedado en el centro de la escena, a través de la sentencia de un tribunal de derechos humanos, porque en nuestra hora crecen las intervenciones en la intimidad, al paso que se multiplican las vías para practicarlas, no siempre con adhesión a los principios que hemos enunciado, conforme a estrictos procedimientos y bajo el control de las autoridades que debieran garantizar la protección de los derechos -singularmente, las autoridades judiciales-, todo ello dentro del discurso que contrapone, en una falsa antinomia, la seguridad pública y los derechos fundamentales. Esta retórica inadmisible y peligrosa –que es preciso denunciar constantemente- propone la reducción de los derechos so pretexto de la seguridad, o amenaza con la reducción de la seguridad a causa de los derechos. En varias ocasiones he impugnado -y lo hago de nuevo- este falso dilema, que pone en riesgo el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, con agravio o peligro para todos.

13. Para favorecer sus excesos, las tiranías "clásicas" -permítaseme calificarlas así- que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás operaban intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad.

14. En este campo conviene analizar y valorar cualesquiera conductas que impliquen detrimento del derecho a la intimidad, no para desamparo de la sociedad -que sería absurdo-, sino para garantía de sus integrantes. Ya señalamos que hay cauces, principios, y condiciones para la restricción de los derechos. Fuera de esos cauces, al margen de esos principios, sin atención a esas condiciones, sólo el autoritarismo prospera. El “1984” orwelliano no ha quedado atrás, aunque el calendario diga otra cosa. Pudiera encontrarse adelante.

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario