

X- LA PUESTA EN PELIGRO Y LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LA PERSONALIDAD EN EL PODER JUDICIAL Y EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

APRECIACIÓN GLOBAL DE LOS PROBLEMAS DESDE UN PUNTO DE VISTA EUROPEO

.....
PETER GILLES

Professor de Direito Privado, Direito Processual e Direito Comparado da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt.

I. Introducción: complejidad de la materia y restricción del tópico

A partir de una observación del amplio rango de aquellos intereses fundamentales del estado mismo, del público en general o de grupos especiales de la sociedad, del mundo de los negocios o de ciertas ramas comerciales o de la menos de las simples personas privadas, debe ser subrayado de antemano que el interés fundamental de un individuo es que su privacidad o su personalidad no sean consideradas como una mera luz de popa sino más bien como un faro que oriente en la escala de los mencionados objetos que han de ser protegidos.

1. Actualidad y dimensión del tema

Entonces es valioso mencionar con antelación que el tópico de la protección de la privacidad y de la personalidad en el Poder Judicial y en los procedimientos judiciales teóricamente, prácticamente y políticamente contiene

al menos tantos problemas como tópicos tales como la protección de la seguridad del estado o

del bienestar público, de los secretos de los negocios o de los intereses del consumidor, y también su actualidad no es, de ninguna manera, inferior a aquéllos. Temas clave y eslogans tales como los casos de violación en la era de la liberación femenina y de la igualdad de trato para los sexos, exámenes médicos obligatorios en la era del SIDA o la aplicación de aparatos de escucha en la era de la alta tecnología podrían ilustrar cuán actual es el tema aquí discutido. Aún más, éste tiene una inmensa dimensión en tanto y en cuanto implica un sujeto de protección de los intereses privados frente a posibles violaciones provenientes de la justicia estatal, de los procedimientos judiciales o por la conducta práctica de los jueces, un sujeto de protección que a su vez está conectado con los debates alrededor del mundo para la búsqueda de mayor humanidad en el derecho y en la justicia así como también con

los movimientos nacionales e internacionales preocupados por la protección de la dignidad humana o por los derechos humanos y constitucionales; y con una gran cantidad de impulsos fuera de la creciente discusión acerca de los derechos de cada uno a que se respete la propia personalidad, individualidad, privacidad o intimidad; y esto sin contar otros derechos como los que se derivan del campo de la protección de datos.

2. Multiplicidad y diversidad del tema

Además el tópico es, en sí mismo, extremadamente complejo por las siguientes razones: Primero que todo, las palabras “privacidad” o “personalidad” son usadas por todas partes pero no han sido precisadas en ningún lugar. Esto significa que el objeto de protección es difícil de comprender y por ello dar una respuesta a la pregunta de en cuáles casos la privacidad o la personalidad de un individuo ha sido tocada, seriamente dañada o realmente violada por algunas medidas de la administración de justicia es algo difícil de conseguir. Esto es también cierto aún si describimos el objeto a ser protegido como el derecho del individuo a ser respetado en su propia dignidad, como el área “intocable” de la vida matrimonial, familiar y sexual de cada uno, como el centro de espíritu, de la emoción y del alma, como la vergüenza y el honor, como la libertad de decisión, de creencias, conciencia, convicción o más generalmente como el derecho de todos a no ser molestados y a decidir por nosotros mismos. Y aún esto no ayudará mucho si no intentamos dividir la privacidad y la personalidad en una serie de derechos especiales como el derecho al nombre, a la imagen, a la palabra hablada, a los datos personales o a los secretos privados.

La segunda razón que apunta a sustentar la alta complejidad de nuestro tópico tiene que ser vista desde la perspectiva de los diferentes sistemas nacionales de organización del poder judicial, sistemas que se caracterizan por contar con innumerables posibilidades y circunstancias, no sólo en la estructuración de los procedimientos, sino también en la ejecución de las prácticas forenses, creando esta inmensa diversidad una serie de hipótesis en las cuales es posible

determinar peligros o infracciones a los mencionados objetos que deseamos proteger.

Y en tercer lugar, en cada una de las naciones y en las culturas legales encontramos una amplia variedad de reacciones legales o judiciales o de medios de manejar los mencionados fenómenos y de resolver los problemas involucrados.

3. Necesaria limitación del tema

Tal multiplicidad y complejidad de la materia hace que las simplificaciones radicales y las restricciones que de seguido se harán sean inevitables.

En primer término no intentaré describir el fenómeno real de la privacidad y la personalidad en detalle ni tampoco intentaré describirlo del ambiente extremo que le rodea correspondiente a la esfera pública.

En segundo lugar, tales preguntas legales, las cuales tienen un carácter y una importancia supra o transnacional, sólo han de quedar expuestas, ellas surgen por todas partes y sin importar todas las diferencias particulares en las estructuras y en los procedimientos de los sistemas judiciales nacionales.

En tercer lugar, en lo que se refiere a los aspectos comparativos o internacionales de nuestro tópico restringiré mis comentarios a las situaciones legales o solamente a algunas reglas específicas en uno u otro país europeo que tenga una naturaleza representativa o ejemplificativa.

En cuarto lugar, la exposición se concentrará sólo en los procedimientos ordinarios, lo que significa que se tratará del procedimiento civil y penal lo que no significa que no habrá similares o aún más agudas infracciones a la privacidad o a la intimidad en otros tipos de procedimientos, como sería en asuntos no contenciosos de custodia o de curatela en la jurisdicción voluntaria.

Quinto: Solo comentaré los procedimientos de toma de decisión de los tribunales civiles y penales, mientras que omitiré referencias de los

procedimientos de ejecución y aplicación, así como también de los procedimientos preliminares aún cuando en ellos los derechos personales y privados son puestos en peligro de una manera especial en los diferentes tipos de antejuicios (o fases preliminares) en el campo de la averiguación de personas privadas o en el campo de la investigación en manos de fiscales y de la policía así como también en los diferentes tipos de procedimientos auxiliares que contienen o implican la utilización de la fuerza pública o de violaciones públicas en contra de las personas tales como penalidades coercitivas, arrestos para poner en ejecución órdenes de los tribunales, multas por desacato a los tribunales, prisión preventiva y asuntos por el estilo.

Y en sexto lugar, trataré de dirigir su atención a los problemas que son sujeto de discusión, en otras palabras, los casos límites, mucho más que a los problemas, donde las violaciones de la personalidad o de la privacidad - por ejemplo en casos de tortura - son o deberían ser completamente obvios y evidentes para todos.

4. Prototipo de un procedimiento legal como punto de partida de la discusión

Observando todas estas limitaciones del tópico, alguien podría preguntarse, si aún queda algo de qué hablar. A quienes se hacen esa pregunta puedo asegurarles que aún queda una masa de preguntas que hacen necesario la sistematización o categorización de estos problemas de alguna manera.

Por esta razón el punto de partida debe ser el prototipo de proceso judicial de toma de decisiones, el cual probablemente podría ser descrito en forma mucho más social que jurídica como un sistema, normalmente público, de interacción entre personas privadas y funcionarios integrados en el ámbito de la justicia en el cual las materias legales son de alguna manera canalizadas, formalizadas y proceduralizadas, donde se produce un sometimiento factual de los participantes oficiales o privados de la demanda legal y un proceso de información recíproca entre los participantes, donde toma lugar una comunicación factual y legal respectivamente, donde los hechos inciertos, negados o replicados

son esclarecidos, explorados o investigados y en donde al menos los resultados del procedimiento, la audiencia y el proceso de decisión son documentados, distribuidos o hasta publicados.

II. Sinopsis de los principales problemas sobre la base de situaciones características de un procedimiento legal típico en caso de materias muy personales o estrictamente privadas

En concordancia con las etapas recién mencionadas o de las situaciones características de un procedimiento legal típico, los problemas de cómo proteger los intereses individuales en los sistemas judiciales y procedimentales se referirán en primer lugar a la justicia en sí misma, o sea, a la pregunta general de la justiciabilidad de ciertas materias legales, luego al procedimiento o las formas exteriores del tratamiento judicial de ciertos casos, además de la sumisión factual, procuración, información o comunicación dentro de un juicio en corte, y luego a las investigaciones o establecimiento de hechos por la corte o al menos a la documentación o publicación de los resultados del procedimiento.

1. Problemas de justiciabilidad

Siguiendo la difícil clasificación de problemas involucrada, el primer problema que surge con la privacidad en este contexto es el de contestar la pregunta fundamental de cuáles casos con un carácter muy personal o privado pueden ser sujeto de un procedimiento legal. Entre nosotros este problema es conocido como la pregunta de “justiciabilidad” o de accionabilidad de ciertas materias legales.

Por ejemplo, el conocimiento o el temor de una posible violación a la privacidad en los procedimientos legales juega un importante papel en muchas discusiones de política legal acerca de la criminalización o no, respectivamente, de

determinados comportamientos desviados en el campo del derecho penal. Lo mismo tiene validez para el sector de derecho civil en lo que se refiere a la pregunta si se ha de considerar demandables ciertas materias con implicaciones muy personales. El pensamiento subyacente es que aquellas materias privadas o personales están más expuestas a ser dañadas al exponerlas al proceso público o aún al darles cualquier protección legal.

En el campo del derecho penal tenemos multitud de ejemplos de esto en el ámbito de los delitos sexuales. Existe por ejemplo la abolición de la responsabilidad penal por adulterio en Italia en el año 1968, abolición que ha sido guiada por el pensamiento de que la investigación y la persecución en este tipo de materias llevaría a una insoportable interferencia en la esfera privada de las relaciones vitales y de pareja. Las mismas consideraciones pueden ser encontradas, mientras tanto, en las discusiones que se han producido a lo largo de toda Europa acerca de la criminalización de la así llamada violación dentro del matrimonio.¹ Los opositores a la creación de tan novedosa provisión penal reclaman que esto implicaría una investigación “detrás de la puerta del dormitorio” y de allí que las cosas más íntimas de la relación de pareja estarían destinadas a ser llevadas a la luz pública.

En lo que se refiere a la pregunta de la justiciabilidad en el derecho civil, pueden observarse una gran cantidad de ejemplos especialmente en el campo del derecho matrimonial y de familia. Las cortes europeas con bastante frecuencia rehúsan acciones legales por interferencia en la relación marital por un tercero y especialmente acciones por daños o por mandamientos permanentes de un esposo contra el otro o contra un tercero, por ejemplo en los casos de adulterio, así como también por demandas legales sustancialmente de defensa basadas en el insulto, la violación de la personalidad o de la comunidad conyugal.²

Otro importante ejemplo es el cambio en la ley de divorcios que ha pasado del principio de la falta al principio del rompimiento del matrimonio que fue llevada a cabo en varios países europeos desde finales de los años setenta.³ De acuerdo a este principio la ruptura del matrimonio se presume a partir de que los esposos hayan llevado

una separación de cuerpos⁴ por un período de tiempo. El objetivo de esta medida legislativa es evitar el llamado “lavado de ropa sucia” frente a los tribunales y la investigación de circunstancias íntimas y personales de los esposos, lo que ha sido el caso por décadas bajo el imperio de la regla de la falta. Ésta es la razón también por la cual algunos sistemas legales se niegan a dar carácter de demandas sustanciales o de conceder derechos subjetivos a ciertas materias civiles, las cuales por ello no pueden ser sujetas de un procedimiento legal público o convertirse en un asunto de interés del poder judicial del todo.

Por otro lado, en el ámbito del derecho civil, se puede encontrar el fenómeno de ciertas demandas sustanciales que están garantizadas pero su accionabilidad es denegada por razones del riesgo de intromisión judicial o procedimental en los intereses privados. Un ejemplo de esto lo constituye las reglas del compromiso que establecen la obligación de los novios de casarse, pero se deniega una acción para proceder al matrimonio a fin de no afectar el ejercicio libre de la voluntad de las partes.⁵ Además en la legislación familiar de Europa se reconoce la obligación mutua de los esposos a la comunidad conyugal, la cual verdaderamente puede ser defendida por una acción. Pero no hay - yo diría: naturalmente - ninguna posibilidad de aplicar en el respectivo juicio una ejecución forzosa estatal.⁶

Permítaseme también mencionar la peculiaridad del derecho civil suizo⁷ y alemán⁸, en donde los estatutos y las opiniones judiciales indican que los adúlteros y otros mediadores comparables de la relación de pareja tienen sustanciales reclamaciones salariales pero ninguna protección judicial por las razones de que la revisión judicial violaría la privacidad de los compañeros mediados si el estipendio es obtenido por cuenta propia.

No es necesario decir que estos ejemplos revelan un claro repudio del principio teórico básico de que las demandas sustanciales y su aplicación procedimental son una forma de unidad inescindible. Esto porque en mi opinión las demandas legítimas no deben ser denegadas sólo por la razón de posibles complicaciones procedimentales. Tampoco sería una solución adecuada al problema denegar totalmente la

protección judicial ya que se produciría por esta vía una severa violación al principio de que todo ciudadano tiene recurso ante un tribunal o acceso a la justicia, el cual es incorporado en muchas constituciones.

En lugar de ello, han de tomarse especiales precauciones procedimentales dentro del sistema judicial o del procedimiento mismo a fin de minimizar o prevenir cualquier interferencia con intereses fundamentales del individuo.

Esto conduce a nuestro segundo rango de problemas, que es la cuestión de cómo debe ser organizado un procedimiento o qué otra forma, fuera del juicio legal, ha de ser escogida con el fin de proteger los derechos individuales en los casos legales con un carácter o naturaleza altamente íntimo y personal.

2. Problema de tratamiento procedimental

El principal aspecto con el que ha de tratarse en este contexto es el principio de audiencia oral que opera en todos los países de Europa occidental.⁹ Este principio es considerado como un importante medio para el control público del poder judicial. El efecto esencial de este principio debe ser visto hoy en día como satisfacción de los intereses públicos de información y control al abrir las puertas del tribunal a los medios de comunicación colectiva.¹⁰

Sin embargo, esta “publicidad de los medios”, como yo la llamaría, intensifica el problema bajo discusión en una extensión considerable, si los detalles de un juicio con un carácter muy personal o algunas veces íntimo son divulgados a través de la radio, la televisión o las revistas, con frecuencia de una manera espectacular y sensacionalista. Las partes, actores y demandados, testigos y otras personas involucradas en la demanda legal tienen, por supuesto, un interés legítimo en el secreto, y este interés es satisfecho en todas partes de Europa Occidental a través de la posibilidad de una total o al menos parcial exclusión del público. Esta exclusión puede ser tanto una obligación legal o puede también ser decretada por la corte, o también puede ser aplicada por las partes.¹¹ Al lado de estas reglas de exclusión para proteger - como los textos lo dicen- “la vida privada”, la

“esfera personal de vida” o la “intimidad de la vida privada” (*l’ intimité de la vie privée*), existen múltiples disposiciones reglamentarias acerca de la no publicidad o al menos la publicidad restringida del procedimiento especialmente en casos de protección¹² de la familia, los padres y niños¹³, asuntos de institucionalización o casos que se tramitan ante tribunales de menores (*juvenile courts*).¹⁴ Aún un buen número de estas disposiciones establecen que el interés privado en el secreto que concierne a ciertos hechos tiene que retroceder si existe un poderoso interés público que demande la discusión pública de estos hechos.

En lo que concierne al interés de la publicidad de los medios es necesario mencionar las reglas europeas de procedimientos, las cuales generalmente prohíben (o para un caso particular) las grabaciones de sonido, o las transmisiones radiofónicas o televisivas y aún la toma de fotografías en la sala de juicio.¹⁵ Al menos se le permite al juez restringir estas formas de publicidad de los medios, a fin de garantizar la protección pública de las personas concernidas.¹⁶ En este contexto no se debe olvidar algunas reglas del procedimiento penal que prohíben la lectura de ciertos documentos como registros públicos o certificados médicos.¹⁷

Por otra parte podría ser de algún interés, especialmente en los así llamados “países machistas”, decir que en 1986 la República Federal de Alemania puso en vigor una nueva Ley de Protección a la Víctima. Esta ley fue iniciada tomando en consideración la insoportable circunstancia que se producía en muchos casos en donde se ventilaban asuntos de violación y otros de carácter sexual, juicios sobre los cuales los medios reportaban con frecuencia de una manera desagradable y vergonzosa.¹⁸ Con esta ley se ha diseñado conjuntamente una nueva disposición en la Ley de Alemania de la Judicatura de acuerdo con la cual el público puede ser excluido cuando existan hechos concernientes a la vida personal de la parte, un testigo o una persona que ha sido lesionada por un acto ilegal, o sea, la víctima.¹⁹ La exclusión puede ser puesta en práctica si la discusión pública de los respectivos hechos puedan violar intereses garantizados mediante esta protección, si no existe interés público

preponderante en la discusión pública de esos hechos.

Aunque esta disposición no prevendrá completamente cualquier clase de tratamiento impropio de víctimas de violación durante un proceso legal, ésta ha conducido a un importante cambio de énfasis en la tensa relación entre el interés en la averiguación de la verdad y la protección de la personalidad privada.

En los procedimientos escritos o en aquéllos en donde el procedimiento se lleva a cabo mediante alegatos, las legislaturas nacionales han tomado en cuenta el interés de las partes, dando derecho de inspeccionar los expedientes sólo a aquéllos directamente involucrados en el proceso. Los terceros tendrían acceso al expediente solamente en el caso de que alegaran un interés legítimo²⁰, en otro caso su acceso sería inadmisibles debido a esta prohibición general de acceso dirigida al público. Para el resto, aún existen opiniones bastante distintas, no sólo en el nivel nacional, en lo que se refiere a la inspección de los expedientes, sino que también en el nivel de comparación internacional, principalmente por la insuficiencia de las normas pertinentes. Es por ello que tomo unos pocos ejemplos:

En casos de auxilio legal algunos países rehúsan el derecho al oponente a inspeccionar los expedientes, si los documentos involucrados contienen información acerca de las circunstancias económicas y personales de la persona propuesta.²¹ Muchos países restringen fuertemente el acceso a los expedientes de terceros y aún de autoridades públicas en juicios de divorcio.²² Lo mismo vale especialmente para opiniones médicas y documentos comparables que están sujetos a discreción profesional.²³

En este contexto, permítaseme referirme a los problemas conectados con el envío de expedientes a través de la asistencia administrativa que es requerida para la transmisión de los archivos.²⁴ Este asunto hasta recientemente ha concitado el interés legal bajo el aspecto de la protección de los datos y de la personalidad, desde que ya no es más tolerable que las cortes y otras autoridades públicas, a través de la vía de los canales oficiales, obtenga fácilmente registros criminales y de impuestos o incluso archivos

referidos a asuntos no contenciosos tales como asuntos de guardia y custodia, asuntos de curatela y de institucionalización o incluso archivos de otras autoridades públicas como oficinas de bienestar juvenil, autoridades de bienestar social y otras. En muchos de esos casos aquellos archivos y expedientes no fueron tratados con la suficiente confidencialidad a pesar de que contenían datos extremadamente sensibles e íntimos.²⁵ Una revelación de estos datos ocurre especialmente si los archivos requeridos son usados dentro del alcance de la demanda legal que no está fundamentando una tan estricta protección de la personalidad en su carácter de demanda como si lo hacen los archivos de donde procede. Junto a la posible violación de intereses personales y privados, algunas veces se agrega el riesgo de que los esfuerzos de educar, curar o de realizar los ajustes sociales correspondientes, tomados por otras instituciones públicas, sean puestos en peligro. En la República Federal de Alemania se trata de solucionar estos problemas por medio de la recientemente planteada Ley de Información Judicial.

3. Problemas de sumisión factual y de audiencia en corte

La meta de todo proceso de toma de decisiones es obtener una sentencia correcta basada en hechos verdaderos. Por ello, las reglas del procedimiento han de proveer que los méritos del caso sean procurados de una manera tan apegada a la verdad y a la completez como sea posible. En los procedimientos civiles esta tarea es principalmente llenada por las partes y en alguna extensión por el tribunal mismo, mientras que en el procedimiento penal este trabajo de promover la obtención de la verdad es realizado por las autoridades de la investigación y de la acusación, que es especialmente la fiscalía, pero adicionalmente también la corte y aún el acusado mismo.

Estos procedimientos preliminares realizados por las autoridades públicas, así como también el proceso de toma de decisiones en el tribunal penal son puntos focales de nuestro tópico, porque la eficiencia de un procedimiento penal realmente provoca infracciones a los derechos del acusado y su degradación a un mero objeto del procedimiento en tanto y en cuanto es

usado como un medio de investigación y evidencia. De una parte, se le concede al acusado el derecho de declarar o de rehusarse a brindar evidencia²⁶, y por otra parte, sin embargo, y esto es controversial tanto en el plano nacional como internacional, si en adición a esto el acusado debiera tener el derecho a negar obstinadamente o aún mentir o incluso hacer declaraciones falsas punibles. La opinión dominante sostiene que el acusado no tiene que ser un testigo en su contra y que no hay obligación a la autoincriminación²⁷, el acusado debe ser privilegiado de testificar o de responder. Sin embargo, los tribunales pueden bosquejar conclusiones negativas de tales actitudes.

Además, la mayoría de reglas europeas del proceso penal establecen la obligación del acusado de aparecer en corte y en el juicio en particular.²⁸ El acusado está obligado a ponerse a sí mismo a disposición de la corte a fin de realizar una inspección o de someterse a las medidas tomadas por departamentos de registro, tales como el de fotografía y el de recolección de huellas dactilares. Debe tolerar su sometimiento a una observación psiquiátrica o a un examen médico incluyendo la toma de muestras de sangre.²⁹ Es obvio que estas medidas pueden violar severamente los derechos del acusado a su personalidad si se rehúsa a prestar su consentimiento. Independientemente de esto, las reglas relevantes del procedimiento en los diferentes sistemas legales ni omiten tomar en cuenta la protección de los derechos del acusado o simplemente contienen prescripciones bastante vagas como aquella que sostiene que aquellas medidas no habrán de ejecutarse en el caso de que existan posibles riesgos para la salud. La Ordenanza Procesal Penal Alemana establece en un único caso de una manera totalmente distinta que los exámenes físicos de una mujer, que pueden lesionar el pudor, deberán ser realizados por otra mujer o por un médico y que tales exámenes habrán de ser presenciados por otra mujer o por un pariente.³⁰

Aún más, el acusado habrá de aceptar el secuestro o comiso de artículos personales o incluso de su correo, una vigilancia de sus llamadas telefónicas³¹, una requisita personal o una búsqueda en sus cosas incluyendo una inspección incluso de documentos privados y otras medidas más.³²

En alguna medida, hasta los testigos han de sufrir un detrimento de su personalidad, ya que investigación física sin su consentimiento, si por ejemplo llevan consigo rastros de un delito o si ha de investigarse el origen o la condición de la sangre.³³ Con los testigos los límites legales son mucho más cerrados que con relación al acusado, aunque también presentan suficiente vaguedad. Así es que ha de mencionarse aquí también que la nueva Ley Alemana de Protección a la Víctima, en lo que se refiere a los casos de violación, ha producido una mejora al establecer que las preguntas que se refieran a la esfera personal de la vida o a hechos deshonrosos han de ser preguntadas sólo si es indispensable.³⁴ Además existen reglas de acuerdo con las cuales, en exámenes cruzados, el juez que preside tiene el derecho de prohibir el examen de testigos o expertos por el fiscal o el acusado si ellos hacen un uso impropio de su autoridad examinatoria. En adición a ello, el juez puede desaprobar preguntas que “le parezcan inapropiadas o no correspondientes a la materia”.³⁵ En este mismo contexto encontramos la regla que da el derecho a examinar testigos niños y jóvenes sólo al juez que preside debido a razones de la psicología del examen. El juez podría permitir el interrogatorio a otras autoridades públicas si no se constata una desventaja para el bienestar del testigo.³⁶

En algunos otros aspectos, tradicionalmente la protección de testigos y expertos está organizada de un modo que tiene mayor alcance: con el propósito de evitar dilemas morales estas personas son privilegiadas de testificar tanto por razones personales como la de ser parientes cercanos o por razones profesionales, como es el caso de los clérigos, abogados, médicos o periodistas. Estos testigos, aún más, tienen el derecho de rehusarse a brindar evidencia si haciéndolo pudieran colocarse, personalmente, en la persecución penal.³⁷ La última decisión jurisprudencial en el ámbito de la República Federal de Alemania³⁸ que trata de los temas antes mencionados proviene de un Tribunal Regional, de acuerdo con la cual una persona consejera para drogadictos no es privilegiada de testificar aún alegando razones de que la revelación del nombre del drogadicto a las autoridades de la persecución penal podría poner en riesgo una efectiva terapia,

ya que dicha persona consejera ha de testificar en nombre de una efectiva justicia.

En lo que respecta a la confirmación por la vía de juramento, en la mayoría de los casos se provee que la toma del juramento puede ser hecha con o sin la afirmación religiosa. Se permite parcialmente a las personas pertenecientes a otros cultos religiosos a usar su propia fórmula de juramento o incluso no hacer ninguna si el respectivo testigo no quiere hacer ningún juramento por razones de creencias o conciencia.³⁹

Otro medio de protección lo constituye la disposición contenida en la nueva Ley Alemana de Protección de la Víctima, la cual permite remover al acusado del juicio si su permanencia en la sala pudiera ocasionar considerables desventajas para el bienestar de los testigos menores de edad o posible daños a la salud física o mental de otros testigos.⁴⁰

En el proceso civil existen problemas comparables, aunque es primariamente el actor quien tiene la obligación de plantear los hechos mientras que el demandado es libre de entrar a la demanda y hacer cualquier manifestación.

Si alguien sostiene, como yo preferiría, que en los procedimientos civiles a las partes no se les permitiera someter al tribunal lo que deseen sino que tienen el deber legal de alegar con la verdad y en forma completa, entonces ha de decirse que de acuerdo con una opinión legal bastante conocida este deber no ha de ir tan lejos como para obligar a que lo que se somete al tribunal vaya directamente en un deshonor a la parte o aún conducir a una persecución penal.⁴¹

Sin embargo, es más controversial plantear hasta qué punto una parte en una demanda civil está obligada a alegar hechos desventajosos. En mi opinión, esto sólo puede ser afirmado si se lleva adelante el criterio de que demandar la verdad y la justedad en los procedimientos civiles.

Además, existe, dentro de ciertos estrechos límites, el deber de las partes y de terceras personas de tolerar exámenes físicos en los procedimientos civiles también, especialmente exámenes de sangre para la determinación de la paternidad.⁴² En lo que concierne a los privilegios

de testigos y expertos, las reglas del procedimiento civil son similar a las reglas de los juicios penales para proteger los derechos de la personalidad de aquellas personas. Encontramos tales privilegios por razones personales para los novios o parientes cercanos, clérigos, periodistas y personas portadoras de secretos⁴³ y algunas otras por razones factuales⁴⁴ en los casos que un testimonio pudiera causar un directo daño a la propiedad, que pudiera ser deshonoroso para el testigo o llevar a una persecución penal o que la declaración pudiera conllevar la revelación de un secreto de negocios. Lo mismo tienen validez para el derecho de impedir una opinión de un experto.⁴⁵

Se puede concluir que tanto para el proceso penal como para el proceso civil, el descubrimiento de la verdad no tiene lugar a cualquier precio. Esto es cierto no sólo para el hecho de la procuración y la clarificación de circunstancias de hecho, pero aún más para la determinación o investigación de hechos o los procedimientos de producción de la prueba, los cuales quiero discutir seguidamente.

4. Problemas de la averiguación de los hechos y de la investigación

Especialmente en el campo de la investigación de los hechos en el proceso penal se crean una gran cantidad de severos problemas, los cuales se mantienen bajo discusión, porque es realmente inherente al proceso penal la intromisión en la personalidad del acusado. La razón de esto es que las sanciones y otras medidas distintas al castigo, en lo que se refiere al trato con serios delitos, tienen conexión no sólo con el delito penal pero también con el delincuente mismo, ya que la teoría de la readaptación o reajuste social del delincuente obliga a una investigación en la personalidad completa del delincuente. Ello agrega que la clarificación y la averiguación de hechos criminales en la mayoría de juicios es bastante difícil no sólo en el caso de delincuentes peligrosos sino también en vista de las inminentes sanciones penales aún en el caso de delincuentes normales. Así las autoridades de la persecución penal están regularmente forzadas a usar mayor o menor presión en el delincuente a fin de que declare o quizá aún hasta que confiese. De acuerdo a las normas europeas del procedimiento es prohibido, sin embargo, compeler a una

declaración con violación al libre ejercicio de su voluntad.⁴⁶

Por ello, ciertos métodos de exámenes no son permitidos, como, por supuesto, el maltrato, la fatiga, la interferencia física, administración de drogas, el tormento, el engaño, la hipnosis, la amenaza o la promesa de beneficios legales no proveídos. Al lado de esto se prohíben las medidas que pueden perjudicar las facultades del acusado de recordar o su capacidad de comprender. En adición a eso algunos países prohíben las preguntas capciosas, sugestivas, o incluso irrelevantes como por ejemplo preguntas dolorosas acerca de la vida sexual si no hay directa conexión con el delito bajo investigación. Todas esas reglas se aplican también a los testigos y a los expertos.

El uso del detector de mentiras, hasta donde sé, en forma distinta a los Estados Unidos - es estrictamente prohibido en toda Europa - ya que - y esto de acuerdo al Tribunal Constitucional Alemán⁴⁷, tal comprobación hace del acusado un mero apéndice del aparato y lo degrada en su condición de persona.

Al lado de estas restricciones del examen de los acusados y de los testigos en el proceso penal hay una gran cantidad de reglamentaciones y de reducciones acorde con casos fallados en material civil y penal para la toma de evidencias. Ciertas pruebas son inadmisibles y en ciertos casos la evidencia no se toma del todo. Es prohibido por ejemplo hacer archivos o índices de tarjetas (tarjeteros o ficheros) con datos sensibles o documentos médicos tales como reportes de exámenes médicos o hacer materia de evidencia escrita los archivos de una oficina de consultoría en materia de problemas de drogas.⁴⁸ Lo mismo vale para los diarios, cartas de amor, notas privadas u otros archivos privados⁴⁹, mientras que debe ser admisible el uso de archivos de memoria aún concernientes a conversaciones confidenciales de compañeros de negocios. De acuerdo con una reciente decisión de una corte de distrito alemana⁵⁰, también es posible secuestrar ficheros de tarjetas de los pacientes y certificados de seguro de salud en un salón de consulta de un médico si estos documentos son aptos para condenar al médico por fraude aseguradora.

Pero el centro absoluto de nuestros problemas es el debate acerca de la denominada en Estados Unidos teoría del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado). Este debate concierne a la pregunta de hasta qué punto las pruebas o los resultados de la evidencia, que han sido obtenidas mediante métodos ilegales, muy especialmente por la infracción de provisiones legales o aún derechos básicos, puede ser usada en el proceso. Esta pregunta es ciertamente la más discutida y controversial dentro del ámbito total de nuestro tópico y las respuestas que han sido dadas por los diferentes sistemas legales son extremadamente diversas. En los Estados Unidos y en Gran Bretaña igual que en la Unión Soviética⁵¹ no existen, como ustedes podrán saber, y esto en forma sorprendente, casi titubeos en utilizar prueba que ha sido ilegalmente obtenida. La investigación de la verdad en el procedimiento legal tiene prioridad aún sobre una intrusión en la esfera íntima de la vida, mientras que los países europeos, con la República Federal de Alemania en una posición de liderazgo, tienen severos escrúpulos contra el uso de tal tipo de evidencias.⁵² Basados en decisiones de las más altas Cortes y aún de Tribunales Constitucionales Federales, los países europeos prohíben el uso de evidencia que ha sido obtenida con violación del secreto de la correspondencia o de las telecomunicaciones y más que nunca el uso de la información que ha sido obtenida por el empleo ilícito de aparatos de vigilancia secreta, por grabaciones secretas de llamadas telefónicas o por grabaciones magnetofónicas secretas.⁵³ Las declaraciones de testigos que van en directa lesión a las disposiciones sobre el secreto o contra el deber de los testigos de guardar secretos podrían también no ser utilizadas. Lo mismo vale para las declaraciones de compañeros de prisión, que han sido canalizadas en la celda del acusado por la policía⁵⁴ o la declaración grabada de un sospechoso quien -inducido por la llamada de un agente encubierto - se incrimina a sí mismo.⁵⁵

En lo que concierne a la procuración de evidencia por agentes encubiertos o agentes provocadores las opiniones aún difieren ampliamente.

Para completar la línea de ejemplos permítaseme finalizar mencionando la prohibición de utilizar grabaciones privadas u otros

documentos o fotografías y películas que han sido obtenidas - como en el caso Watergate - por medio de acciones punibles como, por ejemplo, por robo.

La idea de la protección de la privacidad de las personas concernidas y la salvaguardia de la simplemente intocable esfera de la organización de la vida privada.⁵⁶ Sin embargo, esta idea es con frecuencia relativizada si casos de la más alta criminalidad, como el terrorismo, el homicidio, el espionaje, el chantaje o exacción por medio de amenazas están concernidos. En estos casos una eficiente persecución penal en interés del público es considerada tan importante que puede legitimar aún el uso de prueba ilegítima. Sólo recientemente el Tribunal Federal Alemán⁵⁷ declaró que archivos similares a un diario de un acusado, que contenían la descripción de sus problemas de contacto hacia las mujeres, eran evidencia inadmisibles para condenarlo de haber asesinado dolosamente a una mujer con una herramienta punzo-cortante mientras ella tomaba un baño de sol en una pradera remota.

5. Problemas de documentación y publicación

Finalmente, quisiera hacer mención de las posibles infracciones a intereses fundamentales en los procedimientos legales mediante la documentación o publicación de los resultados de los exámenes, audiencias de juicio, recepción de evidencia o juzgamientos. En este campo el punto de interés fundamental podría ser la general publicidad del pronunciamiento de un juicio y la regla de acuerdo con la cual una exclusión del público es admisible al menos en relación con el pronunciamiento de las razones para la decisión en el pronunciamiento, de la cual ha sido el público excluido por el juicio mismo.

Otras previsiones con relevancia para nuestro tema son aquellas que establecen que ejecutorias o copias regulares de la decisión no han de ser entregadas a terceros sino exclusivamente a las personas directamente concernidas.⁵⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos⁵⁹, sin embargo, mediante una interpretación extensiva del principio de publicidad, enfatiza que a toda persona ha de permitírsele inspeccionar las decisiones de los tribunales o de recibir una copia en tanto y en cuanto el juicio haya sido abierto al público.

Para el resto, una amplia práctica legal europea demanda un interés legal en la persona que desea una copia de la decisión, lo que es por supuesto permitido a los abogados e investigadores jurídicos, pero no fácilmente para las personas privadas interesadas en la sentencia. Algunos países usualmente anonimizan las copias, especialmente tachando los nombres.⁶⁰

Se puede establecer un descuidado tratamiento de la protección de la personalidad en lo que concierne a la noticia que puede ser dada al mostrar los documentos del expediente en el despacho judicial. Sólo en casos matrimoniales, de padres e hijos hay una restricción para que sólo un extracto del documento sea presentado.⁶¹ En la práctica, sin embargo, las oficinas del despacho, por razones de simplificación y algunas veces hasta de descuido presentan peticiones de divorcio o solicitudes de custodia incluyendo la declaración total de las razones.⁶²

Otro rango de problemas consiste en la práctica de comunicar las decisiones a los medios de comunicación colectiva a través de la oficina de relaciones públicas e información de la corte o tribunal. Lo mismo vale para la publicación de decisiones en colecciones oficiales o en revistas especializadas. Como es usual hay una controversia acerca de esto en la que no me detendré. Déjenme sólo mencionar que la República Federal de Alemania y Austria insisten en una estricta anonimidad de las decisiones removiendo los nombres no sólo de las partes sino también de los testigos, pero también de los jueces y funcionarios del despacho. Suiza y Francia, por otra parte, no tienen tantas objeciones en lo que se refiere a la inclusión de los nombres de las personas involucradas en el proceso. Sin embargo, hay una significativa diferencia entre la situación legal en Europa como un todo y los Estados Unidos o Gran Bretaña, donde las decisiones son publicadas con el nombre completo de las personas concernidas excepto en algunos pocos casos con una alta clasificación de seguridad.⁶³

III. Sumario y perspectiva

Esto finalmente totaliza la enumeración de problemas con intereses individuales en la maquinaria de la justicia. Como mi contribución se concentra en la especificación de los problemas, todos los mencionados aspectos del tópico no pueden ser resumidos. En su lugar, una consideración detallada de los problemas bajo los aspectos de derecho comparado han quedado muy reducidos en este artículo. No obstante, este mero vistazo puede haber logrado su objetivo si ha tenido éxito en afinar la conciencia sobre los problemas en relación con la protección de la personalidad en el contexto judicial y procedimental y en relación a los numerosos fenómenos del permanente conflicto entre el funcionamiento de la judicatura y los intereses de una persona individual concernida en dicho funcionamiento.

Notas

1. § 172 Strafgesetzbuch (Alemania) derogado por la 1. Strafrechtsänderungsgesetz de 1969.
2. Por ejemplo, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) vol. 6, p. 360; vol. 23, p. 215; Bundesgerichtshof (BGH), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1973, p. 295.
3. Por ejemplo, § 1565 Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania) tal y como fue modificada por la Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts 14.06.76.
4. Hemos preferido la expresión “separación de cuerpos” - mucho mejor conocida y comprendida en nuestra cultura legal, que incorporar la traducción casi-literal “llevar un divorcio de mesa y cama” de la expresión inglesa “to carry a divorce from board and bed” que aparece en el texto original. Nota de los traductores.
5. Ver, por ejemplo, el § 1297 del Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania).
6. Ver, por ejemplo, el § 1353 del Bürgerliches Gesetzbuch; § 888 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Alemania).
7. Art. 416 Obligationenrecht (Suiza).
8. § 656 Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania).
9. Ver, por ejemplo, el art. 6° de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), § 169 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), § 171 Zivilprozeßordnung, § 228 Strafprozeßordnung (Austria); Art. 423 Codice di procedura penale (Italia), Art. 114 Zivilprozeßordnung (Grecia), Art. 525, 783 Code procédure civile (Francia), Art. 24 Zivilprozeßordnung (Suiza); §§ 43 Zivilprozeßordnung, 211 Strafprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
10. Ver Kleinknecht, en: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner, 1977, p. 112.
11. Por ejemplo, el Art. 6° Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, §§ 171 b, 172 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), Art. 434 Abs. 2, Art. 423 Abs. 2 Codice di procedura penale (Italia), Art. 525 b Code procédure civile (Francia), § 135 Abs. 3 Gerichtsverfassungsgesetz (Zürich, Suiza): § 43 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
12. Por ejemplo, el § 171 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
13. Por ejemplo, el § 48 Jugendgerichtsgesetz (Alemania), § 172 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria), § 44 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
14. Verbigracia: § 48 Jugendgerichtsgesetz (Alemania), § 172 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria), § 44 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
15. Por ejemplo, el § 169 S. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), § 135 Abs. 1 Gerichtsverfassungsgesetz (Zürich, Suiza); Art. 6° Abs. 1 S. 2 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
16. Por ejemplo, en Italia, ver Solheid, Die Gerichtsffentlichkeit im italienischen Verfahren, 1984, p. 124.
17. Verbigracia: § 256 Strafprozeßordnung (Alemania).

18. Ver Böttcher, Deutsche Richterzeitung (DRiZ), 1984, p. 17; Rieß/Hilger, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1987, p. 145 (p. 149); Schünemann, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1986, p. 193 (p. 199).
19. Ver § 171 b Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
20. Ver, por ejemplo, el § 299 de la Zivilprozeßordnung, § 147 Strafprozeßordnung (Alemania), § 219 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria).
21. Ver, por ejemplo, Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1984, p. 740.
22. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) vol. 27, p. 344.
23. Ver el Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. ed. 1987, § 147 note 21.
24. Ver, por ejemplo, §§ 156, 168 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
25. Ver Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (OLG) 1972, p. 360.
26. Ver, por ejemplo, § 136 Strafprozeßordnung (Austria); § 26 Abs. 1 Strafprozeßordnung (Basilea, Suiza); Art. 114 Abs. 1 Code procédure civile (Francia).
27. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) vol. 10, p. 9; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlín, 1977.
28. Por ejemplo, §§ 231, 236 Strafprozeßordnung (Alemania).
29. Ver, por ejemplo, §§ 81, 81 a, 81 b Strafprozeßordnung (Alemania), § 156 Strafprozeßordnung (Zürich, Suiza).
30. § 81 d Strafprozeßordnung (Alemania).
31. Ver, por ejemplo, §§ 97, 99, 100 a Strafprozeßordnung (Alemania).
32. Por ejemplo, §§ 81, 103 Strafprozeßordnung (Alemania).
33. Ver §§ 81, 103 Strafprozeßordnung (Alemania).
34. Ver § 68 a Strafprozeßordnung (Alemania).
35. Por ejemplo, §§ 239, 249, 241 Strafprozeßordnung (Alemania).
36. Por ejemplo, § 241 a Strafprozeßordnung (Alemania).
37. Por ejemplo, §§ 52, 53, 55, 63, 76 Strafprozeßordnung (Alemania); también así en Italia y Suiza, ver N° 11, Strafprozeßrecht, Zürich 1970.
38. Landgericht (LG) Mainz, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, p. 1744.
39. Ver, por ejemplo, §§ 481, 484 Zivilprozeßordnung (Alemania).
40. § 247 Strafprozeßordnung (Alemania).
41. Ver Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), vol. 145, p. 269.
42. Ver § 372 a Zivilprozeßordnung (Alemania); Art. 378 Zivilprozeßordnung (Grecia).
43. Ver, por ejemplo, § 383 a Zivilprozeßordnung (Alemania); § 323 Zivilprozeßordnung (Austria); Art. 418, 419, Zivilprozeßordnung (Grecia).
44. Por ejemplo, § 384 Zivilprozeßordnung (Alemania).
45. Ver § 408 Zivilprozeßordnung (Alemania).
46. Por ejemplo, el § 136 a Strafprozeßordnung (Alemania), § 106 Strafprozeßordnung (Berna, Suiza), § 79

Strafprozeßordnung (Luzerna, Suiza);
Art. 389 Strafprozeßordnung (España).

47. Ver Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1981, p. 446.
48. Ver Bundesverfassungsgericht (BVerfGE), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1972, p. 1123; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 44, p. 353.
49. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), vol. 19, 325, vol. 14, p. 358.
50. Landgericht (LG), Bochum, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1533.
51. Hoy Comunidad de Estados Independientes, la alusión aparece en el texto original ya fue escrita antes de los sucesos que condujeron a la desmembración de la antigua Unión Soviética y su nueva estructuración administrativa. Nota de los Traductores.
52. Ver Swab/Gottwald, en: Effektiver Rechtsschutz und verfassungsgemäße Ordnung, Generalbericht des VII. Internationalen Kongresses für Prozeßrecht in Würzburg, 1983, p. 172.
53. Ver Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 34, p. 238; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), vol. 14, p. 358, Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1986, p. 2261.
54. Ver Bundesgerichtshof (BGH), Az. StR 66/86, 28.04.1987.
55. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1983, p. 1570.
56. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 34, p. 283.
57. Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1037.
58. Ver, por ejemplo, § 299 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Alemania).
59. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1986, p. 2177.
60. Ver Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Ed. 1985, § 299 note 21.
61. Ver, por ejemplo, §§ 203, 204 Zivilprozeßordnung (Alemania).
62. Ver Finger, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1985, p. 2684.
63. Ver Hirte, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1698.