

# Confidencialidad procesal en juicios públicos: una teoría para el manejo procesal de disputas de confidencialidad\*

## Procedural Confidentiality in Open Courts: A Theory for Managing Confidentiality Disputes in Judicial Proceedings

THOMAS VOGT GEISSE\*\*

Universidad de Chile (Chile)

**Resumen:** El presente artículo ofrece una teoría de confidencialidad procesal, entregando conceptos para comprender y resolver disputas procesales de confidencialidad. Estas se producen cuando un litigante alega que la difusión irrestricta de la información aportada a juicios públicos amenaza un bien jurídico y solicita, por tanto, una restricción a la publicidad. Los bienes jurídicos afectados por la publicidad procesal (externa o interna) pueden ser de muy variada índole (privacidad, reputación, pérdida de una ventaja competitiva y secretos profesionales, entre innumerables otros), pero se pueden clasificar de acuerdo a si se refieren a riesgos de revelación de un secreto, de uso ilícito o impropio de los contenidos del proceso, o de disrupción al buen desarrollo del proceso. Cada uno de estos riesgos configuran un interés de confidencialidad que se puede alegar como excepción (constelación pasiva) o pretensión (constelación activa), sea durante el esclarecimiento procesal preparatorio o probatorio. En cada caso, el tribunal resolverá la disputa mediante una ponderación entre los intereses de esclarecimiento, publicidad y confidencialidad, decretando una medida de incorporación resguardada de la información bajo restricciones a la publicidad. Estas medidas dependen del riesgo y contexto procesal, y pueden ir desde la exclusión del público de la sala de audiencia hasta el establecimiento de círculos de confidencialidad para regular el acceso a documentos confidenciales.

**Palabras clave:** Confidencialidad, debido proceso, publicidad judicial, transparencia, justicia abierta, derecho probatorio, privilegios probatorios, acceso a la información, derecho a ser oído, teoría del proceso

**Abstract:** This article presents a theory of procedural confidentiality, offering conceptual tools to understand and resolve disputes over confidentiality within legal proceedings. Such disputes arise when a litigant argues that unrestricted dissemination of information submitted in public judicial procedures poses a threat to a legitimate interest and requests restrictions on publicity. The legitimate interests impacted by procedural publicity (both

\* Este trabajo es producto del Proyecto Fondecyt Iniciación 11220600: «La justicia en vitrina. Un estudio dogmático sobre los riesgos de la publicidad judicial y su adecuada limitación», del cual el autor es investigador responsable. Agradezco a los participantes del grupo de discusión Hojas Juzgadas del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y, especialmente, a Andrés Bordalí Salamanca y Flavia Carbonell Bellolio por sus valiosas y detalladas observaciones a una versión inicial de este trabajo.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor asistente de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (Chile).

Código ORCID: 0000-0002-9169-8306. Correo electrónico: thomasvogt@derecho.uchile.cl

external and internal) can be diverse—ranging from privacy and reputation to the loss of competitive advantage and professional secrets, among many others. These interests can be classified based on whether they concern risks of disclosing a secret, improper or unlawful use of the disclosed contents, or disruptions to the proper conduct of the proceedings. Each of these risks constitutes a confidentiality interest, which may be asserted as a defense (passive constellation) or as a claim (active constellation), either during the preparatory phase of information disclosure or during the evidentiary process. In each case, the court will resolve the dispute by balancing the interests of accurate fact-finding, publicity and confidentiality, issuing an order to incorporate the information under protective conditions with restrictions on public or party access. The appropriate measure depends on the specific risk and procedural context and may range from excluding the public from the courtroom to establishing confidentiality rings to regulate access to confidential documents.

**Keywords:** Confidentiality, due process, public trial, transparency, open justice, law of evidence, evidentiary privileges, access to information, right to be heard, theory of procedure

CONTENIDOS: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DISPUTA DE CONFIDENCIALIDAD.- II.1. PRELUDIO: LA «INFORMACIÓN» COMO CONCEPTO AJENO AL DERECHO PROCESAL.- II.1.1. INFORMACIÓN Y DECISIÓN.- II.1.2. OBSOLESCENCIA EN LA TERMINOLOGÍA PROCESAL.- II.2. LA SOLICITUD PROCESAL DE CONFIDENCIALIDAD PROCESAL.- II.3. LA SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD COMO EXCEPCIÓN O PRETENSIÓN.- II.3.1. LA EXCEPCIÓN DE CONFIDENCIALIDAD (CONSTELACIÓN PASIVA).- II.3.2. LA PRETENSIÓN DE CONFIDENCIALIDAD (CONSTELACIÓN ACTIVA).- III. EL PROCESO JUDICIAL Y LOS RIESGOS DE LA DIFUSIÓN DE SUS CONTENIDOS.- III.1. LAS CLAVES PARA UNA COMPRESIÓN DEL ESCLARECIMIENTO PROCESAL EN EL SIGLO XXI.- III.1.1. EL PRINCIPIO DE INCORPORACIÓN DE TODA INFORMACIÓN RELEVANTE AL PROCESO.- III.1.2. ESCLARECIMIENTO PROCESAL PREPARATORIO Y PROBATORIO.- III.1.3. EL PROCESO JUDICIAL COMO REPOSITORIO DE INFORMACIÓN.- III.2. PUBLICIDADES PROCESALES.- III.2.1. ACCESO DEL PÚBLICO GENERAL A LOS CONTENIDOS DEL PROCESO: LA PUBLICIDAD EXTERNA.- III.2.2. ACCESO DE LAS PARTES A LOS CONTENIDOS DEL PROCESO: LA PUBLICIDAD INTERNA.- III.3. LOS RIESGOS DE LAS PUBLICIDADES PROCESALES.- III.3.1. LA COLISIÓN CON SECRETOS JURÍDICAMENTE RESPALDADOS.- III.3.2. USOS ILÍCITOS O EFECTOS INDESEADOS DE LA DIFUSIÓN DE LOS CONTENIDOS DE UN PROCESO.- III.3.3. AFECTACIONES AL DESENVOLVIMIENTO REGULAR DEL PROCESO JUDICIAL.- III.3.4. RELACIÓN CON LA DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA DE LA PUBLICIDAD.- IV. EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.1. CARGAS DE LAS PARTES EN LOS INCIDENTES DE CONFIDENCIALIDAD PASIVA.- IV.1.1. CARGAS DEL SOLICITANTE DE LA INFORMACIÓN.- IV.1.2. CARGAS DEL SUJETO PASIVO DE LA DISPUTA.- IV.2. CARGAS DE LAS PARTES EN EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD ACTIVA.- IV.3. CARGAS Y ACTUACIÓN DE OFICIO.- IV.4. INTERESES EN JUEGO EN EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.-

IV.4.1. EL INTERÉS EN UN ESCLARECIMIENTO EXHAUSTIVO DE LOS HECHOS.-  
IV.4.2. EL INTERÉS DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.4.3. EL INTERÉS EN LA VIGENCIA  
DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES.- IV.5. LA DECISIÓN SOBRE LA MEDIDA DE  
RESGUARDO APROPIADA.- IV.5.1. MEDIDAS QUE RESTRINGEN LA PUBLICIDAD  
EXTERNA.- IV.5.2. MEDIDAS QUE RESTRINGEN LA PUBLICIDAD INTERNA.-  
IV.5.2.1. APORTACIÓN DE VERSIONES EDITADAS.- IV.5.2.2. APORTACIÓN  
IN CAMERA (DE ACCESO EXCLUSIVO AL TRIBUNAL).- IV.5.2.3. LITIGACIÓN  
RESTRINGIDA A UN CÍRCULO DE CONFIDENCIALIDAD.- IV.5.3. EXENCIÓN  
DEL DEBER DE APORTAR INFORMACIÓN.- IV.6. LA CONFIDENCIALIDAD DEL  
INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El proceso judicial consiste, entre otras cosas, en recopilar, tratar y difundir información. Con el surgimiento de las nuevas tecnologías de comunicación, ello regularmente pone en riesgo múltiples bienes jurídicos. El derecho procesal no se ha hecho cargo de ese problema porque ni siquiera dispone de categorías para tematizarlo. Este trabajo se propone suplir ese vacío, aportando una teoría de confidencialidad procesal compatible con la publicidad del proceso.

Las reflexiones que siguen pretenden orientar a un nivel teórico. Por eso, no se refieren a un ordenamiento procesal particular, sino que ofrecen una teoría para el manejo de la confidencialidad en cualquier proceso judicial sometido a exigencias de esclarecimiento efectivo con publicidad. Esta orientación general no pretende reivindicar la tradición de la teoría general del proceso, se ubica más bien en la tradición del método funcional del derecho comparado. Este propone definir problemas comunes y así identificar normas que regulan estos problemas con el fin de hacerlos comparables como equivalentes funcionales (Zweigert & Kötz, 1998, pp. 38 y ss.). La identificación de una función común es una herramienta de análisis, no pretende postular una verdad sobre las normas. Conforme al funcionalismo interpretativo (Michaels, 2019, pp. 386-388), la definición de funciones constituye una perspectiva comparativa no excluyente de otras. No obstante, permite formular, bajo ciertas premisas revisables, teorías con fuerza explicativa en varios ordenamientos jurídicos o, como en este caso, en varios ordenamientos procesales basados en principios compartidos. Como se desarrollará a lo largo de este trabajo, el manejo de los riesgos asociados a la difusión de información se puede definir como problema común de varios procesos judiciales contemporáneos (*infra*, III.3). Se presenta en todos los sistemas procesales cuyas reglas buscan el esclarecimiento exhaustivo de los hechos (*infra*, III.1) bajo condiciones de publicidad procesal interna y externa (*infra*, III.2), haciendo observable el surgimiento de normas procesales que tienen como función el manejo de dicho problema y cuya lógica de operación pretendo organizar como teoría (*infra*, IV). Solo en

137

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

ese sentido la teoría de confidencialidad procesal aquí propuesta tiene pretensión de teoría general.

Según esta orientación general, las reflexiones irán acompañadas de ejemplos y referencias provenientes de distintos ordenamientos jurídicos. En su mayoría, se hará referencia al derecho chileno, especialmente a la Constitución Política de la República (CPR), al Código Orgánico de Tribunales (COT), al Código de Procedimiento Civil (CPC), al Código Procesal Penal (CPP) y a las normas del proceso contencioso sancionatorio seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) contenidas en el DL 211. Pese a este énfasis de derecho chileno, no creo que sea difícil para lectoras y lectores de otras jurisdicciones encontrar referencias equivalentes entre las disposiciones constitucionales y legales de su propio sistema jurídico.

El trabajo sigue la siguiente estructura: primero, se desarrolla el concepto procesal de disputa de confidencialidad (II). Después, se explica el contexto procesal en el cual estas disputas se producen, llegando a las distinciones: esclarecimiento preparatorio/probatorio y publicidad externa/interna y sus riesgos (III). A continuación, se exponen los aspectos procedimentales de la disputa, esto es: el incidente en el confidencialidad, con referencia especial a la distribución de cargas de afirmación y prueba, los intereses en conflicto, las medidas de resguardo disponibles y la confidencialidad de la discusión incidental (IV). El artículo cierra con un conjunto de conclusiones (V).

## II. LA DISPUTA DE CONFIDENCIALIDAD

A modo de apertura, presentaré un concepto de «confidencialidad» lo suficientemente preciso para desmarcarlo de fenómenos similares (secreto profesional, privacidad, intimidad, etc.), pero lo suficientemente abstracto para tener una utilidad transversal en el derecho procesal. Para eso es necesario, ante todo, mostrar que la actual «era de la información» ha tornado insuficiente la terminología que el derecho procesal ha empleado tradicionalmente para regular el esclarecimiento de los hechos («presentación» o «exhibición» de documentos y objetos, además de los relatos de personas). La actualidad exige un lenguaje dogmático más abstracto, basado en la idea de revelación de información (II.1). Recién despejado ese punto podremos definir la solicitud procesal de confidencialidad (II.2) y distinguir una constelación activa y pasiva del incidente que produce (II.3).

## II.1. Preludio: la «información» como concepto ajeno al derecho procesal

En el centro de una disputa de confidencialidad está el interés en prevenir, en alguna medida, la divulgación de cierta información. Esto nos remite al concepto de «información», ajeno a la dogmática jurídica tradicional, por lo que a continuación se ofrecerán algunas precisiones sobre el término.

### II.1.1. Información y decisión

En las ciencias sociales encontramos una definición de «información» como contenidos con valor de novedad, en el sentido de que son capaces de sorprender a quien los recibe (de lo contrario no serían «informativos»)¹. En efecto, una vez informados, los contenidos dejan de ser información para sus receptores y pasan a ser conocimiento. La ventaja de un concepto de información centrado en el valor de novedad radica en su conexión con el concepto de «decisión»: una decisión es buena en la medida que se basa en conocimientos sobre el mundo (asumo eso como axioma). En consecuencia, el acceso a la información alberga un potencial de mejorar las decisiones de los no-informados, sea una decisión de un tribunal, de un gerente de empresa o de quien está en busca de una pareja amorosa, de un votante en la urna o de un consumidor que necesita una lavadora².

Una de las particularidades de las sociedades modernas es la cantidad de asuntos que se presentan como contingentes (es decir, con una posibilidad de ser distintos)³ y, por tanto, bajo la necesidad de ser decididos en algún sentido. Como hijos de nuestra época, eso nos parece obvio, pero desde la mirada histórica es una anomalía. Las sociedades premodernas, y muchas sociedades hasta hoy, se organizan en torno a expectativas predeterminadas por la tradición, entregadas a patrones de comportamientos inalterables que impiden que un individuo pueda decidir impunemente actuar de forma distinta. Igual de inalterables solían ser las instituciones sociales, sin que pueda pensarse en cambiarlas o mejorarlas por un acto de decisión (por ejemplo, en el derecho: si la ley es inmemorial y refleja un orden indisponible, estamos libres de la presión de barajar, debatir y decidir sobre reformas legales)⁴. La extensión del ámbito de lo «decidible» en las sociedades modernas genera una demanda generalizada por conocimiento para producir decisiones acertadas (o, al menos, decisiones que se puedan presentar como acertadas) y, por tanto, una demanda por información (Luhmann,

139

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

1 Desde las ciencias económicas, véase Clark y Juma (2013, pp. 91-95); desde las ciencias sociales, Luhmann (2005, p. 29).

2 Sobre la demanda generalizada por información, véase también Barros Bourie (2021, p. 577).

3 «La contingencia indica [...] la posibilidad de que un dato sea diferente de lo que es» (Corsi *et al.*, 2006, pp. 67-68).

4 Sobre la contingencia como atributo propio de la sociedad moderna, véase Luhmann (1992, pp. 93-128).

2005, p. 38). A ello se agrega una dimensión ética: en nuestro actual orden moral basado en la libre voluntad del individuo, la toma de decisión informada está en el centro de la autonomía individual. Así, el acceso a información se convierte en una exigencia ética y presupuesto para toda autonomía y responsabilidad, lo que explica también el tono moralmente cargado de los discursos de «transparencia».

En consecuencia, la «era de la información» no describe adecuadamente lo que marca nuestra sociedad, sino solo el efecto secundario del fenómeno crucial: una sociedad bajo presión por generar decisiones informadas en todo ámbito de la vida. Y solo si se basan en buen conocimiento, estas decisiones se pueden legitimar normativamente como ejercicio de autodeterminación individual (libertad) o colectiva (democracia) (Möllers, 2013, pp. 51-106). En el derecho procesal, este fenómeno se revela, entre otros aspectos, en los llamados por ampliar los derechos de acceso a información de las partes y en los movimientos de justicia abierta y lenguaje fácil.

#### II.1.2. Obsolescencia en la terminología procesal

La legislación y dogmática procesal se desarrollan con anterioridad a la idea abstracta de acceso a la información. El derecho procesal solo ve la información como un valor ligado al acceso a un soporte físico o un portador humano. Por ello, no dispone de un lenguaje para referirse a contenidos accesibles de forma independiente de su soporte.

El CPC chileno nos da un ejemplo de esto. Cuando en su versión original de 1902 emplea el término «información», lo hace en el sentido premoderno de un procedimiento judicial de investigación («información sumaria») o registro («informaciones para perpetua memoria»), no en términos generales como contenidos con valor de novedad. La «información» en sentido moderno solo está considerada implícitamente, como un beneficio derivado de la *detentación física* de los objetos que le sirven como soporte. El valor informativo se ve como algo vinculado a la naturaleza de ciertos objetos físicos, lo que expresa muy claramente el CPC al conceder exhibición prejudicial de instrumentos que «por su naturaleza puedan interesar a diversas personas» (CPC, 2022, art. 273, num. 3). Esto se comunica al problema de este artículo, ya que también la confidencialidad es vista como una *cualidad* de ciertos instrumentos que «revisten» de ese carácter (art. 349, inc. I) y no como una restricción a la difusión de información.

El hecho de que el derecho procesal esté limitado a una terminología que desconoce la idea de difusión de información (con independencia de su soporte) explica que las normas que regulan el acceso a información de terceros o de partes (acceso a audiencias, exhibiciones de documentos u objetos, ingreso a lugares, etc.) no aborden adecuadamente los riesgos de la difusión de información. Esto se puede observar en la publicidad

del expediente en el juicio civil chileno. El CPC no conoce riesgos que se produzcan por el mero acceso a la información del expediente (independientemente del soporte) ni restricciones a su difusión. Solo contempla la posibilidad de reservar «fuera del proceso» ciertas «piezas» por «motivos fundados» (art. 34) que, según comentaristas de la época de la dictación del CPC (Toro & Echeverría, 1902, p. 106), tenía como fin prevenir la adulteración o el extravío de piezas del expediente (es decir, riesgos asociados al soporte físico), sin que conciban o le atribuyan importancia al riesgo de uso inapropiado de la información que en ellas se expresa.

Ahora, no solo las disposiciones del CPC presentan esta miopía terminológica, sino la mayoría de las normativas procesales. En general, carecemos de conceptos para litigar en torno a la confidencialidad, entendida como restricciones a la divulgación de información, y es el desafío de la ciencia procesal contemporánea desarrollar categorías y entregar interpretaciones que sean consistentes con la separación de la información de su soporte físico. Este es un desafío pendiente en todo tipo de proceso judicial, sin perjuicio de que en Chile la insuficiencia de los conceptos es especialmente sintomática en el proceso contencioso sancionatorio de libre competencia. La actual crisis de litigación incidental sobre confidencialidad en los procedimientos judiciales del DL 211 (Mordoj, 2022, pp. 1-5) ha dejado sin palabras al derecho procesal<sup>5</sup>. Esa crisis advierte que, en procesos con grandes volúmenes de información e importantes riesgos asociados a su difusión, la terminología antigua ya no funciona. Sería un error interpretar esto como un problema circunscrito a la litigación de libre competencia. Este es solo un aviso precursor de un problema general de las categorías procesales, no adaptadas a juicios que exigen con cada vez más frecuencia tematizar restricciones a la divulgación de la información. Es necesario desarrollar conceptos que permitan interpretar el esclarecimiento procesal como normas que regulan la recolección y el levantamiento de información, y la confidencialidad procesal en términos de restricciones a la difusión de dicha información<sup>6</sup>. Este artículo pretende desarrollar esa línea al aportar una teoría de confidencialidad procesal.

## II.2. La solicitud de confidencialidad procesal

En abstracto, el término «confidencialidad» señala que cierta información, *de facto* accesible solo a una persona o a un grupo de personas determinadas, es merecedora de restricciones a su divulgación

5 Esto se muestra en la terminología del auto acordado sobre reserva y confidencialidad del TDLC (AA 16/2017). Para una regulación efectiva, fue necesario alejarse, en parte, del lenguaje de prueba instrumental del artículo 22, incisos IX y X del DL 211, y adoptar el lenguaje de «protección de información» no previsto ni en el DL 211 ni en el CPC (véase, especialmente, los acuerdos tercero y cuarto del AA 16/2017).

6 En la literatura alemana, siguen esa aproximación Vogt (2020) y Hau (2022).

por razones jurídicamente fundadas. Cuando esta información deba ser considerada en un juicio público, surgirá regularmente el interés en que, como limitación a la publicidad, se mantenga el acceso restringido a la información. La solicitud de confidencialidad procesal atiende a este interés: es una solicitud dirigida a obtener, por orden judicial, restricciones a la difusión de información *de facto* aún no divulgada, invocando una justificación jurídica. Esto dice poco, pero lo que dice es muy importante: la confidencialidad procesal no es un bien en sí mismo, sino una categoría instrumental. Solo describe una forma de protección consistente en restricciones a la divulgación de información aportada a un juicio. Esta puede tener su fundamento en bienes jurídicos muy diversos (privacidad, honra, protección de la infancia, derecho de defensa, calidad de las prestaciones de salud, etc.), pero no en la mera idea de confidencialidad. Cuando la revelación de cierta información amenaza un bien jurídico, se hace merecedora de resguardos contra su divulgación irrestricta y pasa a ser información «confidencial» en sentido procesal. Nótese que la confidencialidad solo puede proteger información que, en los hechos, ya es de acceso restringido a una o varias personas determinadas. Esto se debe a que la información disponible a un grupo intrazable de personas es, por definición, de conocimiento público actual o potencial, por lo que no es susceptible de protección de confidencialidad.

Dogmáticamente, una solicitud de confidencialidad procesal es un *acto procesal de postulación* que busca provocar una resolución judicial favorable a quien lo formula<sup>7</sup>. Si esta solicitud es resistida por otra parte o un tercero, se convierte en objeto de disputa judicial y se configura una «disputa de confidencialidad». Y si esta disputa se genera como cuestión accesoria a un proceso judicial, surge un «incidente de confidencialidad»<sup>8</sup>.

### II.3. La solicitud de confidencialidad como excepción o pretensión

Aclarados los conceptos de disputa e incidente de confidencialidad, revisemos dos constelaciones prototípicas de la solicitud de confidencialidad procesal: una constelación pasiva (excepción) y otra activa (pretensión).

#### II.3.1. La excepción de confidencialidad (constelación pasiva)

Imaginemos que una persona solicita información de otra y esta última deniega su aportación, invocando un interés de confidencialidad. Se trata de la constelación tradicional prevista, por ejemplo, en el artículo 349,

<sup>7</sup> A diferencia de los *actos procesales constitutivos*, que generan efectos sin intermediación del tribunal (Goldschmidt, 1936, p. 227).

<sup>8</sup> También es concebible como objeto principal en juicios de información (aquellos cuyo objeto es el acceso a la información, como las solicitudes por leyes de transparencia una vez judicializadas).

inciso I del CPC que entrega al tribunal la atribución de ordenar, a petición de parte, la exhibición de instrumentos en poder de la otra parte o de terceros. El requerido tendrá «justa causa» (CPC, 2022, art. 349, inc. III) de denegarla si los instrumentos solicitados revisten carácter de secreto o confidencial. La solicitud de confidencialidad es *pasiva*, en cuanto la invoca el sujeto pasivo de una petición de colaborar con el esclarecimiento procesal con el fin de quedar liberado de ese deber o, al menos, restringir sus términos. Lo característico de esta constelación es que el interés de quien pretende acceder y hacer uso de la información es *opuesto* al de quien busca mantener su confidencialidad (veremos enseguida que esto no es obvio).

Nótese que esta disputa *presupone* facultades de acceso a la información y deberes correlativos (sobre esto, ver *infra*, III.1); de lo contrario, los requeridos podrían denegar cooperación sin necesidad de dar razones y no habría disputa de confidencialidad alguna. En el contexto del proceso judicial, estas posibilidades de obtención de información adoptan distintas formas, que pueden ser facultades de investigación de organismos públicos, derechos de las partes a solicitar declaraciones o exhibiciones de instrumentos y objetos en poder de otras personas, o incluso facultades de los tribunales de promover el esclarecimiento de los hechos. Para la estructura de la disputa de confidencialidad es irrelevante cuál es la fuente del deber de cooperación de la parte interesada en la protección de la confidencialidad.

### II.3.2. La pretensión de confidencialidad (constelación activa)

Ahora, imaginemos que una persona pretende hacer valer cierta información a su favor en algún proceso judicial sujeto a publicidad. Solicita que se incorpore al proceso y sea considerada por el tribunal, pero restringiendo su divulgación. Esta constelación es más compleja y, en general, no está contemplada en las normas procesales<sup>9</sup>. A diferencia de la solicitud de confidencialidad pasiva, en esta constelación el interés en hacer valer la información *está alineado* con el interés de confidencialidad. Quien lo invoca lo hace para poder participar —sin riesgo de divulgación, pero efectivamente— en un procedimiento judicial. Una disputa solo surgirá en la medida que otros participantes del procedimiento invoquen intereses que se opongan a este manejo confidencial (en general, el derecho de defensa de las partes que ven limitado su acceso a esa información). Nótese que también aquí la constelación presupone un contexto normativo muy particular: debe existir a favor del solicitante de confidencialidad un derecho de participación efectiva en el procedimiento en cuestión. De lo contrario se podría dejar en manos de cada parte elegir entre dos males alternativos:

9 No obstante, la presión de los hechos llevó al TDLC a adoptar el concepto de «solicitud de reserva o confidencialidad», que mantiene abierta la posibilidad de formularla de forma pasiva o activa (AA 16/2017).

sacrificar el control exclusivo sobre la información con tal de usarla en el procedimiento o bien abstenerse de usarla y, en consecuencia, asumir una disminución en las probabilidades de éxito en el procedimiento<sup>10</sup>.

### III. EL PROCESO JUDICIAL Y LOS RIESGOS DE LA DIFUSIÓN DE SUS CONTENIDOS

Hasta ahora me he referido, en términos generales, a los riesgos asociados a la difusión de información aportada al proceso y a la estructura de las solicitudes de confidencialidad procesal motivadas por estos riesgos. En este apartado observaremos de más cerca lo que origina estos riesgos y veremos que no existen en el vacío. Son riesgos *producidos* por ciertas normas que regulan la actividad procesal y que —sin que ello sea su función manifiesta— convierten a los procesos judiciales en repositorios de información cuya divulgación puede generar los más variados efectos extraprocesales.

Para comprender ese fenómeno distinguiremos dos categorías de normas procesales. Por un lado, existen normas dirigidas a la recopilación y creación de informaciones sobre un conflicto. Tienen como fin asegurar su adecuada judicialización, tramitación y, eventualmente, un acertado juzgamiento. Las llamaré «normas de esclarecimiento» (III.1). La segunda categoría se refiere a las normas que exigen que los contenidos del proceso sean accesibles a todas las partes e, incluso, al público general. Las llamaré «normas de publicidad procesal» (III.2). Bajo la óptica de estas normas, el proceso judicial es una actividad de esclarecimiento de hechos públicamente accesible. Sus beneficios están ampliamente reconocidos (control ciudadano de la jurisdicción, garantía de defensa efectiva, decisiones acertadas, etc.). Sus peligros, en cambio, no están suficientemente explorados, por lo que al final de este apartado se entregará una clasificación de los riesgos de la publicidad procesal (III.3).

<sup>10</sup> Por razones de espacio se dejan solo mencionadas dos constelaciones adicionales, menos frecuentes que las descritas en este apartado. La primera, la *excepción de confidencialidad independiente*, surgirá en juicios con pluralidad de partes o afectados. Se produce cuando una parte hace valer información en juicio sin pedir resguardos de confidencialidad, pero otra parte o un tercero se opone a su incorporación irrestricta. La segunda es la *confidencialidad de oficio*, en caso de que se pida la incorporación de información sin solicitar resguardos, pero sea manifiesto que su divulgación irrestricta pone en peligro un bien jurídico o interés que el tribunal deba proteger de oficio, según la normativa aplicable (véase *infra*, IV.3).

### III.1. Las claves para una comprensión del esclarecimiento procesal en el siglo XXI

#### III.1.1. El principio de incorporación de toda información relevante al proceso

Actualmente, rige un principio general según el cual las normas procesales deben promover la incorporación y consideración de toda información relevante para la resolución del conflicto. En procesos no civiles, y prominentemente en el proceso penal, este principio tiene su precursor en el principio de «verdad material». El compromiso con la «verdad material» en proceso penal solía ser contrastada con la «verdad formal» del juicio civil, que, por la aportación de partes, sería la única accesible (Kindhäuser & Schumann, 2019, p. 47). Este contraste, si ya antes era dudoso (Maier, 2004, pp. 848-852), hoy se ha terminado de disolver.

Hoy en día, la exigencia de aprovechamiento exhaustivo de las fuentes de información disponibles también se ha consagrado en el proceso civil, rompiendo con posturas tradicionales que se oponían a que una parte deba aportar a su propia derrota procesal<sup>11</sup> o a que un tribunal pueda ordenar de oficio la incorporación de fuentes de información manifiestamente relevantes<sup>12</sup>. Estas posturas tenían sentido en el marco de las ideologías liberales decimonónicas que habían influido en el diseño original del proceso civil moderno de Francia, Alemania y los Estados Unidos, entre otros países. Se basaban en la idea de que la distribución fácticamente dada de las fuentes de información relativas al litigio determina si estas alcanzarían el proceso o no. El éxito del esclarecimiento de los hechos dependía de las posibilidades (extraprocesales) de las partes de conseguirse y aportar la información necesaria para levantar su carga de afirmación o prueba. Regía lo que se ha descrito como un principio de «autosuficiencia» informacional (Stürner, 2006, pp. 202-205). Si una parte no tenía acceso a una fuente de información necesaria para ganar el juicio y no disponía de medios (lícitos) para conseguirla de forma extraprocesal, su derrota en juicio se veía como un infortunio privado, no como un problema del derecho procesal. Esta idea de autosuficiencia ha sido gradualmente superada hace ya casi cien años en el proceso civil estadounidense con la introducción del *discovery* de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 (FRCP), pero también en los procesos civiles «liberales» europeo-continentales<sup>13</sup>.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

11 En Alemania, bajo la concepción liberal de Adolf Wach, quien famosamente se oponía a obligar a las partes del proceso civil a «arremeter contra su propia carne» (Wach, 1914, p. 35). Hasta hoy tiene influencia la opinión que se opone a sostener un deber general de las partes de aportar al esclarecimiento en interés ajeno (Prütting, 1983, p. 137; Sentencia II ZR 159/89, 1990), pese al reconocimiento de múltiples excepciones a este principio general de no cooperación.

12 Desde concepciones anacrónicas que reducen el proceso civil a un debate dialéctico entre privados (Alvarado Velloso, 2005; Montero Aroca, 2011).

13 En Alemania, con la introducción del deber de aportar afirmaciones verídicas en 1933 en la Zivilprozessordnung (Ordenanza Procesal Civil) (§ 138) y, después, gradualmente a través de

Hoy hay un consenso respecto a la existencia de un principio de inclusión de toda información relevante en el proceso civil, independientemente de quien la tenga en su esfera de control. Este consenso está reflejado en los Principios ALI/Unidroit del Proceso Civil Transnacional de 2004 (Principios ALI/Unidroit) y las Reglas Europeas de Proceso Civil de 2021 (ERCP). A nivel de diseño procesal, se exige complementar la distribución de cargas<sup>14</sup> con derechos de acceso a información en poder de otras partes y terceros, o incluso con potestades del juzgador para ordenar que se aporte o levante información relevante. En las normativas mencionadas, este principio se expresa como derecho de las partes a acceder a todo tipo de evidencia relevante y razonablemente identificada que no esté protegida por un privilegio y se encuentre en poder de otra parte o de un tercero (ALI/Unidroit, principio 16; ERCP, regla 25, num. 2). Según las ERCP el tribunal, además, tiene potestad de invitar a complementar información o, excepcionalmente, incorporar evidencia por iniciativa propia (ERCP, regla 25, num. 3). Esta regla general de accesibilidad a toda información relevante es un presupuesto de efectividad del derecho más general de presentar argumentos de hecho y derecho y ofrecer prueba (ALI/Unidroit, principio 5, num. 4). Es un principio de relevancia constitucional, sea como un componente de la tutela judicial efectiva (Stürner, 1976, pp. 42-43) o del derecho de defensa (Bordalí Salamanca, 2023, p. 28).

### III.1.2. Esclarecimiento procesal preparatorio y probatorio

Ahora observemos de más cerca las normas de esclarecimiento que promueven la integración de toda información relevante al juicio. Hay una razón de por qué he preferido hablar de «esclarecimiento de hechos» y no de «prueba de los hechos» o de «determinación de la verdad». La amplia divulgación en nuestro medio de la autodenominada «concepción racionalista de la prueba» (Ferrer Beltrán, 2007, p. 64) ha creado la distorsionada impresión de que la mirada «epistémica» (enfocada en la determinación de la verdad en la decisión judicial) es la única perspectiva de análisis relevante para el esclarecimiento procesal. Bajo esa mirada, es fácil apresurarse a entender que el principio de incorporación de información relevante es un principio de inclusión de la prueba relevante<sup>15</sup>, pero esa mirada es incompleta. Efectivamente, todo sistema procesal contempla normas dirigidas a esclarecer hechos como base fáctica para la decisión del juzgador, lo que se suele llamar

múltiples excepciones desarrolladas a nivel jurisprudencial (Stürner, 2006, pp. 205-206). En Francia, en 1972 con la introducción del deber de cooperación en el artículo 10 del Code Civil, consolidándose con la adopción del Code de Procédure Civile en 1976, que consagra el principio de cooperación entre sus principios generales (art. 11).

<sup>14</sup> Que sigue cumpliendo la función importante de asignación del riesgo probatorio ante la incertidumbre definitiva en juicio.

<sup>15</sup> Por ejemplo, Vera Sánchez (2021) en cuanto ve en el criterio de relevancia una función de «depuración epistémica de la prueba» en el proceso penal.

«prueba» y yo prefiero llamar aquí —para enfatizar que es solo una especie dentro de un género— «normas de esclarecimiento probatorio».

Pero existe otra especie de normas de esclarecimiento procesal con una finalidad distinta, que se puede llamar *esclarecimiento preparatorio*. Estas normas comparten con la prueba su finalidad de esclarecer hechos para asegurar la calidad de las decisiones que se toman en el proceso, pero se distinguen de ellas en cuanto no se refieren a las decisiones del órgano adjudicador, sino que buscan asistir las decisiones de las partes (en materia civil: sobre si es conveniente demandar, allanarse, conciliar o transigir, desistirse, controvertir, suspender, llegar a algún acuerdo procesal, seleccionar medios de prueba a ofrecer, etc.; en materia penal: sobre si corresponde formalizar, buscar salidas alternativas, solicitar medidas cautelares, acusar, no perseverar, solicitar el sobreseimiento, etc.; y así en todo tipo de proceso judicial). Tienen la finalidad de asegurar que las partes estén adecuadamente informadas para poder tomar decisiones autónomas al optar por una u otra forma de seguir adelante con el proceso (Vogt, 2022, pp. 165-166). Esta autonomía se basa en el respeto a la autodeterminación individual de los privados. Cuando la parte es un órgano estatal (el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado, la Fiscalía Nacional Económica, etc.), la protección de esa autonomía se funda en los bienes jurídicos que la ley busca proteger mediante el funcionamiento efectivo del órgano en cuestión. En todo caso, el principio de incorporación de toda información relevante al proceso no está dirigido solamente (y ni siquiera primordialmente) a la determinación de la verdad en la decisión judicial. Es, más bien, presupuesto de una participación informada, y así autónoma, de las partes en la gestión procesal del conflicto, que posiblemente ni siquiera llegará al punto en que se dicta una sentencia definitiva.

Naturalmente, el punto de referencia de la *relevancia* de la información cambia en función del esclarecimiento y la etapa procesal: si es preparatoria, la relevancia se determina según lo necesario para comprender adecuadamente las particularidades y extensión del conflicto; si es probatoria, la relevancia será más estrecha y estará circunscrita a los enunciados de hecho a probar frente al juzgador.

Esta distinción entre esclarecimiento preparatorio y probatorio aparece con toda nitidez en los procesos penales modernos, que se dividen en etapa de investigación/instrucción e intermedia (actividad de esclarecimiento preparatorio enfocado en diversas decisiones de los intervinientes) y etapa de juicio oral (actividad de esclarecimiento probatorio enfocado en presentar información para una sentencia definitiva acertada). Pero también se puede observar en los juicios civiles anglosajones, que contemplan una fase de *disclosure* o *discovery* (esclarecimiento preparatorio) y de *trial*; es decir, la audiencia en la que

147

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

se esclarecen los hechos ante el juzgador (esclarecimiento probatorio). En los procesos civiles de tradición continental, en cambio, la división no suele reflejarse de forma clara en la estructura procesal, justamente porque hasta hace poco el esclarecimiento preparatorio se veía como un problema privado y no procesal, por lo que existen pocas herramientas procesales (en Chile, solo las medidas prejudiciales preparatorias del artículo 273 del CPC). Esto está cambiando, como muestran múltiples directivas de la Unión Europea que han exigido implementar legislación de esclarecimiento procesal preparatorio en importantes áreas de la litigación civil (Alba Cladera, 2022, pp. 246-247).

### III.1.3. El proceso judicial como repositorio de información

Para redondear la idea: el principio de incorporación de toda información relevante al juicio promueve la recolección de información no solamente a nivel probatorio, sino —y mucho más ampliamente— a nivel preparatorio, para que las partes puedan participar de forma autónoma e informada en el manejo procesal del conflicto. Esta ampliación funcional del esclarecimiento genera una consecuencia fáctica que es obvia, pero tradicionalmente no está en el foco del derecho procesal: el proceso judicial gatilla la formación de un gran *repositorio de información asociada al evento fundante del conflicto* que puede despertar intereses y habilitar usos de la más variada índole.

## III.2. Publicidades procesales

Si el derecho procesal exige posibilidades cada vez más amplias de recolección y generación de contenidos asociados a un conflicto, surge la pregunta por los beneficios y riesgos de su publicidad. Si el proceso fuera hermético y la información solo accesible al tribunal y, si conveniente, a las partes (como ocurría en algunos procesos premodernos), habría seguridad de que solo se usaría para los fines del litigio; así, el esclarecimiento procesal no generaría externalidad alguna. Sabemos que esto no puede ser así en los procesos judiciales en democracias modernas. Hay principios constitucionales que exigen que los contenidos de un proceso judicial circulen; que sean, en cierta medida, comunicados a las partes y a terceros. Podemos llamar «normas de publicidad procesal» a aquellas que ordenan accesibilidad y difusión del contenido del proceso. Según el tipo de justificación podemos distinguir normas de publicidad externa, de terceros y de publicidad interna, y de partes (Chiovenda, 1925, p. 171).

### III.2.1. Acceso del público general a los contenidos del proceso: la publicidad externa

Las normas de *publicidad procesal externa* otorgan al *público general* la posibilidad de informarse de ciertos contenidos de los procesos judiciales. Antes del surgimiento de los medios audiovisuales, la publicidad externa

consistía en dar acceso físico a la sala de juicio para que los ciudadanos puedan presenciar audiencias orales<sup>16</sup>. Es esta la publicidad que tenían en mente los redactores de las normas de tratados internacionales que aseguran a toda persona el derecho a «ser oída públicamente», según los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 14, numeral 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PDCP), y 6, numeral 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Ahora, como lo demuestra el artículo 9 del COT, la publicidad externa también es concebible con independencia de la oralidad, como publicidad de los «actos de los tribunales». No obstante, en juicios escritos no solía tener mucho sentido la pregunta por su accesibilidad pública, porque hasta hace muy recientemente el público general no sabía leer. Incluso después de la alfabetización, los problemas prácticos asociados al examen de un expediente de papel (horarios, traslados y consulta presencial) daban la impresión de que la publicidad solo tenía sentido como publicidad de un juicio oral (Bordalí Salamanca & Hunter Ampuero, 2013, p. 164; Pérez-Ragone & Palomo Vélez, 2009, p. 368). Hoy, en cambio, en tiempos de tramitación electrónica, esos límites prácticos fueron suprimidos y la cuestión de la publicidad del expediente y de los documentos aportados al proceso dejó de ser inocua (Guerrero Guerrero, 2020, p. 36), arrojando preguntas sobre la protección de datos personales y la explotación comercial de la base de datos que se forma en los juicios.

Esta nueva relevancia de la publicidad de expediente no es la única transformación que afecta la publicidad externa. La clásica publicidad de audiencia se ve desafiada por la pregunta de si corresponde amplificarla a través de la transmisión audiovisual, difundiendo así imágenes susceptibles de fácil manipulación y redivulgación por las redes sociales (Reidy *et al.*, 2025, p. 284). Además, ha surgido la pregunta respecto de si la publicidad externa permite, o incluso exige, que los tribunales y jueces busquen activamente el contacto con la sociedad civil a través de los medios tradicionales o las redes sociales (Gies, 2005, p. 453).

Las respuestas a estas y muchas otras interrogantes sobre el alcance de la publicidad de la jurisdicción dependerán de su fundamento. Al respecto se ha dicho que facilita el control del ejercicio de jurisdicción (Schilken, 2003, § 159), protege a las partes contra el abuso judicial (Jacob, 1987, p. 22), asegura la independencia judicial (Jaconelli, 2002, p. 32), promueve la confianza en la justicia (Von Coelln, 2005, pp. 192-196), reafirma y educa ante el quebrantamiento de una norma (Kindhäuser,

16 Encontramos esta idea de publicidad como «puertas abiertas», por ejemplo, en una de las primeras disposiciones modernas sobre la publicidad judicial, el artículo 11 del Décret du 9 octobre 1789 sur la réforme de la procédure criminelle dictado durante la Revolución Francesa: «les portes de la chambre d'instruction étant ouvertes». Sobre desarrollos equivalentes en Alemania, ver Coelln (2005, pp. 66-82).

2013, pp. 1122-1123), etc. Este no es el lugar para ordenar ese cúmulo de impresiones, por ahora basta mencionar que la publicidad deriva de dos principios constitucionales: el principio de Estado de derecho como garante de la autonomía individual y el principio democrático, en cuanto exige cultivar una opinión pública informada sobre el quehacer de las autoridades para asegurar así la soberanía popular.

En virtud del *principio de Estado de derecho* las sentencias deben ser motivadas y públicas (Accatino Scagliotti, 2003, pp. 28-31), y el juicio debe ser público como parte del debido proceso, para proteger a las partes contra arbitrariedad judicial y prevenir afectaciones a la independencia e imparcialidad judicial (Von Coelln, 2005, pp. 205-211). El *principio democrático*, a su vez, exige al Estado crear las condiciones para que los ciudadanos puedan formarse una opinión sobre el ejercicio de las potestades estatales, incluyendo la jurisdicción, lo que requiere ya no solo garantizar ingreso a la sala de audiencia, sino promover en cierto grado la difusión de los contenidos del juicio mediante los medios de comunicación y el trabajo de prensa de los tribunales (Jahn, 2021, pp. 158-159). A nivel de derechos fundamentales, suele relacionarse también con el derecho de todo individuo de recibir informaciones y opiniones (Leturia, 2018, pp. 652 y ss.).

A nivel comparado, hay muchas diferencias sobre el alcance «por defecto» que debe tener la publicidad externa (por ejemplo, sobre si corresponde la publicidad de los expedientes, si basta la publicidad de la audiencia principal o se extiende a audiencias preparatorias, o si es apropiada la transmisión audiovisual de las audiencias, etc.). No obstante, hay consenso sobre que el principio de publicidad debe ceder cuando pone en peligro otros bienes jurídicos (véase el listado de excepciones del artículo 14, numeral 1 del PDCP).

### III.2.2. Acceso de las partes a los contenidos del proceso: la publicidad interna

Las normas de *publicidad interna* garantizan el acceso *de las partes* a los contenidos del proceso judicial. Se complementa con el postulado revisado arriba (*supra*, III.1.1), que promueve el acceso de las partes a toda información relevante para un ejercicio autónomo y efectivo de sus facultades procesales. Por eso, a diferencia de la publicidad externa que beneficia al ciudadano, este tipo de publicidad solo es relevante para quienes serán procesalmente afectados por la eventual decisión judicial (o su equivalente jurisdiccional) y para sus asesores legales.

De especial importancia es el acceso a la información sometida a consideración del tribunal para la decisión final, ya que es condición para que las partes puedan influir directamente en el ejercicio de la jurisdicción como potestad estatal. El acceso a toda esta información potencialmente relevante para el juzgamiento es esencial para el

ejercicio de un derecho de participación efectiva de las partes como «derecho a ser oído» (CADH, 1969, art. 8, num. 1; CEDH, 1950, 6, num. 1; DUDH, 1948, art. 10; PDCP, 1966, art. 14, num. 1).

Pero la publicidad interna también es importante antes de definirse el objeto del juicio o de la prueba y de instalarse el tribunal que juzgará la causa. Aquí la publicidad interna no parece emanar del derecho a ser oído, sino de un aspecto más general del derecho de defensa jurídica (CPR, 2024, art. 19, num. 3, inc. II), que asegura las condiciones para preparar adecuadamente el ejercicio de los derechos procesales, incluso antes del juicio. Aquí se ubica la regulación del acceso de la defensa penal al expediente de investigación y el acceso de la parte civil a la información producida en la fase preparatoria.

Es importante esta diferencia entre publicidad interna basada en el *derecho a ser oído* y publicidad interna basada en el *derecho de defensa* (sin que esté comprometido —aún o tal vez nunca— el derecho a ser oído), porque el umbral para aceptar excepciones a la publicidad interna es más alto en el primer caso. Con el derecho a ser oído está en juego la autodeterminación individual ante el ejercicio de una potestad estatal. Un proceso que arroja dudas respecto a si la parte derrotada fue oída en juicio es considerado intolerable en nuestros sistemas y justifican la anulación del proceso y la sentencia (CPC, 2022, art. 768, num. 9; CPP, 2022, arts. 373, lit. a, y 374, lit. c). Las pocas excepciones se refieren a restricciones estrechamente delimitadas, en general provisionales, del derecho de defensa. El supuesto clásico es el manejo confidencial de diligencias investigativas o cautelares para sorprender al afectado (CPC, 2022, art. 302, inc. II; CPP, 2022, arts. 182, inc. III, y 236), siempre bajo estricta provisionalidad. Una vez que cede la necesidad, la restricción pierde su justificación y se reestablece el pleno acceso a la información (CPC, 2022, arts. 302, inc. II; CPP, 2022, art. 182, inc. IV). Que una parte pueda ser excluida definitivamente de información relevante en el juicio (por ejemplo, para proteger secretos comerciales de la contraparte) ha sido sugerido (Götz, 2014, pp. 423-447; Stürner, 1976, pp. 227-228), pero sin que quede claro cómo ello justifica sacrificar el derecho a ser oído y, en juicios civiles, además, al principio dispositivo (Osterloh-Konrad, 2009, p. 40; Vogt, 2020, pp. 199-202). En cambio, cuando la restricción solo afecta el derecho de defensa previo al juzgamiento, en etapas de esclarecimiento preparatorio, es razonable que para alcanzar un equilibrio entre intereses de confidencialidad y derecho de defensa se permita la exclusión provisoria de las partes de información *prima facie* relevante, como lo demuestra la práctica estadounidense de ordenar exhibiciones solo accesibles a abogados o representantes externos de las partes durante el *discovery* («*attorney's eyes only*» materials)<sup>17</sup>.

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

17 Explicitada en *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465 (9<sup>th</sup> Cir. 1992).

Nótese el contraste con la publicidad externa cuando se trata de su restricción: es mucho más fácil justificar la exclusión del público que la exclusión de las partes. Esto se debe a que obedecen a distintos tipos de justificación. La formación de una opinión pública y la confianza en la justicia no se ven gravemente comprometidas por restricciones a la publicidad de un juicio particular, especialmente en casos de rutina que no interesan a nadie más que a las partes (Schilken, 2003, p. 108). Por eso es fácil hacer prevalecer la protección de la privacidad, los datos personales, los secretos comerciales, etc., por sobre la publicidad externa. Su restricción solo se convierte en problema en juicios con un fuerte interés público, sea por sus protagonistas, los temas que en estos se debaten o porque se anticipa que el impacto de la decisión trascenderá el caso concreto. La restricción de la publicidad interna, en cambio, afecta el derecho de defensa de las partes, lo que siempre equivale a una restricción de la autonomía individual.

Ese panorama sobre las publicidades procesales permite resaltar un punto central para entender la confidencialidad procesal: la exclusión de una parte del acceso a los contenidos del proceso (restricción de la publicidad interna) requiere un umbral de justificación más alto si afecta el derecho a ser oído frente al juzgador, en comparación con la afectación del derecho de defensa en etapas preparatorias. En ambos casos, sin embargo, el umbral es más alto que para la exclusión de terceros (restricción de la publicidad externa), donde, salvo un interés público preponderante, una excepción aislada no afectará significativamente los intereses de control y confianza ciudadana. Estas diferencias cobrarán relevancia en el próximo apartado, donde se explicará la ponderación de los intereses contrapuestos para resolver la disputa de confidencialidad.

### III.3. Los riesgos de las publicidades procesales

El modelo que acabo de ofrecer permite entender el proceso judicial como actividad de recolección de información públicamente accesible. Debido a los cambios sociales y avances tecnológicos en el manejo de la información, esta accesibilidad pública generará una serie de riesgos. Con «riesgos» de las publicidades procesales me refiero a la posibilidad de que la accesibilidad y difusión de la información aportada o generada en un juicio pueda afectar bienes jurídicos reconocidos a nivel legal o constitucional, entre los que destacan los valores positivados en los derechos fundamentales como la vida, integridad física, libertad, salud, defensa jurídica, etc. También exigen consideración ciertos intereses generales que son instrumentales para asegurar la protección de dichos valores. Así, por ejemplo, son intereses generales el buen funcionamiento de la justicia (necesaria para asegurar el derecho a una tutela judicial efectiva), la seguridad pública (necesaria para prevenir vulneraciones a bienes jurídicos individuales) y una persecución penal efectiva (necesaria

para asegurar la vigencia de las normas penales que protegen esos bienes jurídicos)<sup>18</sup>. Entonces, cuando una parte de un juicio invoca un interés en restringir la divulgación de la información que a él se aporta (en lo que sigue: «interés de confidencialidad»), este interés será legítimo en la medida que tenga su fundamento en un bien jurídico o interés general respaldado en la ley o la constitución.

Agregando precisión, podemos distinguir tres categorías de riesgos típicamente producidos por las publicidades procesales: la colisión con secretos jurídicamente respaldados (III.3.1), la utilización indebida de la información aportada al proceso (III.3.2), y afectaciones al desenvolvimiento normal del proceso y juzgamiento (III.3.3).

### III.3.1. La colisión con secretos jurídicamente respaldados

En primer lugar, nos encontramos con el riesgo de que la publicidad conlleve la revelación de secretos amparados por el derecho. Si arriba definimos «confidencialidad» en términos formales, como restricción jurídicamente fundada a la difusión de información, vemos en el «secreto» una dimensión sustancial: describe información que, por su naturaleza, se produce o comunica bajo la expectativa de que permanecerá en un ámbito de control exclusivo, limitado a personas determinadas.

La categoría de secreto más prominente en las democracias modernas se refiere a la información cubierta por el derecho fundamental de privacidad (CPR, 2024, art. 19, num. 4). Consiste en el reconocimiento de control exclusivo sobre la información referente a la intimidad personal y familiar, en cuanto su conocimiento público afectaría seriamente el pudor de cualquier persona de sensibilidad ordinaria (Barros Bourie, 2021, pp. 588-589). Además de la privacidad, solamente atribuible a personas naturales, existen otras categorías de secreto que benefician a personas jurídicas: organismos estatales que manejan secretos de Estado, es decir, información crítica para la seguridad nacional y el funcionamiento del Gobierno (fundado en el deber de protección estatal contenido en el artículo 1, inciso V de la CPR); y también las empresas o los empresarios manejan información con pretensión de control exclusivo cuando se trata de secretos industriales, amparados en la libertad de creación intelectual del artículo 19, numeral 25 de la CPR (Peña Torres, 2001, p. 419), o de secretos comerciales, amparados en el libre desarrollo de actividades económicas del artículo 19, numeral 21, inciso I de la CPR<sup>19</sup>.

18 El concepto de bien jurídico y su aptitud justificativa están en permanente debate en la teoría del derecho (Löffler, 2017, pp. 177-203; Stuckenberg, 2017), pero dudo que las diferencias teóricas a ese nivel de abstracción cambien, en lo fundamental, el modelo de disputa procesal de confidencialidad que aquí se propone.

19 Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N.º 3111-16 (2017, cons. 13), que señala: «una esfera de información que es propia y reservada de las empresas».

Cuando la información perteneciente a estas esferas de exclusividad privada, estatal o empresarial, se entrega a un funcionario o profesional sujeto legalmente a un deber de no revelar el secreto en virtud de su cargo o título profesional, estamos frente a un «secreto protegido por la ley» (CPP, 2022, art. 289), que puede ser secreto oficial (amparado penalmente por los artículos 246 y 247, inciso I del CP) o secreto profesional (amparado penalmente por el artículo 247, inciso II del CP), según sea el caso. Cualquier norma de esclarecimiento procesal puede, potencialmente, entrar en conflicto con la pretensión de exclusividad de estos secretos. Tradicionalmente, el derecho procesal ha abordado dichos riesgos de forma fragmentaria, con énfasis en la revelación del secreto oficial o profesional, eximiendo a testigos de la obligación de declarar (CPC, 2022, art. 360, inc. 1; CPP, 2022, art. 303) o a partes o terceros de la obligación de presentar documentos (CPC, 2022, art. 349, inc. I; CPP, 2022, arts. 19, 220 y 209, inc. II). El derecho de privacidad se suele considerar como excepción a la publicidad de sala; por ejemplo, el artículo 14, numeral 1 del PDCP («interés de la vida privada de las partes») o el artículo 289, numeral I del CPP («intimidad»). En la medida que se amplíe el ámbito del esclarecimiento procesal público, es de esperar que aumenten las colisiones con secretos jurídicamente reconocidos, agudizándose la pregunta sobre si debe prevalecer el secreto o el interés en un esclarecimiento público de los hechos.

### III.3.2. Usos ilícitos o efectos indeseados de la difusión de los contenidos de un proceso

En segundo lugar, puede ocurrir que exista un riesgo concreto de que alguien (sea tercero o parte) pueda usar los contenidos de un juicio para cometer un ilícito o, en general, que la difusión pueda producir algún otro efecto jurídicamente indeseado. Aquí se ubican los riesgos de afectación extraprocésal de bienes jurídicos como consecuencia de la accesibilidad o difusión de contenidos del proceso. Entre ellos encontramos las afectaciones a la reputación de los participantes o terceros (CPR, 2022, art. 19, num. 4), reconocido, por ejemplo, en el artículo 289, inciso I del CPP («honor»); los riesgos al bienestar general de los niños/as y adolescentes que ameritan el resguardo de su identidad (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, art. 8), reconocido, por ejemplo, en el artículo 14, numeral 1 del PDCP como excepción a la publicidad externa («interés de menores de edad»); o la afectación significativa del desenvolvimiento competitivo prevista como causal de restricción de la publicidad interna y externa en el proceso sancionatorio de libre competencia chileno (DL 211, 2023, art. 22, inc. IX). En causas penales, es típico que surjan riesgos a la vida e integridad física o psíquica (CPR, 2024, art. 19, num. 1) de intervinientes en caso de revelación de sus identidades, razón suficiente para limitar la publicidad de audiencia penal según el artículo 289, inciso I del CPP («seguridad de cualquier

persona») o hacer inaccesible la identidad de testigos según el artículo 266, literal N del CPP («riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo»). Ahora, no siempre se trata de riesgos de ilícitos. La persecución de delitos conforme a la ley no es un ilícito; no obstante, los sistemas procesales consideran inapropiado obligar a una persona a aportar al esclarecimiento procesal cuando ello puede, por vía de las publicidades, hacer más probable su persecución penal (CPC, 2022, art. 360, num. 3; CPP, 2022, art. 305).

### III.3.3. Afectaciones al desenvolvimiento regular del proceso judicial

En tercer lugar, las publicidades pueden generar riesgos al desenvolvimiento regular del proceso judicial y, en consecuencia, para la calidad del juzgamiento. Antiguamente, cuando la publicidad era solo publicidad presencial de sala, se temía la disrupción de la audiencia por los asistentes, problema que subsiste y justifica el resguardo del «orden público» como limitación a la publicidad externa (PDCP, 1966, art. 14, num. 1) e incluso a la publicidad interna cuando la disrupción de la audiencia oral es obra de una parte (CPP, 2022, art. 285, inc. III). Hoy se amplían las posibilidades de disrupción, especialmente en los sistemas que prevén publicidad audiovisual de audiencia. La mediatización puede alterar el comportamiento de los intervinientes y así afectar el esclarecimiento de los hechos (piénsese en el testimonio distorsionado por la voluntad del testigo de ponerse en escena de forma favorable) o, incluso, generando sospechas de falta de imparcialidad del juzgador sobreexpuesto a los medios o las redes sociales. Ante estos riesgos, se justifican medidas de restricción de la publicidad, por lo que el artículo 14, numeral 1 del PDCP prevé una excepción a favor de los «intereses de la justicia», suficientemente amplia para incluir todos los intereses en el buen funcionamiento del sistema de justicia.

### III.3.4. Relación con la dimensión externa e interna de la publicidad

Como ya se advierte en los ejemplos, tanto la publicidad interna como externa pueden poner en riesgo los bienes jurídicos recién mencionados. En algunos casos, el riesgo es típico de la toma de conocimiento por terceros (publicidad externa), como los riesgos de la difusión audiovisual de audiencias. En otros casos, el riesgo típicamente provendrá de la toma de conocimiento por otra parte del juicio, como la revelación de secretos comerciales en juicios entre competidores. En el primer caso, la disputa de confidencialidad se resolverá restringiendo la publicidad externa. En el segundo caso, además, será necesario restringir la publicidad interna, lo que —como ya adelantamos— será más difícil de justificar (es decir, el riesgo deberá ser más gravoso para concederla). Distinguir las tres categorías de riesgo es importante porque, como veremos en el próximo apartado, el ejercicio de ponderación para la selección de la medida de confidencialidad adecuada deberá atender a la naturaleza del riesgo.

155

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

#### IV. EL INCIDENTE DE CONFIDENCIALIDAD

Para resumir lo desarrollado hasta ahora: sabemos en qué consiste una disputa de confidencialidad, tanto en su constelación activa como pasiva (*supra*, II), y disponemos de un conjunto de distinciones que dibujan el contexto procesal de las disputas de confidencialidad (*supra*, III.1 y III.2). Conforme a estas distinciones, el proceso se puede ver como una actividad de esclarecimiento preparatorio o probatorio de los hechos relativos a un conflicto, actividad que se desarrolla bajo condiciones de publicidad interna y externa. Sabemos también que estas publicidades producen riesgos de revelación de secretos, de utilización de la información para fines ilícitos o impropios, y de afectación del buen funcionamiento del proceso (*supra*, III.3). Lo que falta ahora es pasar de la mirada conceptual a una procedimental y observar cómo se desarrolla la disputa de confidencialidad en un caso concreto. Para los operadores del sistema (partes, juezas y jueces, abogadas y abogados) será de especial interés la pregunta sobre cómo se distribuyen las cargas procesales para lograr una decisión óptima sobre la procedencia de una medida de confidencialidad.

##### IV.1. Cargas de las partes en los incidentes de confidencialidad pasiva

Comencemos por la constelación clásica: el incidente se promueve a propósito de una excepción de confidencialidad. Aquí el interés de confidencialidad se invoca con el fin de que se deniegue una solicitud de exhibir o de obtener acceso a la información en poder de otra parte o un tercero, o bien para que se restrinjan sus términos.

###### IV.1.1. Cargas del solicitante de la información

Toda solicitud procesal de información debe presentar un relato adecuado (es decir: específico, apropiado y, en sus términos, plausible) subsumible bajo los requisitos de la norma de esclarecimiento en cuestión<sup>20</sup> (sea exhibición de documento o cosa, permiso de acceso a lugares o bases de datos, revelación de listados de nombres o documentos, etc.). Sin un relato adecuado, el tribunal deberá declarar inadmisibles las peticiones, sin que sea necesario considerar si afecta un interés de confidencialidad. La rigurosidad de este control de admisibilidad dependerá de los presupuestos de cada norma. No obstante, la regla 102, numerales 1 a 3 de las ERCP nos entrega un estándar que refleja un consenso europeo.

El solicitante tiene la carga de a) especificar las fuentes o la categoría de información que solicita; b) señalar y hacer plausible la pretensión o defensa que motiva la solicitud de información, conforme a lo esperable en la etapa procesal respectiva; c) demostrar que la información es *útil*

<sup>20</sup> Sobre la carga de afirmación de hechos en el proceso civil, véase Vogt (2018, pp. 255 y ss.).

y *necesaria* para el ejercicio de una facultad procesal, explicitando el beneficio esperado de la toma de conocimiento de las fuentes solicitadas; d) mostrar que no tiene posibilidad de acceder a la información sino mediante una resolución judicial; y e) que la naturaleza y cantidad de fuentes de información solicitada es razonable y proporcional, considerando los intereses legítimos de otras partes o de terceros. Dicho de forma negativa, corresponde denegar peticiones vagas, especulativas o injustificadamente amplias (ERCP, 2021, regla 102, num. 4). En cuanto al diseño procedimental, siempre es conveniente que el tribunal pueda controlar estos requisitos en una etapa preliminar y rechazar de plano (con opción de subsanar) la petición que incumpla manifiestamente cualquiera de ellos, sin que sea necesario dar traslado a otras partes. Así se evita que se traben disputas incidentales innecesarias.

Este listado de presupuestos no es arbitrario. Refleja un equilibrio entre asegurar el esclarecimiento de los hechos, evitar gastos excesivos de levantamiento de información y prevenir intromisiones desproporcionadas en la esfera de control de las partes o de terceros. En efecto, es el resultado de una ponderación que garantiza la máxima realización de dos bienes jurídicos de rango constitucional: por un lado, el interés del solicitante de la información, fundado en el derecho de tutela judicial efectiva que exige colaboración procesal de contrapartes y terceros (CPR, 2024, art. 19, num. 3, inc. I); y, por otro lado, la libertad individual del requerido que se opone a someter a una persona, contra su voluntad, al servicio de intereses procesales ajenos, salvo razones de peso y solo en la medida que estas lo justifiquen (num. 7, inc. I).

#### IV.1.2. Cargas del sujeto pasivo de la disputa

Asumiendo que la solicitud contiene un relato adecuado y plausible, se constituye *prima facie* el deber procesal de colaboración de la parte requerida. Ahora es su turno. Puede alegar que no hay deber alguno porque en verdad no se cumplen los requisitos arriba enumerados, en cuyo caso el solicitante deberá probar su concurrencia. Esto no tiene que ver con la confidencialidad, se trata de disputas sobre la frontera entre el deber de colaboración procesal en interés ajeno (exigido por la tutela efectiva) y el derecho a estar libre de intromisiones injustificadas o desproporcionadas en la esfera propia (exigida por el derecho general de libertad).

La excepción de confidencialidad opera en un momento lógico posterior. Asumiendo que se formó el deber de colaboración procesal de la requerida, esta puede buscar restringirlo o liberarse del todo de él, alegando un interés de confidencialidad. Para eso, deberá cumplir con la carga de presentar un relato adecuado y plausible que respalde esa

157

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

petición<sup>21</sup>. En concreto, deberá: a) especificar las fuentes o categorías de información que considera que merecen protección; b) especificar los riesgos de hacer pública la información, es decir, indicar de qué forma su difusión irrestricta podría afectar uno o varios bienes jurídicos; y c) proponer medidas restrictivas que permitan utilizar la información resguardando los bienes jurídicos afectados o bien pedir que se le exima del deber de cooperación. Naturalmente, el solicitante podrá, a su vez, poner en duda si efectivamente se ven afectados estos bienes jurídicos o si las medidas propuestas son útiles, necesarias o proporcionales para resguardarlos. El requerido soporta la carga de probar esos puntos.

Obviamente, nada obsta a que la parte requerida oponga ambas defensas. Puede alegar una falta de presupuestos del deber colaborar y, en subsidio, interponer una excepción de confidencialidad para el caso que se considere admisible.

#### IV.2. Cargas de las partes en el incidente de confidencialidad activa

Distinta es la distribución de cargas cuando se alega activamente confidencialidad. En esta constelación, la parte interesada en utilizar la información es, a la vez, la parte interesada en evitar su difusión irrestricta; por lo tanto, su petición consistirá en tener por aportada la información bajo resguardos de confidencialidad. A diferencia de la constelación pasiva, aquí el riesgo no es la intromisión en la esfera de la contraparte o del tercero, sino el peligro de una restricción excesiva de las publicidades procesales en caso de conceder la petición. Por ello, la parte solicitante tendrá tres cargas de afirmación y de prueba: primero, deberá acreditar la relevancia de la información ofrecida para los fines de la etapa respectiva del juicio; segundo, deberá acreditar que su difusión irrestricta afecta algún bien jurídico, conforme a lo explicado previamente; y, tercero, debe argumentar que la medida propuesta es una restricción útil, necesaria y proporcional a la publicidad externa o interna, según sea el caso.

Las otras partes podrán desvirtuar este relato y abogar por un acceso sin restricciones. Para eso pueden alegar que no existe el riesgo invocado o que las medidas propuestas son inútiles o excesivamente restrictivas de las publicidades procesales. Esto será especialmente relevante cuando se proponen restricciones a la publicidad interna que, como vimos, afectan el derecho de defensa o incluso el derecho a ser oído.

<sup>21</sup> La razonabilidad de esta distribución de cargas se ve reflejada en cuantiosa jurisprudencia anglosajona, por ejemplo: *Dyson Ltd v Hoover Ltd* (2002, R.P.C. 42, § 37) (Inglaterra) o *Cipollone v. Liggett Grp., Inc.*, (785 F.2d 1108, 1121 [3d Cir. 1986]) (Estados Unidos, jurisdicción federal). Más referencias en Vogt (2020, pp. 154-155).

### IV.3. Cargas y actuación de oficio

Lo descrito anteriormente asume que los intereses de confidencialidad son intereses disponibles para las partes del juicio. Como tales, su consideración depende de si se introducen y verifican en el proceso, en cumplimiento de las cargas de afirmación y prueba recién descritas; no obstante, algunos sistemas procesales entregan al tribunal la facultad o el deber de considerar de oficio ciertos intereses generales que pueden incluir intereses de confidencialidad. Cuando el esclarecimiento procesal público afecta esos intereses, las alegaciones de las partes (según las exigencias expuestas) no son necesarias para que se configure un incidente, ya que el tribunal deberá abrir de oficio la discusión sobre las medidas de confidencialidad adecuadas.

En este caso, el incidente se producirá a propósito de una orden o petición de incorporación de información cuya divulgación irrestricta afecte de forma manifiesta intereses que, según el ordenamiento en cuestión, el tribunal debe resguardar de oficio (por ejemplo, el buen desenvolvimiento del proceso o intereses de confidencialidad de terceros, especialmente la protección de la niñez). En este caso, el tribunal deberá evaluar de oficio el riesgo y determinar la medida de protección adecuada conforme a los criterios que se describen a continuación (siempre oyendo a las partes y ordenando pruebas incidentales, si es necesario).

### IV.4. Intereses en juego en el incidente de confidencialidad

Aclarada la distribución de cargas de afirmación (y eventual prueba), veamos el método a emplear para alcanzar una decisión en la disputa de confidencialidad. Esta podrá tener distintos desenlaces: el tribunal podría constatar que no existe el interés de confidencialidad alegado y que, en consecuencia, no es necesario restringir la publicidad del esclarecimiento. En ese caso, simplemente ordenará que la información se aporte sin restricción. Más exigente es la situación en la que se comprueba un legítimo interés de confidencialidad, pues en ese caso el tribunal deberá hacer un delicado ejercicio de ponderación de intereses para decretar la medida de resguardo adecuada.

La tensión entre el ideal de un esclarecimiento sometido a publicidad (*supra*, III.1) y la protección de bienes jurídicos amenazados por la divulgación irrestricta de información (*supra*, III.3) obtiene forma concreta en el fallo del incidente. Este debe ser el resultado de una ponderación tridimensional (Vogt, 2020, p. 124), que incluye tres categorías de intereses afectados: el interés en un esclarecimiento exhaustivo de los hechos (IV.1), el interés de confidencialidad (IV.2) y los principios que respaldan las normas de publicidad procesal (IV.3).

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

#### IV.4.1. El interés en un esclarecimiento exhaustivo de los hechos

Como vimos, la tutela judicial efectiva exige la incorporación de toda información relevante al proceso, tanto en fase preparatoria (para óptimas decisiones de las partes) como en fase probatoria (para una óptima decisión del tribunal). Por eso, la exigencia de aprovechar en la mayor medida posible la información disponible para la resolución del conflicto tiene peso en la decisión. En efecto, nos lleva a un formular un *principio general de incorporación resguardada de información confidencial relevante*—demostrado para el derecho de la Unión Europea en Rassi (2020, pp. 328-329)—. Esto prohíbe resolver la disputa de confidencialidad en términos de un «todo o nada» entre el interés en un esclarecimiento público y el interés de confidencialidad. No obstante, así están concebidas las normas tradicionales de esclarecimiento, como indica el artículo 349, inciso I del CPC, según el cual corresponde exhibir el documento sin restricciones a las publicidades o bien hay «justa causa» (CPC, 2022, art. 349, inc. III) que permite al requerido rehusar totalmente la exhibición. La opción de incorporación resguardada no está prevista, al menos en la interpretación literal de la disposición. Esta lógica del todo o nada no se condice con la exigencia constitucional de aplicar el derecho legislado de forma que los bienes jurídicos alcancen su mayor realización, por lo que corresponde preferir interpretaciones que rompan esa lógica<sup>22</sup>.

#### IV.4.2. El interés de confidencialidad

Si el norte interpretativo es la incorporación protegida de información confidencial, la disputa se centra no en si corresponde o no incorporarla al proceso, sino en cuáles son las medidas de resguardo apropiadas para su incorporación. Para ello, será importante examinar el fundamento jurídico del interés de confidencialidad alegado. Como vimos (*supra*, III.3), puede tratarse del riesgo de revelación de secretos, de uso indebido de la información o de interrupción del proceso. Ahora podemos apreciar la importancia de distinguir estas tres categorías porque cada una sugiere un razonamiento distinto sobre su impacto en la ponderación.

Cuando la pretensión de esclarecimiento *colisiona con un secreto*, el interés de confidencialidad no está determinado por las consecuencias de la difusión de información en el caso concreto, sino por el grado de protección jurídica del secreto. Ciertos secretos (secretos absolutos) son considerados «inmidades» (Andrews, 2003, § 12.01), lo que significa que no admiten ponderación y exigen, excepcionalísimamente, la exención del deber de aportar sus contenidos al juicio, pese a ser relevantes. El término técnico anglosajón es *privilegio* (por ejemplo, el privilegio cliente-abogado), una categoría de información cuya

<sup>22</sup> En esa línea, Vogt (2019) se muestra a favor de una interpretación del artículo 349 del CPC que incluye medidas de incorporación resguardada de los documentos (pp. 3-24).

pretensión de exclusividad es resistente a ceder a favor de intereses procesales de esclarecimiento (Keane & McKeown, 2012, p. 594). La invocación de un secreto absoluto solo tiene sentido en solicitudes pasivas de confidencialidad. En la constelación activa es el titular del privilegio quien tiene interés en que sus contenidos sean considerados en el juicio, lo que se puede entender como renuncia al privilegio, sin perjuicio de poder solicitar confidencialidad por otras razones (como privacidad o resguardo del derecho de defensa). Sin embargo, la mayoría de las comunicaciones secretas admiten su divulgación excepcional (por ejemplo, los secretos asociados a la privacidad) y deberán ceder dependiendo de la importancia de otros intereses en juego.

Cuando se trata de un *riesgo de uso de la información de forma impropia o ilícita*, en cambio, el foco está en la prognosis de los efectos que la difusión producirá en el caso concreto. Así, el tribunal tendrá que evaluar prospectivamente, según el contexto extraprocésal, si por ejemplo existe un riesgo de que el conocimiento público de la identidad de un testigo lo exponga a ataques contra su vida o integridad física, o si el conocimiento de información comercial afecta el desempeño competitivo de su titular, o si la publicidad mediática de un juicio puede resultar en vulneraciones graves a la reputación de una parte, etc. Todo ello dependerá de predicciones que pueda hacer el tribunal sobre los usos que contrapartes o terceros podrían dar a los contenidos del proceso en caso de difundirse. Aquí es importante una aprehensión: el tribunal no puede ni debe elevarse a un órgano de prevención de todo ilícito extraprocésal que podría causar la publicidad de los juicios. Por regla general, el derecho civil y penal (u otras ramas especializadas) están a cargo de proteger la vida, la integridad física, la libertad económica, la honra, etc. Solo en caso de amenazas concretas que permitan anticipar como curso probable que la publicidad facilitará la comisión de algún ilícito u otro efecto jurídicamente indeseable, corresponde intervenir procesalmente. Aquí es posible remitirse a trabajos doctrinarios sobre el *razonamiento prospectivo* en la determinación de un *peligro* en materia de tutela cautelar, penal (Valenzuela Saldías, 2018, pp. 849-850) o civil (Carrasco Delgado, 2012, pp. 123-134), que pueden nutrir las preguntas equivalentes sobre el peligro proveniente de la difusión irrestricta de información en el incidente de confidencialidad.

Finalmente, *un proceso judicial libre de disrupciones* es un presupuesto de la tutela judicial y del debido proceso, por lo que el tribunal tiene el deber de asegurarlo. También aquí se deberán emplear predicciones sobre las distorsiones que las publicidades podrían generar en el proceso o su resultado. A diferencia del supuesto anterior, que se enfoca en efectos extraprocésales, en este supuesto el razonamiento prospectivo busca evaluar el impacto de la publicidad en la actividad procesal; por ejemplo, si la publicidad de la audiencia (especialmente si es

161

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

publicidad audiovisual) influirá perjudicialmente en la conducta de los intervinientes o en las percepciones de imparcialidad del tribunal.

#### IV.4.3. El interés en la vigencia de los principios procesales

Cualquier medida de aportación *resguardada* de información en un juicio tiene su precio. Generalmente, ese precio será la restricción de principios procesales importantes.

Si la medida de resguardo consiste en una *restricción de la publicidad externa* (por ejemplo, la exclusión del público de una audiencia o del acceso a un expediente), está sacrificando oportunidades de control ciudadano y de consolidación de la confianza en la jurisdicción. Si una parte no consiente en la medida, también está comprometido el derecho a un juicio público. Como ya adelantamos líneas atrás, las restricciones a la publicidad externa no son especialmente problemáticas, siempre que estén fundadas y sean proporcionales al nivel de protección que requiere el interés de confidencialidad. Salvo en casos de particular interés público, una exclusión aislada del público general no perjudicará de forma relevante la confianza pública (*supra*, III.2.1).

Más problemáticos son los casos que hacen necesaria una *restricción a la publicidad interna*. Estas afectan la participación efectiva en el juicio y así también a la autodeterminación individual, algo que es difícil de tolerar en un Estado de derecho. No obstante, su peso dependerá de si está comprometido el derecho de defensa en fases preparatorias o, lo que es más grave, el derecho a ser oído frente al juzgador (*supra*, III.2.2). Así, su importancia cambiará según el grado de progreso del juicio. En fase preparatoria, las restricciones al derecho de defensa no necesariamente llevan asociada una restricción al derecho de ser oído ante el tribunal que dictará la sentencia. Por lo tanto, se pueden admitir restricciones de acceso a información relevante, mientras se compense facilitando la participación por medio de representantes (detalles *infra*, IV.5.2). En la fase probatoria, en cambio, la exclusión de una parte de procedimientos o resultados probatorios limita gravemente las facultades de objetar pruebas, rendir contraprueba, argumentar a favor de una u otra valoración de la prueba, y deducir recursos contra la sentencia. Restringe considerablemente el derecho a ser oído y solo un interés de confidencialidad de extraordinario peso puede justificar semejante restricción.

#### IV.5. La decisión sobre la medida de resguardo apropiada

Clarificada la distribución de cargas y los intereses en juego, tenemos todo lo necesario para entender cómo resolver la disputa de confidencialidad conforme a un ejercicio de ponderación. Una decisión ponderada debe reflejar la máxima realización posible de los bienes jurídicos en colisión en el caso concreto, en oposición a una asignación de prevalencia

abstracta a favor de uno de ellos (Hesse, 1995, § 72). En la disputa de confidencialidad, ello se alcanza decretando la medida de resguardo que permita la máxima realización simultánea de todos los intereses recién descritos. A continuación, presentaré las medidas más comunes en el derecho comparado, desarrolladas desde las prácticas del *pre-trial* anglosajón (Vogt, 2020, pp. 136-163). Obviamente, esto *presupone* que el sistema procesal otorga a los tribunales potestades para decretarlas, sea explicitando medidas específicas (CPP, 2022, art. 289, inc. I; DL 211, 2023, art. 22, inc. X) o mediante cláusulas generales (así las Directivas de la Unión Europea que regulan la confidencialidad procesal en materias de su competencia)<sup>23</sup>. Cada técnica tiene sus beneficios y riesgos. El listado taxativo favorece la previsibilidad, pero ata las manos en caso de que el mejor equilibrio se logre a través de una medida no prevista en la ley. La cláusula general es más flexible, pero alberga riesgos de uso arbitrario en tribunales no entrenados para conducir el incidente de confidencialidad de la forma aquí expuesta.

En todo caso, podemos identificar las siguientes medidas más típicas en las legislaciones y prácticas modernas.

#### IV.5.1. Medidas que restringen la publicidad externa

Primero, nos encontramos con medidas que resguardan la confidencialidad a costa de restringir la publicidad externa. En general, una orden de confidencialidad en este contexto abarcará una combinación de dos tipos de medidas: la exclusión del público y la orden de no comunicación para los participantes del proceso.

En cuanto a la medida de exclusión del «público» (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. b; PDCP, 1966, art. 14, num. 1) o, lo que es lo mismo, de «terceros» (DL 211, 2023, art. 22, inc. IX), puede adoptar distintas formas, lo que dependerá de los componentes del proceso que estén abiertos al público en el ordenamiento procesal en cuestión. En juicios con publicidad de expediente puede consistir en bloquear el acceso de terceros al expediente completo, a partes de él, a piezas específicas, o en restringir el acceso a expedientes anonimizados o versiones públicas censuradas de ciertas piezas (así las versiones públicas para terceros según el (art. 22, inc. X)). Respecto a la publicidad de audiencia, se puede restringir total o parcialmente el acceso a miembros del público a la sala durante una audiencia o a parte de ella (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. b). En procesos con publicidad mediática de audiencias, se presenta la pregunta adicional de si es necesario excluir al público presencial para proteger intereses de confidencialidad, o si basta prohibir la transmisión y grabación audiovisual de sus contenidos (inc. II).

<sup>23</sup> Mediante la fórmula: «los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados, previa solicitud debidamente motivada de una parte o por iniciativa propia, para adoptar las medidas específicas necesarias a fin de preservar la confidencialidad» (Directiva (UE) 2016/943, art. 9, inc. I), o similares.

La efectividad de la exclusión del público requiere, como medida complementaria, una prohibición dirigida a las partes y a otros participantes de comunicar los contenidos del proceso a terceros (CPP, 2022, art. 289, inc. I, lit. c). Al decretar esta prohibición, el tribunal deberá considerar que restringe las libertades de comunicación (CPR, 2024, art. 19, inc. 12), por lo que no se puede extender más allá de lo útil, indispensable y proporcional para proteger el interés de confidencialidad. Pueden surgir preguntas difíciles al respecto, por ejemplo, si se puede prohibir a un candidato presidencial, enjuiciado durante la campaña electoral, tematizar su juicio en los medios<sup>24</sup>. Estas prohibiciones deben, a su vez, estar respaldadas por sanciones en caso de contravención. Mientras el derecho anglosajón dispone del *contempt of court* como institución de origen jurisprudencial flexible y eficaz para sancionar interrupciones y contravenciones a resoluciones judiciales (Jacob, 1970, pp. 28 y ss.), los ordenamientos continentales dependen de mecanismos más rígidos, basados en disposiciones legales que prevén arrestos, multas, suspensión de cargos, etc. (respecto a contravenciones al artículo 289 del CPP, por ejemplo, el artículo 294 del CPP y los artículos 530 y 531 del COT).

#### IV.5.2. Medidas que restringen la publicidad interna

La exclusión del público no siempre será un medio útil para resguardar el interés de confidencialidad. Es posible que el riesgo no provenga (solo) de la toma de conocimiento por terceros, sino de otra parte del juicio, lo que exigirá restringir la publicidad interna. Esto es común en procesos entre competidores, como juicios de propiedad intelectual, de apropiación indebida de secretos comerciales y de ilícitos anticompetitivos, lo que explica que la protección de confidencialidad respecto a las partes esté presente en las directivas de la Unión Europea sobre esas materias<sup>25</sup>. En efecto, en Chile la única regulación relevante sobre este tema se encuentra en materia de libre competencia (DL 211, 2023, art. 22, incs. IX-X), en la que suelen litigar competidores. Otro caso se da comúnmente en materia penal, cuando la revelación de la identidad de un testigo pueda llevar a una parte (o a personas asociadas a ella) a cometer delitos en su contra (aquí se halla la problemática del testimonio anónimo [CPP, 2022, arts. 226N-V]).

Estos son los casos típicos, pero la jurisprudencia comparada muestra que en cualquier materia podría surgir la necesidad de evitar el uso indebido de información por otra parte del juicio<sup>26</sup>. En dicho escenario, además de la exclusión de público, surge la pregunta de cómo resguardar

<sup>24</sup> Sobre la constitucionalidad de los *gag-order* judiciales contra Donald Trump, ver Germain (2024).

<sup>25</sup> Ver, respectivamente, el artículo 6 de la Directiva 2004/48/CE, el artículo 5 de la Directiva 2014/104/UE y el artículo 9 de la Directiva (UE) 2016/943.

<sup>26</sup> Para un ejemplo, en el proceso civil inglés: *Libyan Investment Authority v. Societe Generale SA* (2015); y en el estadounidense: *Church of Scientology of California v. Department of Health* (1979).

la información de la toma de conocimiento de la contraparte; es decir, restringir la publicidad interna.

#### *IV.5.2.1. Aportación de versiones editadas*

El mecanismo básico para el resguardo de información confidencial contenida en un soporte es elaborar dos versiones: además de la versión completa, que revela toda la información accesible desde el soporte (por ejemplo, un documento), se crea otra que solo revela sus contenidos no confidenciales; es decir, aquellos cuya difusión es inofensiva (por ejemplo, una versión censurada del documento). Esta última se puede aportar sin riesgo al proceso. Esto no es otra cosa que un supuesto lícito de aportación de información incompleta (contra la postura tradicional que considera la incompletitud como causal de impugnación en materia de prueba documental). Esta medida es adecuada en las fases preparatorias (por ejemplo, una exhibición prejudicial de documentos), donde no hay claridad si la información confidencial contenida en el soporte es siquiera relevante para el juicio. En esa fase temprana no es razonable poner en riesgo información confidencial, basta acompañar versiones editadas con explicaciones sobre el contenido censurado. Si en el curso del proceso queda de manifiesto que las partes y el tribunal no pueden tomar decisiones sin acceder a la información confidencial, deberá considerarse su incorporación bajo una de las siguientes medidas.

#### *IV.5.2.2. Aportación in camera (de acceso exclusivo al tribunal)*

Cuando se hace necesario aportar versiones no censuradas al proceso, la forma más segura es aquella que restringe la toma de conocimiento al tribunal (conocimiento *in camera*), mientras que las partes deberán litigar con las versiones editadas. Una variante de esta medida, especialmente útil para contenidos de carácter técnico, consiste en dar acceso a la información a un tercero experto imparcial, quien puede hacer resúmenes no confidenciales de su contenido y asistir al tribunal en la toma de decisiones incidentales (Scheidlin & Redgrave, 2008, pp. 378-383)<sup>27</sup>.

También estas medidas pertenecen a fases preparatorias del juicio, donde servirán para que tribunal tenga una mejor comprensión de la causa y de la información relativa al conflicto para que pueda resolver incidentes y velar por una eficiente conducción del juicio. Pero si la información confidencial cobra relevancia específica para el ejercicio de las facultades procesales de las partes excluidas, especialmente en la práctica de las pruebas, será necesario dar cierto grado de acceso a las partes. El derecho a ser oído se opone litigar «a ciegas» frente al juzgador.

<sup>27</sup> Estimo que aquí se ubica el «auxiliar de confidencialidad» que, con agudeza, propone Mordoj (2012) para los procedimientos ante el TDLC (pp. 11-12).

#### IV.5.2.3. Litigación restringida a un círculo de confidencialidad

El próximo nivel de acceso resguardado se logra a través de los *confidentiality rings* integrados por el tribunal y los representantes de las partes excluidas<sup>28</sup>. Cuando las partes son organizaciones (como empresas u organismos públicos), estas medidas buscan restringir el acceso a una o varias personas naturales que representan o pertenecen a la organización, evitando que la información se filtre a todo su personal. Estas personas podrán ser *terceros* nombrados por el tribunal, *abogados externos* contratados por las partes o, en una modalidad más favorable al derecho de defensa, *representantes internos* de la organización con poderes de toma de decisión. Así se forma un listado de personas con derecho a acceder a la información confidencial, pudiendo un juicio contener diferentes listados (o «círculos») para distintos tipos de información. Este medio incluso permite celebrar audiencias (por ejemplo, en una audiencia testimonial referida a información confidencial) de forma resguardada, limitada a los integrantes del círculo de confidencialidad. Su eficacia requiere decretar medidas complementarias, como ordenar a quienes lo integran a abstenerse de copiar, grabar, transmitir y comunicar la información confidencial de la que toman conocimiento, incluso a sus representados, junto con limitar la forma de acceso a un lugar físico o virtual vigilado (*data room* o similar).

La amplitud del círculo de confidencialidad y la clase de medidas complementarias para prevenir filtraciones de información dependerán del tipo de interés de confidencialidad (*supra*, III.3) y de la importancia de la publicidad interna en la etapa procesal respectiva (*supra*, III.2.2). Por ejemplo, es posible que al inicio, en la etapa de esclarecimiento preparatorio, baste que abogados externos tengan acceso a los documentos confidenciales potencialmente relevantes para una posterior prueba; pero que luego, al definirse los puntos de prueba, el círculo de confidencialidad se deba ampliar a representantes internos de las partes para asegurar la participación efectiva en la fase probatoria ante el tribunal.

#### IV.5.3. Exención del deber de aportar información

Explicamos que los privilegios son ámbitos de exclusividad resistentes a ponderación; por lo tanto, si se comprueba que la información solicitada es privilegiada, no se podrá utilizar en un proceso judicial. En ese caso, la única medida procedente es eximir al requerido del deber de aportar la información. Sin embargo, este tipo de exenciones son excepcionales, solo aplicables a contados secretos profesionales y, en los países continentales, a secretos íntimos de las personas (Stürner,

<sup>28</sup> Para detalles desde una mirada comparativa, véase Vogt (2020, pp. 144-152). En las reglas del proceso civil federal estadounidense están explícitamente previstos (FRCP, 1938, 26c, num. 1, lit. E).

1976, pp. 197-198). La regla general es, como vimos, una aportación resguardada de la información confidencial.

**IV.6. La confidencialidad del incidente de confidencialidad**  
Según lo explicado hasta ahora, el incidente de confidencialidad está dirigido a comprobar la existencia del interés de confidencialidad invocado y decretar medidas útiles, necesarias y proporcionales para resguardarlo (aportación de versiones editadas, aportación *in camera*, círculos de confidencialidad, prohibiciones de comunicación, exención del deber de aportar la información). Estas medidas permiten dar a la información confidencial un uso procesal resguardado en las distintas etapas del procedimiento principal, llegando hasta la sentencia definitiva e incluso la etapa recursiva.

Esto, sin embargo, arroja algunas preguntas cruciales en torno al diseño procedimental del incidente de confidencialidad: ¿la información (supuestamente) confidencial es accesible en el procedimiento incidental o se resuelve «a ciegas»? En caso de aportarse al incidente, ¿el acceso debe restringirse al tribunal o extenderse a las partes o sus representantes para que puedan ejercer su derecho de defensa dentro del incidente? Estas interrogantes apuntan a la «metapregunta» sobre el régimen de confidencialidad aplicable al incidente de confidencialidad, cuya respuesta es la última pieza de nuestra teoría de confidencialidad procesal.

Para mayor claridad, pensemos en un ejemplo: en un juicio entre dos competidores, una parte se niega a exhibir ciertos correos electrónicos por contener secretos comerciales, ofreciendo exhibir solo versiones editadas por ella. El solicitante de la información argumenta que es improbable que contenga secretos comerciales, que no son comprensibles las versiones editadas y que la negativa es una maniobra dilatoria. ¿Cómo decide el tribunal si efectivamente hay un interés legítimo de confidencialidad? ¿Debe decidir sin revisar los correos, confiando en la plausibilidad del relato de la exhibiente? ¿O debe resolver consultando los correos *in camera*, con exclusión de la parte solicitante, afectando así su derecho de defensa? ¿O debe dar acceso a todas las partes?

Para responder esas preguntas hay que, primero, descartar el absurdo: que la información supuestamente confidencial se deba aportar al procedimiento incidental sin restricción alguna. Su accesibilidad irrestricta durante el incidente frustraría la razón de ser del incidente, que precisamente busca dilucidar si corresponde o no decretar restricciones a la publicidad en el procedimiento principal. Más razonable es que el tribunal decrete preliminarmente un régimen de confidencialidad *para el incidente*, una vez que la parte solicitante haya hecho plausible el

167

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDADPROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

interés de confidencialidad (*supra* IV.1.2), aplicando al procedimiento incidental una o varias de las medidas de resguardo recién expuestas.

Para eso, deberá hacer un ejercicio de ponderación preliminar equivalente al que debe aplicar en la decisión sobre el régimen de confidencialidad para el procedimiento principal. Si el riesgo proviene de la publicidad externa, corresponderá excluir al público del incidente, sin perjuicio de tener que hacer pública la motivación de la decisión incidental de excluirlo del procedimiento principal<sup>29</sup>. Más difícil es el caso de que el riesgo invocado provenga de la publicidad interna. Si se trata de categorías de información comunes y de contenido típico, es posible no sea necesario aportarla y se resuelva el incidente con base en esas categorías generales (Daniel, 1994, p. 1039). Si esto no es posible, corresponde una revisión por un tercero experto, una revisión *in camera* por el tribunal o un círculo de confidencialidad (por ejemplo, integrado únicamente por los abogados externos de las partes), según lo requieran las circunstancias. El criterio debería ser asegurar la óptima posición del tribunal para la toma de decisión sobre la medida de confidencialidad, sin restringir desproporcionalmente el derecho de las partes a participar en el debate incidental.

## V. CONCLUSIONES

1. En el derecho de tradición occidental, la era de la información envuelve pretensiones de ampliar el acceso a la información en todo ámbito jurídico. En lo relativo al proceso judicial, ello ha llevado a una ampliación de las actividades de esclarecimiento en todas las etapas del juicio. Esta tendencia se expresa normativamente en un principio de incorporación de toda información relevante al proceso. Opera tanto en el esclarecimiento preparatorio, que tiene el fin de asistir las decisiones de las partes sobre cómo llevar adelante el litigio, como en el esclarecimiento probatorio, que tienen el objeto de aportar a la decisión judicial sobre los hechos.
2. Esta tendencia expansiva se desarrolla bajo la idea moderna de que los procesos deben ser públicos; es decir, accesibles a las partes, según normas de publicidad interna (como exigencia del derecho de defensa y del derecho a ser oído), y accesibles a terceros, según normas de publicidad externa (como exigencia de la necesidad de control y de confianza ciudadana).
3. La combinación de normas de esclarecimiento procesal (que ordenan la incorporación y generación de información) con normas de publicidad (que ordenan su accesibilidad y

<sup>29</sup> Sobre esta metapublicidad de las decisiones que restringen la publicidad externa, véase Neumann y Simma (2013, pp. 472-474).

difusión) ha convertido a los procesos judiciales en repositorios públicamente accesibles de información relativa a un conflicto. Si bien esta información se aporta y levanta para fines procesales, su divulgación regularmente motivará usos o generará efectos perjudiciales. Así, los riesgos de difusión de los contenidos aportados a un proceso constituyen hoy un problema general, propio de todos los procesos judiciales sometidos a publicidad. Si bien estos riesgos no eran desconocidos antes, se han exacerbado en las sociedades contemporáneas por las posibilidades de tratamiento y tráfico masivo e instantáneo de información en todo tipo de formato.

4. El derecho procesal tradicional carece de conceptos para tematizar los riesgos actuales asociados a la difusión de los contenidos aportados al proceso judicial. Por eso, es necesario desarrollar una teoría para el manejo de disputas procesales de confidencialidad capaz de identificar las constelaciones típicas, los bienes jurídicos en juego y el procedimiento para una decisión sobre las medidas adecuadas de confidencialidad.
5. Como punto de partida, se constata que la confidencialidad procesal no es un bien jurídico, sino una forma de protección de otros bienes jurídicos (privacidad, libertad económica, infancia, etc.). En ese sentido, es instrumental y consiste en restricciones a las normas procesales de difusión de información (normas de publicidad). Se puede solicitar en constelación pasiva (excepción de confidencialidad como defensa ante un requerimiento procesal de información) o activa (como pretensión de confidencialidad que busca aportar información de forma resguardada). Quien la solicita deberá invocar plausiblemente un legítimo interés de confidencialidad, que puede consistir en un secreto legalmente protegido, en el riesgo de usos ilícitos u otros efectos extraprocesales indeseados, o en el peligro de alteración del normal desarrollo del proceso judicial. Cada categoría puede tener su fundamento en distintos bienes jurídicos de relevancia constitucional, según sea el caso concreto.
6. El incidente de confidencialidad se basa en una distribución de cargas que asegura evitar intromisiones injustificadas en la esfera de las partes y de terceros, como también evitar invocaciones de confidencialidad frívolas, esto sin perjuicio de los poderes de los tribunales de considerar de oficio ciertos intereses de confidencialidad. El solicitante de la información deberá aportar un relato plausible que dé cuenta del deber de la parte requerida de colaborar con el esclarecimiento, mientras que el solicitante de confidencialidad deberá aportar un relato plausible

169

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD

PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

relativo al interés de confidencialidad. Con esta base, el tribunal procederá a decretar una medida de aportación resguardada de la información como resultado de una ponderación del interés en un esclarecimiento exhaustivo, del interés de confidencialidad y del interés en la vigencia de las publicidades procesales. Las medidas disponibles son, en general, la exclusión del público de audiencias o expedientes, la aportación de versiones públicas de los soportes de información, su revisión *in camera* por el tribunal o por un tercero, los círculos de confidencialidad o, en caso de privilegios, la exención del deber de aportar al esclarecimiento. Para evitar absurdos, el incidente de confidencialidad deberá resolverse bajo medidas razonables de confidencialidad.

7. Espero que estas categorías y distinciones puedan servir como el primer esbozo de una teoría de confidencialidad procesal capaz de asistir a abogadas, abogados, juezas y jueces al argumentar en torno a la acertada aplicación de normas de confidencialidad, y a legisladores al reformar leyes procesales para que consideren riesgos de difusión de información. En el ámbito científico, esta teoría busca adaptar el pensamiento procesal al desafío que plantean la era de la información y los nuevos medios de comunicación, un desafío cuya envergadura apenas comenzamos a comprender.

## REFERENCIAS

Accatino, D. (2003). La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de derecho (Valdivia)*, 15(2), 9-35. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200001>

Alba, F. (2022). El problema de la asimetría informativa y el acceso a las fuentes probatorias: influjo europeo y posibilidades de reforma en España. En F. Gascón y P. Peiteado (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil - Hacia un proceso civil convergente con Europa* (pp. 246-270). Barcelona: Atelier.

Alvarado, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford University Press.

Barros, E. (2021). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2.ª ed.; María Ignacia Besomi Ormazábal y Felipe Chahuán Zedan, colabs.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Carrasco, N. (2012). *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.

Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (J. Casáis y Santaló, trad.). Madrid: Reus.

Clark, N., & Juma, C. (2013). *Long-run Economics: An Evolutionary Approach to Economic Growth*. Londres: Bloomsbury.

Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C., Romero, M., & Torres, J. (2006). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.

Daniel, P. F. (1994). Protecting Trade Secrets from Discovery. *Tort & Insurance Law Journal*, 30(4), 1033-1044.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.

Germain, G. (2024). *Gagging Trump: Is Judge Merchan's Gag Order and Award of Sanctions Constitutional?* Syracuse University College of Law. <https://law.syracuse.edu/news/professor-gregory-germain-writes-gagging-trump-is-judge-merchans-gag-order-and-award-of-sanctions-constitutional/>

Gies, L. (2005). The Empire Strikes Back: Press Judges and Communication Advisers in Dutch Courts. *Journal of Law and Society*, 32(3), 450-472. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2005.00332.x>

Goldschmidt, J. (1936). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor.

Götz, A. (2014). *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Guerrero, B. (2020). Protección de datos personales en el Poder Judicial. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 33. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.54372>

Hau, W. (2022). Informationsverantwortung im Zivilprozess. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2, 154-176.

Hesse, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20.<sup>a</sup> ed.). Heidelberg: Müller.

Jacob, J. I. H. (1970). The Inherent Jurisdiction of the Court. *Current Legal Problems*, 23(1), 23-52.

Jacob, J. I. H. (1987). *The Fabric of English Civil Justice*. Londres: Stevens.

Jaconelli, J. (2002). *Open Justice: A Critique of the Public Trial*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198252580.001.0001>

Jahn, J. (2021). *Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen*. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748921899>

Keane, A., & McKeown, P. (2012). *The modern law of evidence* (9.<sup>a</sup> ed.). Oxford: Oxford University Press.

Kindhäuser, U. (2013). Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación. En A. van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal: Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 1119-1135). Santiago de Chile: Legal Publishing.

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD

PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

Kindhäuser, U., & Schumann, K. H. (2019). *Strafprozessrecht* (5.<sup>a</sup> ed.). Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845281889>

Löffler, S. (2017). *Rechtsgut als Verfassungsbegriff? Der Rekurs auf Güter im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-55101-9>

Leturia, F. (2018). La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 647-673. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372018000300647>

Luhmann, N. (1992). *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag. [https://doi.org/10.1007/978-3-322-93617-2\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-322-93617-2_1)

Luhmann, N. (2005). *Entscheidungen in der Informationsgesellschaft*. En G. Corsi y E. Esposito (eds.), *Reform und Innovation in einer unstabilen Gesellschaft* (pp. 27-40). Stuttgart: Lucius & Lucius.

Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. 1: Fundamentos* (2.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Michaels, R. (2019). The Functional Method of Comparative Law. En M. Reinmann y R. Zimmerman (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2.<sup>a</sup> ed.). Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Möllers, C. (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press.

Montero Aroca, J. (ed.). (2011). *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos; Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)* (2.<sup>a</sup> ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mordoj, B. (2022). *El auxiliar de confidencialidad: una propuesta de reforma al Decreto Ley N° 211 de 1973*. CeCo UAI. <https://centrocompetencia.com/mordoj-auxiliar-confidencialidad-propuesta-reforma-dl211/>

Neumann, T., & Simma, B. (2013). Transparency in International Adjudication. En A. Bianchi y A. Peters (eds.), *Transparency in International Law* (pp. 436-476). Cambridge: Cambridge University Press.

Osterloh-Konrad, C. (2009). Geheimnisschutz und Informationsinteresse bei der Durchsetzung privater Rechte – vorbereitende Auskunftsansprüche und Aufklärung im Zivilprozess. En W. Schön (ed.), *Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht* (pp. 9-47). Heidelberg: Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-540-85375-6\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-540-85375-6_2)

Peña, M. (2001). Protección constitucional del secreto industrial. *Revista Chilena de Derecho*, 28(2), 413-424.

Pérez-Ragone, Á., & Palomo, D. (2009). Oralidad y prueba: Comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 32, 363-406.

Prütting, H. (1983). *Gegenwartsprobleme der Beweislast: Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*. München: C.H. Beck.

Rassi, J. (2020). *Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess: Möglichkeiten der geschützten Verwertung von Unternehmensgeheimnissen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz und prozessualen Kooperationspflichten*. Viena: Jan Sramek Verlag.

Reidy, K., Abbott, K., & Parker, S. (2023). 'So they hit each other': Gendered constructions of domestic abuse in the YouTube commentary of the Depp v Heard trial. *Critical Discourse Studies*, 22(3), 281-298. <https://doi.org/10.1080/17405904.2023.2291130>

Scheindlin, S. A., & Redgrave, J. M. (2008). Special Masters and E-Discovery: The Intersection of Two Recent Revisions to the Federal Rules of Civil Procedure. *Cardozo Law Review*, 30(2), 347-406.

Schilken, E. (2003). *Gerichtsverfassungsrecht* (3.<sup>a</sup> ed.). Colonia y München: Heymanns.

Stuckenberg, C.-F. (2017). Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 129(2), 349-362. <https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0014>

Stürmer, R. (1976). *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Stürmer, R. (2006). Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess. En R. Greger y M. Vollkommer (eds.), *Neue Wege zum Recht: Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag*. Colonia: Schmidt.

Toro M., D., & Echeverría, A. (1902). *Código de Procedimiento Civil Anotado*. Santiago de Chile. Edición Oficial.

Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: Algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política Criminal*, 13(26), 836-857.

Vera, J. S. (2021). El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 48(1), 81-106. <https://doi.org/10.7764/R.481.4>

Vogt, T. (2018). La diferencia entre afirmar y probar en el proceso civil. En R. Rivero y J. P. Marín (eds.), *Reformas necesarias a la justicia chilena - VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pp. 253-280). Santiago de Chile: Librotecnia.

Vogt, T. (2019). El deber de revelar secretos en el juicio civil. Los límites a la exhibición documental de terceros como ejemplo de un problema dogmático. En P. Machado Martíns y J. A. Larroucau Torres (eds.), *Estudios de derecho procesal* (pp. 3-24). Santiago de Chile: DER.

CONFIDENCIALIDAD PROCESAL EN JUICIOS PÚBLICOS: UNA TEORÍA PARA EL MANEJO PROCESAL DE DISPUTAS DE CONFIDENCIALIDAD  
PROCEDURAL CONFIDENTIALITY IN OPEN COURTS: A THEORY FOR MANAGING CONFIDENTIALITY DISPUTES IN JUDICIAL PROCEEDINGS

Vogt, T. (2020). *Aufklärung und Informationskontrolle im Zivilprozess: Eine vergleichende Studie zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*. Tübinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158889-1>

Vogt, T. (2022). La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (3), 159-174. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i3.22711](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22711)

Von Coelln, C. (2005). *Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes*. Tübinga: Mohr Siebeck.

Wach, A. (1914). *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*. Berlín: Liebmann.

Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *Introducción al derecho comparado*. Oxford y México: Oxford University Press.

### Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Auto Acordado N.º 16 sobre reserva y confidencialidad de la información en los procesos (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Chile], 15 de mayo de 2017).

*Brown Bag Software v. Symantec Corp.* (960 F.2d 1465) (9<sup>th</sup> Cir. [Estados Unidos], 7 de abril de 1992).

*Church of Scientology of California v Department of Health and Social Security* [1979] 1 WLR 723, 743 (Court of Appeal [Inglaterra y Gales], 22 de enero de 1979).

*Cipollone v. Liggett Grp., Inc.* (785 F.2d 1108, 1121) (3d Cir. [Estados Unidos], 12 de marzo de 1986).

Code civil de la République Française, versión consolidada al 1 de mayo de 2025. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721)

Code de procédure civile de la République Française, versión consolidada al 1 de mayo. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070716](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716)

Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969). [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convención Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950). <https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>

Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, 2 de septiembre de 1990). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 10 diciembre de 1948). [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Décret sur la réforme de la procédure criminelle (Francia, 9 de octubre de 1789).

Decreto 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [Chile], 19 de enero de 2024).

DFL 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N.º 211 de 1973 (Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción [Chile], 17 de agosto de 2023).

Directiva 2004/48/CE relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 30 de abril de 2004).

Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 5 de diciembre de 2014).

Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 15 de junio de 2016).

*Dyson Ltd v Hoover Ltd* (R.P.C. 42) (Patents Court y High Court [Inglaterra y Gales], 4 de marzo de 2002).

ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (European Law Institute, 2021). <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-unidroit-model-european-rules-of-civil-procedure/>

Federal Rules of Civil Procedure (US Congress [Estados Unidos], 1938).

Ley N.º 1552, Código de Procedimiento Civil (Ministerio de Justicia [Chile], 15 de septiembre de 2022).

Ley N.º 19696, Establece Código Procesal Penal (Ministerio de Justicia [Chile], 20 de junio de 2022).

Ley N.º 7421, Código Orgánico de Tribunales (Ministerio de Justicia [Chile], 9 de febrero de 2024).

*Libyan Investment Authority v. Societe Generale SA* [2015] EWHC 550 (Queen's Bench y High Court [Inglaterra y Gales], 26 de febrero de 2015).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Principios ALI/Unidroit del Proceso Civil Transnacional (ALI y Unidroit, 2004). <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. y otros respecto del inciso 2º del artículo 5 de la Ley N.º 20.285, sobre acceso a información pública, en

CONFIDENCIA-  
LIDAD PROCESAL  
EN JUICIOS  
PÚBLICOS: UNA  
TEORÍA PARA EL  
MANEJO PROCESAL  
DE DISPUTAS  
DE CONFIDEN-  
CIALIDAD  
PROCEDURAL  
CONFIDENTIALITY  
IN OPEN COURTS:  
A THEORY FOR  
MANAGING  
CONFIDENTIALITY  
DISPUTES  
IN JUDICIAL  
PROCEEDINGS

176

los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N.º 34.432-2016 (Rol N.º 3111-16) (Tribunal Constitucional [Chile], 23 de marzo de 2017).

Sentencia II ZR 159/89 (Bundesgerichtshof [Alemania], 11 de junio de 1990).

Zivilprozessordnung (Deutscher Reichstag [Alemania], 30 de enero de 1877).

Recibido: 30/08/2024  
Aprobado: 10/12/2024