

1. EL DEBER DE REVELAR SECRETOS EN EL JUICIO CIVIL.
LOS LÍMITES A LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL DE TERCEROS
COMO EJEMPLO DE UN PROBLEMA DOGMÁTICO

THOMAS VOGT GEISSE*

1.1. Introducción

Fue el profesor Raúl NÚÑEZ OJEDA quien me introdujo a la dogmática procesal. Tuve la suerte de ser su alumno del ciclo de derecho procesal durante la etapa dogmática de su pensamiento¹, y el entusiasmo por la dogmática procesal alemana nunca pasaba inadvertido en sus clases. Debo admitir que las limitaciones de alumno de pregrado dificultaban la comprensión lo “dogmático” y del déficit que el profesor denunciaba en la doctrina procesal chilena de la época. Tras años de formación procesalista en el Instituto de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Bonn –formación que agradezco en gran parte al permanente apoyo del profesor NÚÑEZ– creo ahora entender mejor el rol de la dogmática procesal. Lo que está en juego es nada menos que la subordinación del juez al derecho y la igualdad ante la ley. Solo es posible realizar estos valores en la medida que la legislación vigente sea organizada dentro de un orden dogmático que, como “sistema”, trasciende para asegurar su acertada aplicación². Ese

* Abogado, Universidad de Chile. Máster y doctor en Derecho Universidad de Bonn. Correo electrónico: thvogt107@gmail.com.

1 Sobre las distintas etapas en la investigación del profesor Núñez, véase la introducción a este libro.

2 Desde STÜRNER (2014), pp. 275 y ss.

trabajo de organización es la tarea primordial del jurista. Por lo mismo, su dogmática debe orientarse en la ley vigente y no disolverse en las lejanías de teorías desvinculadas del derecho nacional, por muy atractivo que pueda parecer el ejercicio.

Hasta aquí sobre la dogmática, porque más importante que predicar sobre ella es desarrollarla con aportes concretos –otra lección que el profesor NÚÑEZ nos impartió con el solo hecho de su vasta y relevante producción científica-dogmática–. Por eso, en homenaje al maestro, dibujaré un mapa dogmático de un problema central del derecho procesal civil: el deber de cooperación de terceros. Especialmente se explorarán los límites del deber de terceros de exhibir documentos secretos o confidenciales. El punto de partida es el principio del esclarecimiento judicial íntegro, una exigencia constitucional derivada del derecho a tutela judicial efectiva (A). Enseguida, se expondrán las razones –respaldadas por la Constitución (CPR)– para retener información judicialmente relevante (la protección constitucional de secretos) y cómo colisiona con el derecho a tutela judicial efectiva (B). A continuación, ofreceré a los jueces una solución dogmática a ese conflicto para la decisión acertada de una exhibición de instrumentos de terceros según el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil (C).

1.2. Principio de esclarecimiento judicial íntegro

El derecho procesal civil debe procurar el esclarecimiento íntegro de los hechos relevantes –sobre este principio hay consenso a nivel comparado³. Su ubicación normativa puede variar según el ordenamiento jurídico que se mire. En algunos casos se atribuye al derecho a un proceso equitativo (*fair trial*)⁴, en otros al derecho a tutela judicial efectiva⁵. En Chile no parece haber duda sobre la vigencia sobre este principio, sea que se atribuya

3 Véanse los principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional, N° 16.1 (“En general, el tribunal y cada parte deberán tener acceso a las pruebas relevantes y no confidenciales”). Constatando el consenso a nivel de derechos nacionales STÜRNER (2005), p. 235 (“universally accepted, fundamental rule”). Desde la teoría del proceso, véase la defensa de este principio en TARUFFO (2010), pp. 165 y ss.

4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bryan v. Reino Unido*, 19178/91, 22.11.995, § 44.

5 STÜRNER (1976), pp. 31 y ss., especialmente pp. 42 y s.

ya al debido proceso (artículo 19 N° 3 VI CPR)⁶ o la tutela judicial efectiva como parte de la garantía de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 3 I CPR)⁷.

El principio exige que un litigio se resuelva sobre una base fáctica lo más amplia posible. Los sistemas procesales, inclusive el proceso civil, deben hacer probable que toda la información relevante sea considerada por las partes, y –en la medida que haya controversia sobre hechos– también por el juez. Esto implica un grado razonable de cooperación de la contraparte y de terceros en el esclarecimiento judicial de los hechos. Me reservaré para otra ocasión el complejo problema del deber de esclarecimiento de las *partes* en el proceso civil –una discusión a la que el profesor NÚÑEZ ha contribuido con uno de los impulsos iniciales⁸. En este artículo fijaré la mirada sobre el deber de esclarecimientos de *terceros* en el marco del deber de exhibición según el artículo 349 I del Código de Procedimiento Civil (CPC).

1.3. El secreto como límite constitucional al principio de esclarecimiento íntegro

Entonces, la tutela efectiva de derechos exige la obtención de todas las informaciones relevantes para el juicio. Otras normas constitucionales, sin embargo, garantizan el derecho a retener información, a denegar su divulgación, a guardar un secreto. Distingo tres tipos de secretos que pueden entrar en colisión con el postulado de esclarecimiento íntegro: secretos privados (A), secretos empresariales (B) y secretos profesionales (C).

A) Secretos privados (artículo 19 N° 4, 5 CPR)

El artículo 19 N° 4 CPR protege la privacidad que, en lo que aquí interesa, supone el control exclusivo de cada uno respecto a la información sobre ciertos ámbitos de decisión y de vida⁹. El artículo 19 N° 5, a su vez, protege la inviolabilidad de la comunicación privada, también en el sentido de un

6 P. ej., Tribunal Constitucional, Rol N° 1373-09, 22.06.2010, considerando 15°.

7 BORDALI (2011), pp. 314, 321 y s., 324 y 332.

8 Véase PÉREZ y NÚÑEZ (2009), pp. 365 y ss.

9 BARROS (2006), p. 541.

ámbito de exclusividad¹⁰, que se extiende a los documentos empelados¹¹. La tutela efectiva choca con esta exclusividad en la medida que información perteneciente a la vida privada cobre relevancia para resolver una disputa. El conflicto es típico en el proceso penal¹². Sin embargo, puede surgir cada vez que el derecho procesal obliga a una persona a aportar información a un juicio. Dado que los juicios civiles son cada vez más complejos y voluminosos, la pregunta se hace relevante para el derecho procesal civil.

B) Secretos empresariales (artículo 19 N° 25 III, N° 21 I CPR)

El artículo 19 N° 25 III CPR garantiza la propiedad industrial en sentido amplio, dentro de las que se incluyen *secretos empresariales* o *know-how* –concepto definido actualmente como información *no conocida* en los círculos de personas que suelen utilizarla–; que reviste de *valor económico* a causa de este desconocimiento, y respecto a la cual se hayan tomado *medidas razonables* de reserva por quien la controla¹³. Así entendido, “secreto empresarial” es un término genérico, que, según el tipo de información que se trate, comprende *secretos comerciales* (referidos a clientes, estrategias de *marketing*, a estructuras de precio, planes de expansión etc.) y *secretos industriales* (tecnologías, fórmulas, recetas, códigos de programación etc.). Ambos tipos de secreto caen en el ámbito de protección del artículo 19 N° 25 III CPR –la libertad de creación intelectual–. La amplitud de su tenor permite llegar a esta conclusión, toda vez que no solo protege de-

10 BARROS (2006), pp. 549 y s.

11 Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11.09.2012, considerandos 33° y s.

12 Véase Tribunal Constitucional, Rol N° 433, 25.01.2005, considerandos 28° y ss.

13 Véase artículo 2 N° 1 de la Directiva (UE) 2016/943 de 08.06.2016, considerando que la versión española de la directiva denomina “secreto comercial” el concepto amplio que aquí denominaré “secreto empresarial” orientándome en el concepto alemán de “Unternehmensgeheimnis”, que a su vez es equivalente a las voces “know-how” y “secret d’affaires”. El concepto de “secreto empresarial” además tiene base en la legislación chilena que la Ley de Propiedad Industrial define como “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva” (artículo 86). Sin embargo, esta definición es problemática desde una mirada comparada, ya que es, por un lado, muy limitada por no incluir información de importancia comercial (referida a clientes, precios, *marketing*, etc.) y, por otro lado, es muy amplia, al no explicitar la toma de medidas razonables de reserva como requisito de protección.

rechos exclusivos –como las patentes o las marcas– sino también “otras creaciones análogas”, incluyendo secretos empresariales¹⁴.

Asimismo, la protección de secretos empresariales se podría desprender del derecho al libre desarrollo de actividades económicas (artículo 19 N° 21 I CPR). Como argumenta el Tribunal Constitucional Federal alemán, la garantía de la libertad profesional (según el artículo 12 de la Ley Fundamental) incluye el derecho de participar en el mercado según sus condiciones de funcionamiento, lo que exige la protección de legítimas ventajas competitivas mediante secretos empresariales¹⁵.

Cualquiera que sea la base normativa, está fuera de duda que la Constitución protege la legítima ventaja competitiva generada por secretos empresariales. En caso que este sea relevante para esclarecer un hecho en un juicio civil, su protección entrará en conflicto con el derecho a tutela judicial efectiva de la parte que necesita la información.

C) Secretos profesionales (artículo 19 N° 3 II, N° 9, N° 12 CPR)

La información relevante para esclarecer una causa civil puede gozar de protección, no (solamente) en cuanto a su contenido, sino por ser objeto de ciertas *comunicaciones* dignas de protección legal o constitucional. El caso más importante en la práctica chilena y comparada es el de las comunicaciones entre cliente y abogado, cuya confidencialidad es parte del derecho a defensa jurídica del artículo 19 N° 3 II CPR¹⁶. Otro caso paradigmático

14 Aquí sigo la interpretación de PEÑA (2001), p. 419 (“La protección a los procesos tecnológicos, contemplada en el art. 19 N° 25 de la Constitución, comprende la prohibición de transferir, divulgar o dar a conocer la tecnología de carácter reservado constitutiva de un secreto industrial”). Si bien ella se limita a justificar la protección de secretos industriales, el argumento es igualmente aplicable a secretos comerciales.

15 Tribunal Constitucional Federal, N° 1 BvR 385/90, 14.3.2003, considerandos 81°-85°. El Tribunal Constitucional (chileno), Rol N° 3111-16, 23.03.2017, considerando 13°, ha desarrollado un razonamiento similar, al afirmar que en nuestro ordenamiento “se reconoce que existe una esfera de información que es propia y reservada de las empresas, la cual forma parte de la legítima expectativa de desarrollar estrategias de negocios, dentro del marco de lo legalmente permitido”. No aclara, sin embargo, si la legitimidad de esa expectativa es reconducible al artículo 19 N° 21 I CPR.

16 Así la prevención de J. Rodríguez en Corte Suprema, Rol N° 2663-2011, 19.10.2011, considerando 6° (“La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde

es el secreto profesional del médico a favor del paciente, cuya protección legal es reconducible al deber del Estado de resguardar el acceso a la salud (artículo 19 N° 9 CPR)¹⁷. También el secreto periodístico goza de protección constitucional, como condición de ejercicio de la libertad de opinión e información (artículo 19 N° 12 CPR).

En todos estos casos, la protección constitucional tiene la misma estructura. Está basada no en la información *per se*, sino en la *confidencialidad como condición de un servicio cuya alta calidad es de interés público* (buen funcionamiento de la justicia, resguardo de la salud, efectividad y veracidad de reportajes periodísticos). El deber de confidencialidad del abogado es de importancia general, porque, al incentivar la comunicación entre cliente y abogado, asegura el buen funcionamiento del sistema judicial¹⁸. También la confidencialidad médica o periodística pretende *incentivar cierto tipo de comunicación* en resguardo de un bien superior (la salud, la libertad de información). El legislador va más allá de las exigencias constitucionales al establecer un tipo penal para la revelación de secretos confiados en el ejercicio de toda profesión que requiera título (artículo 247 II Código Penal). En cambio, confidencias regulares, si bien jurídicamente relevantes, se manejan a través del derecho civil.

D) *El conflicto entre secreto y esclarecimiento, y el rol de la ley procesal*

Hemos dibujado un mapa general del conflicto entre la protección de secretos, por un lado, y el derecho a tutela efectiva mediante un esclareci-

al abogado, constituye una restricción o perturbación a su actividad, debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encierra de manera principalísima contemplado el derecho-deber del secreto profesional¹⁹). Sin embargo, enseguida considera que las confidencias del cliente están protegidas por su derecho a la privacidad según el artículo 19 N° 4 CPR, confundiendo así la protección de la privacidad con la de la confidencialidad.

- 17 Aunque también aquí la jurisprudencia argumenta con la protección de la intimidad, véase Corte de Santiago, Rol N° 3946-97, 30.10.1997, considerando 4°.
- 18 Así el consenso a nivel internacional, véase WAGNER (2001), p. 478; *R. v. Derby Magistrates' Court Ex p. B*, [1996] A.C. 487, 507 (Inglaterra). Para Chile, véase PENA (2015), p. 15 (“[el secreto profesional del abogado] ...no proviene de ningún interés corporativo o meramente particular, sino de las exigencias de un estado de derecho y, en especial, de las que provienen del debido proceso”).

miento procesal íntegro, por el otro. Esta tensión, sin embargo, solo fija el problema; no nos provee la solución para el conflicto dentro del sistema procesal civil. El legislador es el encargado de sopesar los principios en conflicto o dejar espacios para que el juez realice la ponderación en el caso concreto. Por eso, a continuación, se verá cómo la ley procesal civil resuelve la situación del tercero llamado a aportar al proceso civil un documento sobre un hecho relevante que a la vez goza de protección constitucional en calidad de secreto privado, empresarial o profesional.

1.4. *La protección de secretos como límite al deber de exhibición documental de terceros*

Un tercero puede ser ordenado —en su calidad de detentador— a exhibir instrumentos que tengan “relación directa con la cuestión debatida” (artículo 349 I CPC). La negativa injustificada tiene como consecuencia arrestos y multas (artículos 349 III y 274 CPC). ¿Qué ocurre cuando esta obligación procesal alcanza informaciones constitutivas de un secreto? ¿Puede el tercero negarse a cooperar sin temer apremios?

El derecho procesal debe ser aplicado conforme con la Constitución. Al momento de interpretar sus normas o suplir vacíos normativos, el tribunal está llamado a conciliar los valores constitucionales que entran en conflicto. A continuación se demostrará cómo alcanzar ese equilibrio al fijar los límites de la exhibición documental de terceros. El artículo 349 I CPC excluye del deber de exhibición a aquellos instrumentos que “revistan el carácter de secretos o confidenciales”. En ese caso, la negativa constituye “justa causa” y no procede el apremio del inciso tercero. Al momento de interpretar esta excepción, la doctrina ha dejado a la *praxis* en el más completo desamparo. Así lo demuestra una afirmación en un manual estándar de procedimiento civil:

“¿Qué se entiende por justa causa de negarse a exhibir un instrumento? Es una cuestión de hecho que los tribunales resolverán soberanamente en cada caso particular”¹⁹.

Siguiendo el espíritu científico del profesor NÚÑEZ, protesto contra este tipo de evasión de responsabilidad, insistiendo que es tarea de la doctrina

19 RODRÍGUEZ (2010), p. 136.

esforzarse por un mapa dogmático que oriente al juez civil en la aplicación del derecho procesal²⁰. Es lo que se ofrecerá a continuación.

La decisión respecto a la exhibición debe ir precedida por una ponderación (A), que supone ante todo constatar una colisión de derechos de importancia constitucional (B) y confirmar que la exhibición solicitada es útil y necesaria para realizar la tutela judicial efectiva (C). Después el juez deberá considerar si la exhibición se puede efectuar de una forma que no vulnere secretos constitucionalmente relevantes, decretando medidas de resguardo para el efecto (D). Solo habrá “justa causa” para denegar totalmente la exhibición de secretos en caso que –incluso tomando medidas de resguardo– se terminen afectando derechos fundamentales en su esencia (E).

A) Exigencia de una orden de exhibición ponderada

Ante todo, no es admisible interpretar la excepción del artículo 349 I CPC en el sentido de una exclusión *automática* de la exhibición de documentos secretos. Más bien, el tribunal deberá tomar nota de una colisión subyacente entre la tutela efectiva (esclarecimiento judicial) y la protección constitucional de secretos y a continuación resolverla según el método que la dogmática y jurisprudencia alemana llama “concordancia práctica”²¹. Este principio prohíbe solucionar una colisión de derechos o principios constitucionales según la regla del todo-o-nada y exige, en su lugar, una ponderación que optimice la realización de todos los principios en conflicto según las circunstancias del caso concreto²². Veamos qué significa esto para la aplicación del artículo 349 CPC.

20 En la *praxis* actual no se encuentran resoluciones con justificaciones satisfactorias en la aplicación del artículo 349 I CPC. Véase el 4° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-2510-2009, 12.05.2012: “Que el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil establece la sanción para el caso de que el tercero se rehúse sin justa causa a la exhibir los documentos solicitados. Que *a contrario sensu*, habiendo esgrimido el tercero justificadas razones para exponer que se encuentra imposibilitado de exhibir los documentos requeridos, no cabe sino acceder a su solicitud”.

21 HESSE (1995), párr. 72. Sobre su recepción por el Tribunal Constitucional Federal, véase SCHLADEBACH (2014), p. 266.

22 HESSE (1995), párr. 72.

B) Constatación de una colisión de principios

Retomando las distinciones trazadas arriba, un instrumento relevante para el esclarecimiento judicial puede contener aspectos de la vida privada (secreto privado), información comercial o tecnológica de control exclusivo (secreto empresarial) y/o confidencias de varios tipos (secreto profesional). En ese caso, una solicitud de exhibición cae *prima facie* bajo la excepción del artículo 349 I CPC. Sin embargo, la aplicabilidad definitiva de la excepción (resultante en una denegación absoluta de exhibición) debe decidirse tras una ponderación del derecho a tutela judicial efectiva del solicitante (en su faceta de derecho a un esclarecimiento íntegro) con el derecho a la privacidad, a la libertad creativa y económica o a la confidencialidad del tercero, según el caso. Si la exhibición solicitada no afecta el derecho a la vida privada (p. ej., porque el titular de la información la había expuesto previamente al público) o no afecta la libertad creativa y económica (p. ej., porque la empresa no tomó medidas para mantener en reserva la información empresarial) o no infringe un estatuto de confidencialidad digno de protección preferente, deberá prevalecer siempre la tutela judicial efectiva y ordenarse la exhibición.

C) Utilidad y necesidad de la exhibición²³

En caso de colisión, sin embargo, el tribunal deberá asegurarse especialmente de que la medida de esclarecimiento (la exhibición de documentos solicitada) *efectivamente aporte al esclarecimiento*, es decir, que sea útil²⁴. En caso que no lo sea, debe denegarse la exhibición sin necesidad de ponderación. En caso afirmativo, el tribunal debe constatar que no haya otro medio menos gravoso –es decir, un medio de prueba distinto a los

23 Este apartado se basa en el ejercicio que autores como STADLER (1989), pp. 242 y ss., y WREDE (2014), pp. 314 y ss., hacen para evaluar el resguardo de secretos empresariales en el proceso civil alemán. Estos, a su vez, siguen los cánones generalmente aceptados para examen de proporcionalidad en la afectación de un derecho fundamental (adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto). Para un panorama amplio sobre el principio de proporcionalidad alemán-europeo que incluye la práctica del Tribunal Constitucional chileno, véase ARNOLD *et ál.* (2012), especialmente los requisitos expuestos en p. 71.

24 Aspecto que en la doctrina de la proporcionalidad constitucional se denomina “adecuación”.

documentos secretos o confidenciales— que permita esclarecer los mismos hechos. Si los hay, deberá denegar la exhibición²⁵.

D) Medidas para una exhibición de secretos resguardada

En caso que no haya vía menos gravosa para realizar la tutela judicial, el tribunal procederá a evaluar la posibilidad de una *orden de exhibición resguardada*. Debe buscar una forma que los documentos de carácter secreto sean revelados y aporten así al esclarecimiento, pero, a la vez, se mantenga la protección de secretos privados, empresariales o profesionales. Esto se lograría decretando la exhibición acompañada de *medidas de resguardo* que mantengan la información delicada bajo control judicial. La exhibición resguardada es la única forma de disolver la colisión de derechos conforme a la concordancia práctica, porque realiza de forma simultánea la tutela judicial efectiva y la protección de secretos de relevancia constitucional²⁶. ¿Qué medidas procesales se pueden tomar según la ley vigente?

a. Relación entre esclarecimiento, publicidad y protección de secretos

En la mayoría de los casos, no es el esclarecimiento mismo (la exhibición del documento al juez y a las partes) que pone en peligro los secretos, sino que su *publicidad*. La fórmula tradicional del principio de publicidad en Chile —introducida en 1875 y en vigencia hasta hoy— es la del artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales (COT): “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”²⁷. Al reconocer la publicidad como principio rector de la actividad judicial, el legislador decimonónico omitió otorgar al juez facultades para el mane-

25 Aspecto que en la doctrina de la proporcionalidad constitucional se denomina “necesidad”.

26 Aspecto que en la doctrina de la proporcionalidad constitucional se considera bajo “proporcionalidad en sentido estricto” y equivale a lo que aquí se entiende como concordancia práctica. Sobre esta equivalencia, SCHLADEBACH (2014), p. 273.

27 Originalmente fijada en el artículo 8 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 (LOT), a partir de 1943 se encuentra en el artículo 9 del COT, vigente hasta hoy.

jo —en el caso concreto— de los riesgos de la divulgación de información judicial. Esto es consistente con una época en la cual aún no había irrumpido la sociedad de la información. En un mundo que ni siquiera conocía la fotocopiadora, el riesgo de divulgación de los contenidos del proceso era muy reducido. De hecho, hasta la mitad del siglo XX solo se conocía —como causal de exclusión del público— la afectación de la sensibilidad moral de la ciudadanía y el riesgo de disturbios públicos que afecten el funcionamiento de la justicia. El problema de la divulgación de secretos constitucionalmente protegidos no se consideraba causal para restringir la publicidad judicial ni en Chile²⁸ ni en el mundo occidental²⁹.

Hoy, con la posibilidad de digitalizar, reproducir y transmitir todo tipo de documentos e imágenes de forma instantánea, el riesgo que la divulgación judicial afecte derechos fundamentales va en constante aumento; se agudizó con la entrada en vigencia de la Ley de Tramitación Electrónica (LTE) que garantiza “pleno acceso de todas las personas a la carpeta electrónica” (artículo 2c LTE). Un ciudadano interesado ya no necesita trasladarse a tribunales para revisar una causa, sino que puede hacerlo desde cualquier lugar con conexión de Internet. El valor y la importancia de la publicidad judicial como instrumento de control ciudadano, especialmente en América Latina, está fuera de duda y no se profundizará aquí. Lo cuestionable es la falta de regulación de sus excepciones. Ni el COT, ni el CPC, ni la LTE contienen normas que faculten al juez a restringir el acceso a la información de la causa en el caso concreto —la ley no regula ni causales ni medidas de restricción de la publicidad. El CPC carece de una norma comparable con el artículo 289 del Código Procesal Penal (CPP) que faculte al juez para regular los riesgos de la publicidad durante la audiencia de juicio³⁰, lo que es obvio, porque no prevé un juicio oral. Sin embargo, incluso

28 ANABALÓN (1944), p. 46, explica que el Proyecto de Fontecilla (1863), antecedente de la LOT, proponía la fórmula: “Todas las funciones del Poder Judicial se desempeñarán públicamente, exceptuándose tan sólo la instrucción del sumario en las causas criminales, y los casos en que consideraciones de moral o de orden público requieran el secreto”.

29 Para el caso alemán, véase BETTERMANN (1978), pp. 369 y s. Para el mundo anglosajón, los precedentes discutidos en *Scott v. Scott* [1913] A.C. 417.

30 “[...] el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger...”. La norma reconoce como bienes protegidos: la intimidad, honor y seguridad de los intervinientes y secretos protegidos por ley.

en un procedimiento escrito el juez debería tener facultad para regular el acceso al expediente en caso que revele información protegida en calidad de secreto –pero no encontramos norma semejante en el CPC. Tampoco la LTE introdujo la facultad de regular el acceso al expediente en el caso concreto. Se limita a restringir la publicidad en los términos de la fórmula: “salvo las excepciones establecidas por la ley” (artículo 2c LTE).

b. Necesidad de medidas restrictivas de la publicidad

Esta publicidad amplia y rígida puede parecer a primera vista un símbolo de la modernidad y consolidación de la transparencia y del control ciudadano en el ejercicio del poder público, pero –como toda rigidez normativa– tiene su costo oculto. La imposibilidad de restringir la publicidad en el caso concreto termina generando incentivos contraproducentes: ante los riesgos de la divulgación de secretos, los tribunales tenderán a interpretar ampliamente la excepción del artículo 349 I CPC y denegar la exhibición de documentos esenciales, haciendo imposible el esclarecimiento de los hechos y –esto es importante– vulnerando el derecho a tutela judicial efectiva de la parte solicitante; esta perderá el juicio (y un derecho subjetivo posiblemente justificado) por no tener acceso a los documentos denegados en resguardo de secretos. Aquí radica el costo oculto de una publicidad sin excepciones claras ni posibilidad de medidas judiciales adaptables a al caso concreto³¹.

En principio, a falta de norma para excluir al público en materia civil, el juez no tendría otra opción que denegar la exhibición del documento secreto para evitar que se atropellen los derechos fundamentales del tercero llamado a revelar un secreto, a pesar de ser indispensable para el juicio. O tendrá que tomar la decisión alternativa que es igual de deficiente: ordenar la exhibición pública de la información vulnerando abiertamente los secretos del tercero. Esta alternativa del todo-o-nada atenta contra el principio de concordancia práctica, ya que sacrifica totalmente el esclarecimiento de los hechos y la tutela judicial con tal de velar por la protección de secretos (o viceversa), en vez de buscar la realización óptima de ambos valores. ¿Será posible reconocer –de *lege lata*– facultades del juez civil para tomar

31 Observa este costo de la rigidez del todo-o-nada en el caso alemán WREDE (2014), pp. 31-42, 63.

medidas de resguardo en pos de una exhibición segura de documentos secretos?

c. Sobre la posibilidad de una exhibición bajo medidas restrictivas de publicidad

Si bien la ley no prevé semejantes facultades, es posible reconocerlas de *lege lata* mediante una analogía, método según el cual, tras constatar una laguna de regulación³², el vacío se suple aplicando al supuesto de hecho no regulado una norma vigente para otro supuesto comparable que sí está regulado. El vacío se evalúa desde el programa regulativo que sirvió de base a la ley, inferido mediante una interpretación histórica y teleológica³³. El juez debe “colmar la laguna de regulación legal [...] en concordancia con la intención reguladora a ella subyacente y con la teleología de la ley”³⁴. Lo importante es estar consciente de que es inadmisibles aplicar una analogía en el caso que la falta de regla sea consistente con el programa del legislador, por muy criticable que sea la omisión desde un punto de vista de política jurídica; la omisión intencionada del legislador solo se puede solucionar de *lege ferenda*³⁵.

Como se acaba de mostrar, no hay norma jurídica que faculte al juez al control de la publicidad en el proceso civil. Como vimos, el legislador no previó los riesgos de la publicidad judicial para los secretos constitucionalmente protegidos ni en el CPC ni en el COT y el vacío no fue subsanado el 2015 por la LTE. La falta de norma se debe a una omisión, no a una decisión de política pública: como consta en el mensaje del CPC, el legislador de 1893 pretendía que el tribunal disponga “de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados”, sin advertir que –en la futura sociedad de la información– la difusión irrestricta de los contenidos del proceso podría resultar en una práctica de exclusión apresurada de medios de prueba relevantes

32 En este caso, la regulación “no contiene ninguna regla para una cierta cuestión que, según la intención reguladora subyacente, precisa una regulación”. LARENZ (1980), p. 365, lo que la distingue de un “silencio elocuente” de la ley, *ibíd.*, p. 363.

33 LARENZ (1980), p. 366.

34 LARENZ (1980), p. 365.

35 LARENZ (1980), pp. 366 y s.

para evitar la revelación de secretos. Esto justamente frustraría el propósito de la ley de considerar todos los medios necesarios para la resolución de la disputa. La misma inadvertencia es manifiesta en el legislador de 1943 respecto al COT, que solo repitió la fórmula de la LOT de 1875.

El legislador de 2015, sin embargo, estaba consciente del riesgo de la publicidad irrestricta, en especial los peligros del acceso público a la carpeta electrónica. Por eso, se discutió una redacción del artículo 2c LTE que disponía que en

“casos excepcionales y cuando así lo justifique la protección de datos personales, datos sensibles o de información confidencial de orden comercial, el tribunal podrá, a petición de cualquiera de las partes o terceros, limitar el acceso a la carpeta electrónica o a determinadas actuaciones, registros o documentos exclusivamente a las partes intervinientes en el proceso”³⁶.

Finalmente, el legislador decidió suprimir este inciso y limitarse a reproducir la fórmula “salvo las excepciones establecidas por ley” (2c LTE)³⁷. Esta decisión, sin embargo, no da cuenta de una voluntad legislativa contraria a que el juez tenga facultad de regular la publicidad en el caso concreto. Más bien, se dejó el asunto en manos de la Corte Suprema que “regulará mediante auto acordado la búsqueda de causas en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial” (2c LTE). Al formular este mandato, los legisladores entendían que la Corte tendrá un poder amplio para regular las excepciones a la publicidad³⁸. Esta práctica legislativa de

36 Véase la propuesta de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, Historia de la Ley N° 20.886, p. 90.

37 Es decir, no hizo más que “redundar en un principio ya existente”. LARROUCAU (2017), p. 213.

38 Ante la pregunta del senador Larraín si el auto acordado referido “solo debe circunscribirse al funcionamiento de los motores de búsqueda o si debe ser más amplio, para poder cumplir con los objetivos de mayor transparencia y de cautela por las excepciones que se establecen para la protección de los datos personales”, la historia de la ley da cuenta de la siguiente respuesta: “La señora Collarte, titular de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, explicó que el Máximo Tribunal tendrá que dictar los auto acordados que sean necesarios para poder ejecutar la ley. Agregó que, sin perjuicio de que el auto acordado referido en la propuesta se circunscribe a los motores de búsqueda, la mencionada Corte podría, en la medida en que no vulnere las correspondientes limitaciones legales y constitucionales, dictar un auto acordado que regule otras materias asociadas a la tramitación electrónica. Reiteró que, en consecuencia, la regulación mediante un auto acordado no se limita, necesariamente, a lo que estable-

transferir poder regulatorio sobre garantías fundamentales (aquí la publicidad judicial) a la Corte Suprema es, sin duda, inadmisibles³⁹. En este aspecto, sin embargo, no tuvo grandes consecuencias, ya que el texto del AA 37-2016 solo reproduce el vacío dejado por el legislador. No establece un catálogo claro de excepciones, sino que se limita a excluir del sistema de búsqueda “las causas, sujetos o trámites que se reserven por disposición de la ley o por decisión del juez” (artículo 2 del AA 37-2016). De ninguna forma hubo intención legislativa de establecer una publicidad libre de excepciones, ni una negativa de que el juez pueda intervenir para restringirla en casos particulares. A pesar de ello, subsiste el vacío de regulación y un juez enfrentado a una colisión de valores constitucionales deberá idearse un método para extraer criterios de solución consistentes con el sistema constitucional y procesal chileno.

Entonces, constatada la laguna de regulación, ¿existen normas vigentes que un juez civil pueda aplicar frente a la necesidad –no regulada, pero exigida por el principio de la concordancia práctica– de decretar una *orden de exhibición resguardada*?

Estimo que las siguientes normas en conjunto dan cuenta de una facultad general del juez civil para restringir la publicidad y tomar medidas para una exhibición resguardada: los artículos 34 CPC, 289 CPP, 531 COT, 2c LTM y 2 del AA 37-2016.

El artículo 34 del CPC faculta al juez a mandar a reservar piezas del expediente fuera del proceso si existen “motivos fundados” que justifiquen la medida. Las piezas así excluidas quedan fuera del alcance del público⁴⁰. Al dictarse el CPC, se temía que el expediente, o partes de él, puedan ser adulterados o extraviarse, lo que constituiría un “motivo fundado” para la restricción al acceso⁴¹. Ante los cambios de los riesgos de la publicidad

ce el inciso final de la regla propuesta”. Esta respuesta dejó satisfechos a los senadores, zanjándose la discusión sobre este punto y aprobándose el texto de la norma vigente. Véase Historia de la Ley N° 20.886, p. 102 (énfasis agregado).

39 Sobre este aspecto, véase el excelente panorama crítico de LARROUCAU (2017) sobre el auto acordado como herramienta de regulación procesal. En lo que aquí interesa, especialmente pp. 222, 228 (inadmisibilidad de someter garantías fundamentales a la regulación por auto acordados).

40 ANABALÓN (1944), p. 47.

41 TORO y ECHEVERRÍA (1902), pp. 106 y s.

respecto al expediente –ya no solo se teme su afectación física sino que la divulgación de sus contenidos–, nada impide interpretar los “motivos fundados” desde las exigencias constitucionales de proteger secretos. Con la protección constitucional de secretos privados, empresariales o profesionales se dispone de causales que se pueden considerar “motivo fundado” para aplicar dicha norma. Así encontramos en el artículo 34 CPC una facultad del juez civil para decretar medidas probatorias –como la exhibición de instrumentos– bajo exclusión del público.

Esto se ve reforzado por el artículo 289 I CPP que expresamente contempla medidas de exclusión de la publicidad para la protección de la privacidad y para evitar la divulgación de secretos protegidos por ley. Esta norma nos reitera la voluntad del legislador de conceder al juez facultades para proteger secretos. Las particularidades de esta norma –su naturaleza procesal penal y el carácter oral de la gestión que regula (audiencia de juicio)– no impide en absoluto su aplicabilidad en el ámbito civil, dado que el riesgo que en virtud de la publicidad se vulneren secretos de relevancia constitucional es el mismo en todo proceso judicial público, sea civil o penal, escrito u oral.

Ahora, ¿qué medidas concretas puede tomar el juez civil que, en ejercicio de dicha facultad general (reconocida desde los artículos 349 I, 34 CPC y 289 I CPP), decida decretar una exhibición de documentos reservada? Primero, las que nos indican los artículos 289 I CPP y 34 CPC: “impedir el acceso del público” (289 I b CPP); manteniendo las partes del expediente que revelan un secreto de relevancia constitucional “fuera del proceso [es decir, del expediente público]” (artículo 34 CPC). También puede tomar una medida menos restrictiva de la publicidad y mandar a *tarjar* las partes de los documentos que revelen secretos. El fundamento de esta medida se extrae del artículo 531 N° 2 COT que contempla la tarja de pasajes abusivos que faltan el respeto a los tribunales. Si bien esta medida se refiere a las facultades disciplinarias de los tribunales y como tal no puede ser aplicada de forma análoga a nuestro problema, constituye una medida menos gravosa que la del artículo 34 CPC (exclusión de piezas del expediente), por lo que se debe incluir en el repertorio de medidas protectora de secretos.

Lo dicho hasta ahora se conecta con el artículo 2c LTE: el estatuto de protección de secretos, del que da cuenta la Constitución y que los artículos 34 CPC y 289 I CPP conectan con el proceso judicial, se deben considerar “excepción establecida por ley” para restringir la publicidad de la

carpeta electrónica y los parámetros de búsqueda del sistema. La “excepción” no solo se debe entender como referencia a procedimientos que, en su conjunto, son secretos (como el procedimiento de familia), sino extender al caso que el juez, según las exigencias del caso concreto, considere la necesidad de ordenar un acto de esclarecimiento resguardado del público para proteger un secreto de relevancia constitucional. Eso es consistente con el AA 37-2016 que considera que se exceptúan del conocimiento público: “causas, sujetos o trámites que se reserven por disposición de la ley o por decisión del juez” (énfasis agregado), es decir, reconoce la facultad de restricción del público en el caso concreto.

Cabe destacar que estas medidas solo restringen el acceso a la información por parte del público general. El principio de contradicción exige, sin embargo, irrestricto acceso de las partes al expediente y a los medios de prueba, y en general a toda información que influya en la decisión judicial. Las medidas protectoras de secretos operan “hacia afuera” y no afectan los derechos de información de las partes. Por lo tanto, subsiste el riesgo que información secreta se divulgue indirectamente, a través de las partes. Para esto, el artículo 289 I c CPP faculta al tribunal a prohibir que los intervinientes “que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio”. Esta es otra norma que, a pesar de su ubicación orgánica, no se debe entender limitada a materias de procesal penal ni a procedimientos orales, sino que responde a un riesgo de todo procedimiento público, por lo que se debe considerar una herramienta disponible al juez civil. Por lo tanto, el juez civil tiene, de *lege lata*, la facultad para ordenar una exhibición de documentos bajo exclusión del público y –si es necesario– bajo obligación de confidencialidad de las partes.

En resumen, los jueces civiles tienen las siguientes medidas restrictivas de la publicidad para ordenar a terceros a exhibir, bajo condiciones de resguardo, sus documentos secretos y realizar así –según la concordancia práctica– simultáneamente la tutela efectiva y la protección constitucional de secretos: la tacha de informaciones secretas (artículo 531 I N° 2 COT), la exclusión de documentos secretos del expediente público (artículos 34 CPC, 298 I b CPP), la restricción del acceso a la carpeta electrónica y a los parámetros de búsqueda en el sistema de tramitación electrónica (artículo 2c LTE) y la prohibición a las partes de divulgar la información calificada como secreta por el tribunal (298 I c CPP).

E) Denegación de la exhibición en caso de afectación esencial de derechos fundamentales

En los descrito hasta ahora, la “justa causa” del artículo 349 III CPC libera al tercero de apremio en cuanto puede denegar legítimamente la exhibición pública de documentos secretos, pero no para negarse a una exhibición razonablemente resguardada por orden judicial. En ciertos casos, sin embargo, el tercero tendrá “justa causa” incluso para rehusar la exhibición resguardada. Deberá alegar que incluso las más estrictas medidas de resguardo no lograrían impedir una vulneración al contenido esencial de un derecho fundamental. El riesgo de divulgación deberá ser de tal magnitud que se justifique sacrificar la tutela judicial efectiva para evitar el peligro, lo no es fácil de justificar⁴². Más frecuentes serán los casos en que no es la magnitud del riesgo, sino el tipo de derechos en juego que demostrará la ineficacia de la exhibición resguardada.

La *intimidad* (es decir, aspectos de la privacidad relacionada con la vida interior y la sexualidad de cada persona) siempre deberá primar por sobre el esclarecimiento judicial⁴³. Por su conexión con la dignidad humana, es inaceptable instrumentalizar la intimidad de una persona, sea parte o tercero, para los fines de un proceso civil. Diarios de vida, mensajes de texto íntimos, información médica relacionada con la sexualidad, etc. no son susceptibles de exhibición civil⁴⁴. En este caso no sirve el resguardo procesal: incluso negando el acceso al público general y ordenando a los intervinientes a no divulgar la información, la sola exposición de la intimidad a la contraparte y al juez es un atentado inaceptable al derecho a la vida privada o inviolabilidad de las comunicaciones (artículos 19 N° 4, 5 y 26 CPR).

Un caso parecido se da en contenidos que son objeto de *deberes de confidencialidad profesional fundamentales*. Constituyen ámbitos de in-

42 Así el argumento de los abogados de la Compañía de Coca Cola frente al riesgo de filtración de la legendaria receta de su producto, argumentando que la exhibición “could well lead ultimately to public disclosure. In that event, the gravity of the harm to the company and its bottling system would be incalculable and irreparable” (*Los Angeles Times*, 11.09.1985), lo que no impidió que el tribunal ordenara la exhibición de todas formas, *Coca-Cola Bottling Co. of Shreveport, Inc. v. Coca-Cola Co.*, 107 F.R.D. 288 (1985).

43 STÜRNER (1976), p. 202; SASS (2002), pp. 62 y ss.

44 Salvo que la parte cuya intimidad se ve afectada haya hecho del aspecto médico el objeto del juicio.

violabilidad comunicacional y la sola posibilidad de ponderación tiende a debilitar la confianza y con eso la calidad del servicio profesional. El caso más importante es la comunicación abogado-cliente, que es inviolable sin que sea admisible ponderar la importancia de la confidencialidad y la utilidad esclarecedora de la información.⁴⁵ Todo debilitamiento afectaría de forma inaceptable el derecho a defensa jurídica (artículo 19 N° 3, 26 CPR), debilitando así la legitimidad del trabajo de la justicia. En estos casos, la única medida razonable a tomar es denegar del todo el aporte de información al juicio, aunque se sacrifique la tutela judicial efectiva.

1.5. Conclusión

Para concluir: la Constitución exige la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos mediante un derecho procesal civil que facilite en la mayor medida posible el esclarecimiento íntegro de hechos controvertidos. Por el otro lado, protege la privacidad (artículo 19 N° 4, 5 CPR), la libertad creativa y empresarial (artículo 19 N° 25 III, 21 I CPR) y confidencias especialmente importantes (artículo 19 N° 3 II, N° 9, N° 12 CPR) —es decir, exige la protección de secretos privados y empresariales, y de ciertos secretos profesionales—. Cuando la información secreta es relevante para esclarecer hechos controvertidos, se genera una colisión de estatutos de protección que el derecho procesal civil está llamado a resolver.

Un ejemplo ilustrativo es el deber del tercero llamado a exhibir documentos en virtud del artículo 349 I CPC, caso en que el derecho procesal civil reconoce expresamente el secreto y la confidencialidad como “justa causa” para negar la cooperación. Sin embargo, esta norma no se debe interpretar de una forma que excluya todo tipo de información secreta y confidencial del esclarecimiento judicial, ya que no cabe sacrificar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del solicitante de forma automática, sino solo cuando el tercero aduce razones de peso constitucional.

45 Estas reflexiones se refieren al ámbito del esclarecimiento civil dirigido a resolver disputas sobre derechos subjetivos privados. No se excluye la posibilidad que en otros tipos de procedimiento —en los que el interés en un esclarecimiento íntegro esté respaldado por un fuerte interés público— se justifique abrir el campo para la ponderación. En estos casos el abogado se verá enfrentado a los dilemas éticos que abordan los artículos 54 f., pp. 60 y ss. del Código de Ética Profesional (2011).

Pero incluso en ese caso solo es admisible dificultar la tutela efectiva en el marco de lo proporcional, tomando el juez medidas para una exhibición de documentos secretos bajo resguardo que los protejan del público general (edición de documentos, reserva de piezas del expediente, exclusión física del público en audiencias, órdenes de confidencialidad). Esta facultad del juez civil se desprende de *lege lata* mediante una analogía construida desde los artículos 34 CPC, 289 CPP, 531 I N° 2 COT, 2c LTM y 2 del AA 37-2016. Solo cuando una exhibición resguardada afecta el contenido esencial de un derecho fundamental –p. ej., la intimidad– se justifica denegarla completamente.

Con este esquema se ofrece una solución dogmática de *lege lata* para remediar la regulación defectuosa de la exhibición de documentos frente a la necesidad de proteger secretos en el juicio civil. Es una solución dirigida a orientar a los jueces civiles sometidos a la disyuntiva entre secreto y esclarecimiento. Asimismo, la dejo expuesta a la crítica y al debate dogmático, agradeciéndole al homenajeado sus aportes al edificio de ideas dentro del cual estos debates cobran sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- ANABALÓN, Carlos (1944), *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil chileno*, tomo 1 (Santiago, Ediciones Universidad de Chile).
- ARNOLD, Rainer *et al.* (2012), “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1.
- BETTERMANN, Karl August (1978), “Hundert Jahre Zivilprozeßordnung-Das Schicksal einer liberalen Kodifikation”, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 91.
- BORDALÍ, Andrés (2011), “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2.
- HESSE, Konrad (1995), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª edición (Heidelberg, C.F. Müller).
- LARROUCAU, Jorge (2017), “Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile”, en *Revista de Derecho*

- Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 33, julio-diciembre de 2017.
- LARENZ, Karl (1980), *Metodología de la ciencia del derecho* (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 4ª edición (Barcelona, Ariel).
- LOS ANGELES TIMES, 11.9.1985, *Coca-Cola Refuses to Reveal Formulas*.
- PEÑA, Carlos (2016), “Secreto profesional y derecho a la información pública”, en *Informes en derecho-Doctrina procesal penal 2015* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública).
- PEÑA, Marisol (2001), “Protección constitucional del secreto industrial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 2.
- PÉREZ, Álvaro y NÚÑEZ, Raúl (2009), “Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweisbeschaffung im Zivilprozess: der Vorschlag des chilenischen Reformentwurfs im Kontext der internationalen Diskussion”, en *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 14.
- RODRÍGUEZ, Ignacio (2010), *Procedimiento Civil - Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, 7ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SASS, Stefan (2002), *Die Beschaffung von Informationen und Beweisen* (St. Augustin, Gardez! Verlag).
- SCHLADEBACH, Marcus (2014), “Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip: Eine Verteidigung”, en *Der Staat*, vol. 53, N° 2.
- STADLER, Astrid (1989), *Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.- amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- STÜRNER, Rolf (2014), “Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 127.
- (2005), “The Principles of Transnational Civil Procedure an Introduction to Their Basic Conceptions”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69.
- (1976), “Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses” (Tübingen, J.C.B. Mohr).
- TARUFFO, Michele (2010), *Simplemente la verdad* (Madrid, Marcial Pons).
- (2005), *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta).