

EL LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN, LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS Y LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES*

FREE ACCESS TO INFORMATION, TECHNOLOGICAL INNOVATIONS AND THE PUBLISHING OF LEGAL CASES

Ricardo PERLINGEIRO**

RESUMEN: El texto cuestiona el sistema jurídico brasileño que, basado en una concepción extrema del principio de publicidad en el derecho procesal, no es capaz de establecer una distinción entre los actos judiciales, los documentos y escritos producidos por las partes, con el fin de acceder a la información procesal, y que, en la práctica, pone en riesgo la protección de los datos personales y de aquellos que se refieren a la seguridad de la sociedad y del Estado, en cuanto se encuentren judicializados.

ABSTRACT: *This paper raises questions about the Brazilian legal system, which takes to an extreme the constitutional principle (the Publicity Principle) requiring publication of legal cases, and is unable to properly distinguish between the need to publish judicial decisions, and the publication of documents and texts produced by the parties, thus endangering the protection of personal data, and representing a possible security risk to the State and society as a whole.*

Palabras clave: acceso a la información, principio de transparencia, protección de datos personales.

Keywords: *access to information, the principle of transparency, protection of personal data.*

* Artículo recibido el 3 de octubre de 2011 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2012

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF). Coordinador del Núcleo de Ciencias del Poder Judicial (Nupej-UFF) y del Programa de Posgrados de Justicia Administrativa (PPGJA-UFF). Juez federal en la Sección Judicial de Río de Janeiro. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal. El autor agradece la traducción a Libia Patricia Pérez Quimbaya, de la Universidad Libre de Colombia, y por la revisión a la traducción al escritor y abogado Vicente Pérez Silva, de Colombia, e Ivonne Nohemí Díaz Madrigal, licenciada por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVI, núm. 136,
enero-abril de 2013, pp. 201-237.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Bases constitucionales del acceso a la información*. III. *El acceso a la información en cuanto a la prestación de la actividad jurisdiccional*. IV. *Las restricciones del acceso a la información*. V. *La publicidad procesal frente a las innovaciones tecnológicas*. VI. *Una nueva (vieja) exégesis para el principio de publicidad procesal en Brasil*. VII. *El acceso de las partes y de terceros a la información procesal jurisdiccional*. VIII. *Consideraciones finales*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Una materia recién normada jurídicamente en ley. Otra que se refiere a hechos en constante mutación y sin regulación legislativa. Una tercera prevista en la ley y sedimentada en la doctrina y la jurisprudencia, pero que, de repente, se encuentra sacudida en sus bases, llevando a la comunidad jurídica hacia nuevas reflexiones. Ahora, imaginemos esas materias interrelacionadas, dependientes entre sí. Este es el contexto en que se encuentra el sistema judicial brasileño, en lo que dice respecto al libre acceso a la información, a las innovaciones tecnológicas y a la publicidad procesal. Es decir, un ambiente propicio para la investigación científica y a la espera de respuestas para una serie de preguntas e investigaciones, como: ¿Cuál es el papel real del principio de publicidad procesal y cuáles sus implicaciones en un sistema judicial digital inserto en Internet? ¿Cuáles son las excepciones al libre acceso a la información y a la información judicial? ¿Es razonable que un documento personal, una vez judicializado, se vuelva público?¹

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN

El acceso a la información, como un derecho de participación política del ciudadano en la esfera de un Estado democrático de derecho, y la

¹ Investigaciones semejantes fueron formuladas por Walter Nunes: “De conformidad con la cláusula constitucional, ¿todos los procesos judiciales deben ser públicos en el sentido de que cualquier persona del pueblo debe tener la posibilidad de acceso a los autos y conocimiento de quienes son las personas involucradas? O esa amplia publicidad, en cuanto al conocimiento del completo tenor de los autos y la identificación de las partes involucradas, está restringida a las personas directamente interesadas?”, Brasil, Consejo Nacional de Justicia. Acuerdo proferido por el CNJ en el proc. 0001776-16.2010.2.00.0000, Rel. Consejero Walter Nunes. Brasilia, D. F. Disponible en: www.cnj.jus.br (consultada el 5 de mayo de 2011).

protección de datos, como un derecho de libertad del ciudadano, típico de un Estado de derecho y unido a la necesidad del sigilo por cuestiones de seguridad, son valores fundamentales, sujetos a ponderaciones entre sí a partir del principio de la transparencia del poder público que, a su vez, se encuentra vinculado al principio de publicidad y a su concretización en vista de las innovaciones tecnológicas.²

Sommermann³ menciona que

La creciente importancia del principio de transparencia para la realización del Estado constitucional democrático se debe, por una parte, al impacto de las nuevas tecnologías de la información en la cultura de la comunicación y de la formación de opinión en la sociedad y, por otra, a la necesidad de fortalecer la posición de los ciudadanos frente a un sistema político-administrativo siempre más complejo y sofisticado. La información sobre el funcionamiento de las instituciones y los actores responsables (transparencia institucional), sobre los procesos de decisión (transparencia procedimental) y sobre el contenido de las decisiones y sus motivos (transparencia material) ayudan a los particulares a controlar mejor la actuación de los órganos públicos, a participar en los asuntos públicos y a facilitar la realización de sus derechos. De esta manera, la transparencia del poder público, se convierte en un elemento esencial en la estrategia de restablecer la confianza en el sistema democrático y de resguardar el Estado de derecho de una realidad cada vez más compleja. En efecto, retener u ocultar una información que podría indicar deficiencias de un sistema público se considera actualmente como una característica propia de un régimen dictatorial y con problemas de legitimación.

La transparencia y el libre acceso a la información tiene dos finalidades básicas: el control democrático del poder público y facilitar el ejercicio de los derechos subjetivos; en este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que

el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y, al mismo tiempo, un derecho particular para los fami-

² García Macho, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 7.

³ Sommermann, Karl-Peter, “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho”, en García Macho, Ricardo (coord.), *op. cit.*, pp. 11-25.

liares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos en que se apliquen leyes de amnistía.⁴

En el caso de facilitar el ejercicio de los derechos subjetivos, el derecho a la libre información comprende el conocimiento de las situaciones en las que hay lesión o amenazas de lesión al derecho, y la forma mediante la cual se pueden ejercer las garantías, la protección administrativa y jurisdiccional, imprescindibles a su debida preservación.⁵

La Corte Europea de los Derechos del Hombre ha reconocido la asociación entre “libertad de expresión”, “libertad de recibir información” y el “acceso a los archivos de la administración”, a pesar de algunas reservas.⁶ Según la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

un mecanismo transparente que ofrezca acceso a la información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por la totalidad de los derechos humanos. El derecho de acceso a la información es un componente del derecho a la verdad. La Convención Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho a acceder y a recibir información en su artículo 13.⁷ El acceso a la información en poder del Estado es, de forma análoga, necesario para evitar futuros abusos de parte de funcionarios gu-

⁴ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, temas sobre libertad de expresión, capítulo IV, Relatoría sobre el acceso a la información en la región. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=493&IID=4> (consultada el 9 de mayo de 2011). Véase Piñar Mañas, José Luis, “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en García Macho, Ricardo (coord.), *op. cit.*, pp. 84, 86 y 87.

⁵ Morello, Augusto M., *El proceso justo*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 386.

⁶ Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 276.

⁷ Artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, dispone lo siguiente: “1. Toda la persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Ese derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda naturaleza, sin consideración de fronteras, verbalmente o por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección. 2. El ejercicio del derecho en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores, que deben estar fijadas expresamente por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas; o b) la protección de la seguridad nacional, del orden público, o de la salud o de la moral públicas” (Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos

bernamentales e, igualmente, para asegurar la garantía de recursos efectivos contra estos abusos...⁸

El derecho de acceso a documentos está previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 42),⁹ en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 9o.), en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19). Por lo tanto, si bien no está previsto expresamente en el texto de gran parte de las constituciones, es común verificar rasgos de la transparencia o principios que dependen de la publicidad y, la jurisprudencia de diferentes cortes constitucionales vienen asegurando la transparencia como condición de los principios básicos del Estado constitucional democrático.¹⁰

En Brasil, el derecho de acceso a la información está previsto en la Constitución Federal (CRFB/88): artículo 5o., XXXIII:

todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos información de interés particular, o de interés colectivo o general, que será suministrada en los plazos fijados por la ley, bajo pena de responsabilidad, reservando aquella cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado;

Artículo 37, § 3o., II:

La ley disciplinará las formas de participación del usuario en la administración pública directa e indirecta, regulando específicamente: ...el acceso de los usuarios a registros administrativos y a la información sobre actos de gobierno [y artículo 216, § 2o.]. Corresponde a la administración pública, en

Humanos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=25&IID=4>, consultada el 10 de mayo de 2011).

⁸ *Op. cit.*, verificar también la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=4> (consultada el 10 de mayo de 2011).

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Periódico Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁰ Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, pp. 12 y 19.

la formación de la ley, la gestión de la documentación gubernamental y las providencias para permitir su consulta a quienes la necesiten.

Se habla también de una transparencia activa, en la que el poder público debe ser capaz de actuar de forma comprensible, así como brindar de oficio servicios de información o esclarecimiento.¹¹ A modo de ejemplo, podemos citar la reciente ley general de acceso a la información (Ley 12.527/2011), cuyo texto dispone que la “divulgación de información de interés público, independientemente de ser o no solicitada...” (artículo 3o., II) y que “es deber del Estado garantizar el derecho de acceso a la información, que será facilitada, mediante procedimientos objetivos y ágiles, de forma transparente, clara y en lenguaje de fácil comprensión” (artículo 5o.).¹²

La idea de un poder público abierto y transparente ha sido influencia de las recientes reformas en algunos sistemas nacionales europeos, tales como: la Ley francesa de 2000,¹³ sobre los derechos de los ciudadanos y sus relaciones con la administración pública; la Ley italiana de 1990¹⁴ modificada por la Ley del 11 de febrero de 2005; la Ley portuguesa de 2007,¹⁵ de acceso a los documentos administrativos; la Ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992;¹⁶ la Ley del Reino Unido de 2000, sobre

¹¹ *Ibidem*, p. 24.

¹² Brasil. Ley núm. 12.527/2011, del 18 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹³ Francia. Ley núm. 2000-321, del 12 de abril de 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones). Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/afich?Texte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629288&dateTexte=20110505> (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁴ Italia. Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990, núm. 15: Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Disponible en http://www.regione.sicilia.it/lavoro/uffici/relest/LeggeNaz241_90.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁵ Portugal. Ley núm. 46, de 24 de agosto de 2007 (Ley de Acceso a los Documentos Administrativos, LADA). Disponible en: <http://www.cada.pt/modules/news/visit.php?fileid=36> (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁶ España. Ley núm. 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Disponible en <http://dgraj.mju.es/secretariosjudiciales/docs/RegimenJuridico.PDF> (consultada el 5 de mayo de 2011).

la libertad de información;¹⁷ la Ley suiza de 2004, sobre la publicidad de la administración¹⁸ y la Ley federal alemana de 2005, que regula el acceso a la información de la Federación.¹⁹

En América Latina, se cita la Ley argentina núm. 25.831/2003,²⁰ del Régimen del libre acceso a la información pública ambiental, y el Decreto núm. 1172/2003 (Reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional);²¹ en Colombia, la Ley núm. 57/85,²² que regula el acceso a los documentos públicos, la Ley núm. 527/99,²³ que regula el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales; la reciente ley núm. 1437/2011,²⁴ que instituyó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, prevén innumerables garantías respecto al derecho de acceso a documentos públicos.

En Brasil, a pesar de la ya mencionada Ley 12.527/2011, el tema ya aparecía en la legislación de manera insuficiente: Ley núm. 11.111/2005,²⁵ con respecto a la reserva de la información imprescindible a la seguri-

¹⁷ Reino Unido. Freedom of Information Act 2000 (2000 chapter 36). Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents> (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁸ Suiza. Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGO), de 17 de diciembre de 2004. Disponible en http://www.admin.ch/ch/d/sr/152_3/index.html (consultada el 5 de mayo de 2011).

¹⁹ Alemania, Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Information des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG), de 5 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/ifg/gesamt.pdf> (consultada el 5 de mayo de 2011).

²⁰ Argentina. Ley argentina 25.831/2003, del Régimen de libre acceso a la información pública ambiental. Disponible en: http://www.colaboras.com/tenl_a.php?tenl_a=Decreto-1172/2003---Acceso-a-la-informacion-publica&id=866 <http://www.opds.gba.gov.ar/index.php/leyes/ver/239> (consultada el 9 de mayo de 2011).

²¹ Argentina. Decreto 1172/2003 (Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional). Disponible en http://www.colaboras.com/tenl_a.php?tenl_a=Decreto-1172/2003---Acceso-a-la-informacion-publica&id=866 (consultada el 9 de mayo de 2011).

²² Colombia, Ley 57/1985. Disponible en http://www.unal.edu.co/secretaria/normas/ex/L0057_85.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

²³ Colombia. Ley 527/1999. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base/doc/ley/1999/ley_0527_1999.html (consultada el 5 de mayo de 2011).

²⁴ Colombia. Ley 1437/2011. Disponible en www.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documentos/ley143718012011.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

²⁵ Brasil. Ley 11.111, del 5 de mayo de 2005 (abrogada por la Ley 12.527/2011). Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Ley/L11111.htm (consultada el 5 de mayo de 2011).

dad de la sociedad y del Estado; Ley núm. 10.650/2003,²⁶ en cuanto al derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente; Ley núm. 9.784/99,²⁷ que dispone sobre el acceso a la información en procedimientos administrativos y la Ley núm. 8.159/91,²⁸ que establecía la política nacional de archivos públicos y privados.

Debe señalarse, de igual manera, que el desarrollo de las nuevas tecnologías mediante medios digitales, al permitir un amplio acceso a la información vía Internet, aporta una nueva dimensión al tema, reclamando una legislación adecuada y que insta al poder público a utilizarlas, tal como consta en la mencionada Ley 12.527 /2011 en el artículo 3o., III:

el derecho fundamental de acceso a la información... debe ejecutarse de conformidad con los principios básicos de la administración pública y con las siguientes directrices... utilización de medios de comunicación viabilizados por la tecnología de la información [y en el artículo 8o., § 2o.:] los órganos y entidades públicas deberán utilizar todos los medios e instrumentos legítimos de que dispongan, siendo obligatoria la divulgación en sitios oficiales de la red mundial de computadores-Internet.²⁹

De igual forma, las innovaciones tecnológicas reclaman normas sobre los efectos de la súper-exposición en la protección de datos personales.³⁰

²⁶ Brasil. Ley núm. 10.650, del 16 de abril de 2003. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm (consultada el 5 mayo de 2011).

²⁷ Brasil. Ley núm. 9.784, del 29 de enero de 1999. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm (consultada el 5 de mayo de 2011).

²⁸ Brasil. Ley núm. 8.159, del 8 de enero de 1991 (Artículo 22, 23 y 24 derogados por la Ley 12.527/2011). Disponible en www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm (consultada el 5 de mayo de 2011).

²⁹ Sanz Salla, Consuelo Olimpia, “El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano”, en García Macho, Ricardo (org.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 230; anota que en el derecho estadounidense, la legislación más reciente (The E-Government Act de 17 de diciembre de 2002) dispone que la administración pública debe, dentro de un plazo razonable, esforzarse en buscar la información dentro de sus bases de datos y entregarla en el formato solicitado por el interesado. Además, dispone que la administración considere, a cualquier momento, que la información es susceptible de divulgación y la manera como se pueden utilizar mejor las nuevas tecnologías de la información, ponerlas a disposición de los ciudadanos, aun cuando no la soliciten.

³⁰ El acceso a la información está fuertemente condicionado a los medios materiales utilizados para esto Herrarte, Iñaki Lasagabaster, “Notas sobre el derecho administrativo

A propósito, desde hace ya bastante tiempo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 65, I [44]) decidió que “los peligros que entrañan las bases de datos informáticos para el derecho a la propia personalidad deberán contrarrestarse «con previsiones de carácter organizativo y procedimental»”.³¹

III. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

El acceso a la información no se limita al Poder Legislativo o al Ejecutivo, sino que se extiende al Poder Judicial, no sólo en cuanto en lo que se refiere a sus funciones administrativas atípicas,³² sino también y específicamente, en cuanto a la prestación jurisdiccional. Para Paolo Ferrua, el acceso a la información y a la publicidad de los actos judiciales está relacionado con el “proceso justo”, con rango constitucional, como consecuencia del fundamento democrático del poder jurisdiccional, ejercido en nombre del pueblo.³³ Además, una de las características de la jurisdicción es que puede asociarse a las características de la información disponibles que contribuyen a la concentración de los debates en el que son esenciales y, de esta manera, puede abreviar la deliberación. Otro punto importante, en el ámbito judicial, en cuanto a la denominada “judicialización de las políticas públicas”, lo que Sommermann asocia al creciente proceso de

de la información”, en García Macho, Ricardo (coord.), *op. cit.*, p. 117; véase Marzuoli, Carlo, “La transparencia de la administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia”, en García Macho, Ricardo (coord.), *op. cit.*, pp. 159 y 160, que advierte sobre la necesidad de prudencia en el uso de sitios de internet.

³¹ Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana”, en Barnés Vazquez, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 328.

³² En cuanto a las funciones administrativas, vale la pena citar el Portal de la Transparencia del Poder Judicial brasileño, que es “un instrumento de transparencia de gestión fiscal y tiene como objetivo permitir el conocimiento y seguimiento, por parte de la sociedad, mediante acceso de cualquier persona, física o jurídica, a información referente a la ejecución presupuestal y financiera del Poder Judicial. El acceso público a los datos detallados y diariamente actualizados sobre los actos practicados durante el proceso de ejecución del presupuesto, le permite al ciudadano verificar cómo y en qué se están gastando los recursos disponibles”, Consejo Nacional de Justicia. Disponible en <http://www.portaltransparencia.jus.br/despesas/> (consultada el 5 de mayo de 2011).

³³ Ferrua, Paolo, *Il ‘giusto processo’*, 2a. ed., Bologna, Zanichelli Bologna, 2011, p. 46.

“des-parlamentarización”, que ocurre también en el Ejecutivo en razón del alto nivel de sus especialistas, al tomar iniciativas de proyectos de Ley, y, además, del cuasi monopolio del Poder del Estado en la participación con organismos internacionales (de la cual resultan leyes internacionales). Por tanto, el libre acceso a la información sería una compensación a esa “des-parlamentarización”.³⁴

El deber del sistema judicial de asegurar el derecho de acceso a la información como prestación jurisdiccional fue reconocido por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ)³⁵ que señaló:

siendo los ciudadanos los titulares del poder político, el agente público debe dar la más amplia divulgación de los datos que están bajo su gestión, a fin de que la sociedad pueda controlar y tener conocimiento del funcionamiento de los órganos. Compete a la administración pública del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial establecer mecanismos eficientes de divulgación de sus actos, de manera que la información, que se refieren a sus servicios, esté disponible al público en general. Por tanto, como regla general, el proceso judicial, que es la forma de desarrollo del servicio jurisdiccional, debe ser público, es por ello que el proporcionar información procesal es un deber, una consecuencia lógica de todo y cualquier sistema republicano y democrático.³⁶

Bajo esta concepción se encuentra diseñada la referida Ley 12.527/2011, que en su artículo 1o., I, prevé que los órganos Judiciales, así como los órganos de los demás poderes, son destinatarios de los deberes que conceden el derecho de acceso a la información.

En sentido más amplio, la divulgación de información sobre la prestación jurisdiccional, en términos estadísticos y de contenido, sirve no sólo a la seguridad jurídica, permitiendo que los ciudadanos conozcan los prece-

³⁴ Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁵ El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) es un órgano orientado a la reformulación de cuadros y medios en lo judicial, principalmente en lo que dice respecto al control y a la transparencia administrativa y procesal. El CNJ fue instituido en obediencia a lo determinado en la CRFB/88, en los términos del artículo 103-B. creado en 31 de diciembre de 2004 e instalado el 14 de junio de 2005, el CNJ es un órgano del Poder Judicial con sede en Brasilia/D. F. y actuación en todo el territorio nacional, que apunta, mediante acciones de planeación, a la coordinación, al control administrativo y al perfeccionamiento del servicio público en la prestación de la Justicia.

³⁶ Consejo Nacional de Justicia. Decisión proferida en proc. 001776-16.2010.2.00.000, Consejero Walter Nunes, 2010.

denes judiciales, sino también de instrumento de investigación científica que, comúnmente, conllevan la búsqueda de soluciones para el perfeccionamiento del sistema judicial.³⁷ Es de recordar, que el CNJ constituyó un programa específico de gestión documental nacional para el poder Judicial, se trata del Programa Nacional de Gestión Documental y Memoria del Poder Judicial (Proname)³⁸ y, que además, existen en el ámbito de la Escuela de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (Enfam),³⁹ proyectos de investigación y de educación que relacionan lo judicial con el respectivo tema.⁴⁰

³⁷ Herrarte, Iñaki Lasagabaster, *op. cit.*, p. 106.

³⁸ “En diciembre de 2008 fueron lanzadas las bases del Programa Nacional de Gestión Documental y Memoria del Poder Judicial/Proname. El Programa tiene como finalidad implementar una política de gestión documental que atienda las peculiaridades del Poder Judicial Brasileño. La integración de los tribunales, por medio del Foro de Gestión Documental, la estandarización de los procesos de trabajo, por medio de las Tablas de Temporalidad de Documento Unificadas del Poder Judicial/TTDU y manuales de gestión documental y la preservación y divulgación de los documentos de valor histórico, por medio del programa de memoria del Poder Judicial, son los principales objetivos del Proname. Para la ejecución de las acciones del Proname, fue instituido por la ordenanza núm. 616, de 10 de septiembre de 2009, el Comité del Programa Nacional de Gestión Documental y Memoria del Poder Judicial, el cual cuenta con representantes de todos los segmentos del Poder Judicial. Entre las competencias del Comité, está la elaboración de normas e instrumentos de gestión que auxiliarán la implementación del Proname, y la proposición y apoyo a la realización de programas de capacitación para los servidores que actúan en las unidades de gestión documental”, Consejo de la Justicia Federal. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/gestao-documental-proname> (consultada el 5 mayo de 2011).

³⁹ La Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (Enfam) funciona junto al Superior Tribunal de Justicia (STJ) y es responsable por la reglamentación, autorización y fiscalización de los cursos oficiales para el ingreso, la promoción y el proceso para volver vitalicia la carrera de la magistratura. Prevista originalmente en la Enmienda Constitucional núm. 45, que realizó cambios en la estructura del Poder Judicial, la Escuela fue instituida el 30 de noviembre de 2006, por medio de la Resolución núm. 3 del STJ (Superior Tribunal de Justicia. Disponible en http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024, consultada el 5 de mayo de 2011).

⁴⁰ Programa de posgrados de Justicia Administrativa, Maestría Profesional Interdisciplinar, Núcleo de Ciencias del Poder Judicial, Universidad Federal Fluminense; Proyecto conjunto de investigación entre la Universidad Federal Fluminense, el Núcleo de Ciencias del Poder Judicial, y la Universidad de Porto, Facultad de Letras y Facultad de Derecho.

IV. LAS RESTRICCIONES DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Ni la transparencia, ni la protección de datos son absolutos y, en este orden de ideas, es fundamental encontrar un punto de equilibrio,⁴¹ pues, la verdad sea dicha, el acceso a la información y sus restricciones se orientarán por la presencia del interés público, que puede prestarse tanto a la publicidad como a la reserva.⁴²

En los textos legales la tendencia es la de conceder el acceso como regla general, teniendo que justificar la negativa a la misma, que, a su vez, puede coincidir con la protección de datos personales, comerciales e industriales, o en la garantía a la seguridad de las instituciones públicas. La Ley brasilera núm. 10.650/2003, en su artículo 5o., establece que “la

⁴¹ Piñar Mañas, José Luis, *op. cit.*, p. 86. En Italia, la proporcionalidad es un criterio destacado en las “Líneas generales en materia de tratamiento de datos personales con el objetivo de publicar y difundir actos y documentos”, de la autoridad administrativa independiente y específica, conforme consta en la Deliberación 17, del 19 de abril de 2007. Marzuoli, Carlo, *op. cit.*, pp. 159 y 160.

⁴² A propósito, sobre el principio de interés público, norte del derecho administrativo, se esclarece por parte de la ley de procedimiento administrativo de Costa Rica: “1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la administración pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrán en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y de justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede, en ningún caso, anteponerse la mera conveniencia” (Ley 6227/1978-Ley General de la Administración Pública, de autoría de Eduardo Ortiz Ortiz). En el mismo sentido, Allegretti apud Medauar, Odete, *O direito administrativo em evolução*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2003, p. 192, anota que el interés público no pertenece a la administración como algo propio, más al cuerpo social y nace de la composición entre los varios intereses públicos, los intereses privados y los de grupo (admitida, por lo tanto, una relación de composición entre los diferentes intereses, y no de contraposición extrínseca). Se anota, así mismo, que “la atención al interés público reside en la propia preservación de los derechos fundamentales (y no en su limitación en pro de algún interés contrapuesto a la colectividad), e impone a la administración el deber jurídico de ponderar los intereses en juego, buscando su concretización hasta un grado máximo de optimización”. Binenbojm, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 31; 81 y ss.) “no niega el concepto de interés público, solamente la existencia de un principio de la supremacía del interés público”. Sustenta que el interés público reclama siempre un juicio de ponderación por el postulado de la proporcionalidad (*op. cit.*, p. 309). El interés público es esencialmente interdisciplinario y propio de la ciencia de la administración, Wolff, Hans J. *et al.*, *Direito administrativo*, trad. de Antônio F. de Sousa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 424.

negación a la solicitud de información o de consulta a procesos administrativos deberá ser motivada, sujetándose a los recursos jerárquicos...” y la Ley 12.527/2011 prescribe como directriz “la observancia de la publicidad como precepto general y la reserva como excepción” (artículo 3o., I), llegando a imponer “medidas disciplinarias al servidor público que, sin fundamento, niegue el acceso a la información” (artículo 7o., § 4o.).

Es en este espíritu, como consta en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA), que dice:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental del individuo. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite límites excepcionales que deben estar previamente establecidos en la ley para el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”.⁴³ Las legislaciones, en estos momentos, prefieren enumerar taxativamente los casos en que debe haber restricción o, también, prefieren entregar al poder público un juicio de ponderación y, en efecto, es este el aspecto más relevante de una ley general de transparencia o de acceso a la información.⁴⁴

Piñar Mañas⁴⁵ nos indica algunos parámetros que deberá seguir el legislador: a) el acceso a los documentos constituye la regla; la negación constituye la excepción; b) las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente; c) las excepciones deben interpretarse a la luz del principio

⁴³ Principio núm. 4 (Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión). Disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=4> (consultada el 10 de mayo de 2011).

⁴⁴ En el derecho alemán, “la ley enumeró diferentes casos que justifican el rechazo en el acceso a los registros: la protección de los intereses públicos, especialmente del funcionamiento de la administración, así como la protección de datos personales y la protección de secretos industriales y comerciales. La administración debe ponderar estos derechos e intereses protegidos por la ley frente al solicitante, para el acceso a los registros. Algunas disposiciones de la ley sobre la libertad de información, principalmente en relación a la protección de intereses públicos, predeterminan esta ponderación en favor del secreto de la información. Otras disposiciones, no en tanto, son más abiertas y habilitan a la administración a ponderar los intereses en el caso concreto”. Soria, José Martínez, “El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información”, en García Macho, Ricardo (coord.), *op. cit.*, pp. 195 y 196.

⁴⁵ Piñar Mañas, José Luis, *op. cit.*, p. 100.

del derecho a la información y del principio de la proporcionalidad; d) el acceso a los datos personales también debe ser fruto de una ponderación de valores; e) las excepciones de acceso a la información deben estar taxativamente previstas en la ley.

En Brasil, la Ley núm. 8.159/91 disponía que

Los documentos, cuya divulgación, pongan en riesgo la seguridad de la sociedad y del Estado, así como aquellos necesarios a la protección del derecho a la intimidad, a la vida privada, a la honra y a la imagen de las personas, son, en sí mismos, objeto de sigilo [artículo 23, § 1o.].

También, y de manera general, la Ley núm. 11.111/2005 preceptuaba:

Artículo 2o. El acceso a los documentos públicos de interés particular o de interés colectivo o general será limitado exclusivamente en la hipótesis en que el sigilo sea o permanezca imprescindible a la seguridad del Estado, en los términos y según lo dispuesto en la parte final del inciso XXXIII del capítulo del artículo 5o. de la CRFB/88. Artículo 3o. Los documentos públicos que contengan información cuya reserva sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado podrán clasificarse en el más alto grado de sigilo, conforme a lo reglamentado...

La Ley núm. 10.650/2003 (artículo 2o.), que se refiere al acceso de la información en materia del medio ambiente, prevé:

§ 2o. Se asegure la reserva comercial, industrial, financiera o cualquier otro sigilo protegido por la ley, así como el relativo a las comunicaciones internas de los órganos y entidades gubernamentales; § 3o. Con el fin de que sea resguardado el sigilo a que se refiere el § 2o., las personas naturales o jurídicas que suministren información que se encuentran bajo reserva, a la administración pública, deberán indicar esta circunstancia, de forma expresa y fundamentada...

En la reciente Ley 12.527/2011, se enumeraron los casos de restricción de acceso a la información, con carácter de temporales, relativos a la seguridad de la sociedad y del Estado (con restricciones de 5 a 25 años) y a los datos personales (con y hasta 100 años de restricción).

En Brasil, se considera información imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado, aquella cuya divulgación o acceso irrestricto pueda:⁴⁶ a) poner en riesgo la defensa y la soberanía nacional o la integridad del territorio nacional; b) perjudicar o poner en riesgo la conducción de negociaciones o las relaciones internacionales del País, o las que hayan sido suministradas bajo sigilo por otros Estados y organismos internacionales; c) poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la población; d) ofrecer elevado riesgo a la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; e) perjudicar o causar riesgos a planes u operaciones estratégicas de las Fuerzas Armadas; f) perjudicar o causar riesgo a proyectos de investigación y desarrollo científico o tecnológico, así como al sistema, bienes, instalaciones o áreas de interés estratégico; g) poner en riesgo la seguridad de instituciones o de altas autoridades nacionales o extranjeras y sus familiares; h) comprometer actividades de inteligencia, así como investigaciones o fiscalizaciones en curso, relacionadas con la prevención o represión de infracciones.

Además, según esa Ley, son consideradas informaciones personales las que dicen respecto a la intimidad, vida privada, honra e imagen, las cuales no están sujetas a divulgación, excepto por fuerza de ley o del consentimiento del propio interesado, que, sin embargo, no será requerido cuando la información sea necesaria:⁴⁷ a) a la prevención y diagnóstico médico, cuando la persona este física o legalmente incapaz, y en utilización única y exclusiva del tratamiento médico; b) a la realización de estadísticas e investigaciones científicas de evidente interés público o general, previsto en la ley, siendo vedada la identificación de la persona a la que la información se refiera; c) al cumplimiento de orden judicial; d) a la defensa de derechos humanos; d) a la protección del interés público y general superior; e) a la recuperación de hechos históricos relevantes; f) al procesamiento de irregularidades incluyendo al propio interesado.

Como se observa, la Ley 12.527/2011 no fue capaz de apartarse de una cláusula general “de interés público” y, por el contrario a lo que se acostumbra encontrar en las legislaciones, actuó en favor de la publicidad de la información y no para su restricción.

⁴⁶ Artículo 23 de la Ley 12.527/2011.

⁴⁷ Artículo 31, § 3o. de la Ley 12.527/2011.

En cuanto al secreto judicial en el proceso judicial, prescribe la CRFB/88 —en el artículo 5o., LX— que la ley sólo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigieren, y el Código de Procedimiento Civil (CPC) —en el artículo 155— que el juez debe decretarlo en los procesos en que lo exige el interés público y en los que dicen respecto al matrimonio, a la filiación, a la separación de los cónyuges, al divorcio, a los alimentos y a la guarda de los menores.⁴⁸ Esta regla, actualmente, es interpretada en consonancia con el artículo 93, IX de la carta magna (con la redacción dada por la Enmienda Constitucional núm. 45/2005), que autoriza a la ley restringir la publicidad a las propias partes y a sus abogados en los casos en que la preservación del derecho a la intimidad del interesado con el sigilo no perjudique el interés público a la información. De esta manera, reafirmó la Constitución Federal que el sigilo debe ser decretado mediante una previa ponderación entre los valores en conflicto.

V. LA PUBLICIDAD PROCESAL FRENTE A LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS

En la década de los setenta, en Alemania, se hablaba del principio de publicidad limitada, que restringía la información a aquellos que tuvieran interés para el ejercicio de un derecho público subjetivo y que se fundamentaba en la idea de ser la única protección eficaz de los datos personales. Sin embargo, hoy se reconoce que el acceso a la información trasciende la defensa de los derechos individuales y alcanza otras vertientes del Estado de derecho, tales como los principios democráticos y republicanos.⁴⁹

⁴⁸ El anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil (artículo 152, III) incluye las causas en que consten datos protegidos por la constitución al derecho a la intimidad (Senado Federal. Anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, 2010. Elaborado por la Comisión de Juristas instituida por Acto del Presidente del Senado Federal núm. 379, de 2009, destinada a elaborar el Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Disponible en: www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteproyeto.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁴⁹ Sommermann, Karl-Peter, *op. cit.*, pp. 12 y 13. La gran modificación ocurre con el advenimiento de Ley sobre la libertad de información (Informationsfreiheitsgesetz, IFG), 1o. de enero de 2006.

El principio de publicidad, en Brasil, posee acento constitucional (artículos 5o., LX, 37 y 93, IX), que se encuentra previsto en la Ley núm. 9.784/99 (artículo 2o., V) y en el CPC (artículos 144 y 155). Tal principio está íntimamente unido al derecho a la información administrativa y al derecho de acceso a los archivos y documentos públicos (artículo 5o., XXXIII, XXXIV, b, y LXXII, del CRFB/88).⁵⁰

La publicidad, en el procedimiento administrativo brasileño, se reduce a los actos y las decisiones administrativas, de modo que el acceso a los autos procesales de manera íntegra, que comprende documentos y otros escritos, solamente lo pueden ejercer los interesados (artículos 3o., II, y 46) y, eventualmente, los abogados.⁵¹ Esto significa que es derecho del interesado el que no le sea revelada la información en poder de la administración, que haga referencia a la vida personal, secretos profesionales o comerciales, tal como se regula en la ley alemana de procedimiento administrativo.⁵²

Se trata, sin embargo, de una visión diferente del principio de la publicidad en el derecho procesal (judicial) brasileño, el cual ha sido interpretado hasta las últimas consecuencias, al punto de que los autos y los documentos de las partes se ponen íntegramente a disposición de cualquier persona, con o sin interés en la causa.

Enseña Leonardo Greco⁵³ que

⁵⁰ Brasil. CRFB/88. Artículo 5o., XXXIV —“están a todos asegurados, independientemente del pago de impuestos: ...b) la obtención de certificaciones en repartos públicos, para la defensa de derechos y el esclarecimiento de situaciones de interés personal”; ...LX-XII— “se concede el habeas-data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que constan en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso bajo sigilo, judicial o administrativo”.

⁵¹ Artículo 7o., XIII, de la Ley núm. 8.906/94 (dispone sobre el Estatuto del Abogado y el Orden de los Abogados de Brasil-OAB): “Son derechos del abogado: ...XIII-examinar, en cualquier órgano de los Poderes Judicial y Legislativo, o de la administración pública en general, autos de procesos finalizados o en marcha, también y sin procuración, cuando no estén sujetos a sigilo, asegurar la obtención de copias, pudiendo tomar notas”.

⁵² Ésta es una regla de la ley alemana (§30 VwVfG): Los interesados tienen derecho a que las materias sujetas a secreto, en especial las que dicen respecto al dominio de su vida privada, así como al dominio industrial o comercial, no sean reveladas sin su autorización (Código de Procedimiento Administrativo Alemán, 1996, p. 67).

⁵³ Greco, Leonardo, *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 558.

nuestra publicidad es más amplia que la de los países europeos. Entre nosotros todas las piezas de los autos procesales son accesibles al público, mientras que en Europa continental, bajo el argumento de la protección a la privacidad de las partes, sólo la audiencia oral y la sentencia son públicas, de modo que los documentos anexados a los autos son accesibles solamente a las partes. Por el principio de publicidad, todos los ciudadanos, independientemente de tener o no interés en el proceso, son titulares del derecho cívico de acceso al contenido de todos los actos procesales y de realizar acto de presencia a los actos procesales solemnes u orales.⁵⁴

Con este mismo espíritu, el artículo 40, II, del CPC y el artículo 7o., XIII, de la Ley núm. 8.906/94, le aseguran al abogado, incluso sin un mandato, el acceso a los autos de un proceso judicial o administrativo; igualmente y con idéntica redacción, lo hace el artículo 90 del Anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil.⁵⁵ A propósito, el CNJ decidió que “los abogados deben tener acceso a la totalidad de los procesos por medio de internet”;⁵⁶ y recientemente, el Supremo Tribunal Federal, les reafirmó este derecho.⁵⁷

⁵⁴ En el mismo sentido, Aragão, E. D. Moniz de, *Comentários ao código de processo civil*, 5a. ed., Río de Janeiro, Forense, vol. 2, 1987, pp. 22-26.

⁵⁵ “El abogado tiene derecho de: I-examinar, en el registro de justicia y en la secretaria del tribunal, autos de cualquier proceso, salvo en las hipótesis de secreto judicial, en las cuales sólo el abogado constituido tendrá acceso a los autos; II-requerir, como procurador, acceso a los autos de cualquier proceso por el plazo de cinco días...” (Senado Federal. Anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil, 2010. Elaborado por la Comisión de Juristas instituida por el Acto del Presidente del Senado Federal núm. 379, de 2009, destinado a elaborar el Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimiento Civil).

⁵⁶ Decisión proferida en el proc. 2007.10.0000.0393-2 que revisó el Enunciado Administrativo núm. 11 del CNJ. Sin embargo, en esta misma oportunidad, decidió que “cualquier interesado podrá consultar los autos por medio de la red interna de los tribunales, desde que aparezca en cualquier órgano jurisdiccional o, también por Internet, en este caso mediante requerimiento debidamente fundamentado y firmado digitalmente”.

⁵⁷ La Resolución núm. 191, de 21 de junio de 2006, del Tribunal de Cuentas de la Unión, cuyo artículo 97, § 1o., dispone que “Se asegura al abogado la obtención de acceso o copia de cualquier pieza”, en este punto, fue considerada incompatible con el Estatuto de los Abogados. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26772/DF, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, juzgado en 3 de febrero de 2011. Brasília, D. F. Disponible en www.stf.jus.br (consultada el 4 de mayo de 2011).

De la misma manera, en algunos sistemas jurídicos de América Latina, se ha autorizado una publicidad procesal amplia, mediante autorización expresa del legislador.

Con una redacción análoga a la Constitución Española, la Constitución colombiana (artículo 228) establece la “publicidad de los actos Judiciales, con las excepciones establecidas por la ley”;⁵⁸ sin embargo, el Código de Procedimiento Civil colombiano (artículo 127) autoriza el acceso a los autos procesales de cualquier abogado, siempre que estos se encuentren inscritos.⁵⁹ El Código Procesal Civil uruguayo (artículos 7 y 106) dispone, en cuanto a la consulta de los autos, que “Los expedientes judiciales o las actuaciones de los mismos permanecerán en las oficinas para el examen de las partes y de todos los que tuviesen interés en la exhibición”.⁶⁰ En Venezuela, la ley Orgánica de la jurisdicción Contencioso Administrativo (artículo 3o.) prevé que los actos del proceso son públicos, salvo si la ley no dispusiere lo contrario; en cuanto al Código de Procedimiento Civil (artículo 110) autoriza el acceso a los autos procesales por parte de terceros y por aquellos extraños a la causa.⁶¹ En Argentina, además de las partes y de los abogados habilitados, el Reglamento para la Justicia Nacional establece que pueden tener acceso a los autos “Cualquier abogado, escribano o procurador, aunque no intervenga en el juicio y siempre que justifique su calidad cuando ésta no fuese conocida; los periodistas, con motivo del fallo definitivo de la causa” (artículo 63, b y c). Por el artículo 66, de igual manera, se asegura el acceso por parte de cualquier persona.⁶²

⁵⁸ Colombia. Constitución de Colombia. Disponible en <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf> (consultada el 5 de mayo de 2011). Sin embargo, en España, no se extraen las mismas consecuencias, a la de un proceso con tamaño publicidad.

⁵⁹ Colombia. Código de Procedimiento Civil colombiano. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁶⁰ Uruguay. Código de Procedimiento Civil uruguayo. Disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp? Ley=15982&Anchor=> (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁶¹ Venezuela. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Disponible en http://www.asambleanacional.gob.ve/images/leyes/contencioso_administrativo.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁶² Argentina. Reglamento para la Justicia Nacional. Disponible en <http://www.cpacf.org.ar/jurisylegis/leyes/REglamento%20para%20la%20Justicia.pdf> (consultada el 9 de mayo de 2011).

No obstante, frente a las innovaciones tecnológicas en el proceso judicial, esta orientación se ha cuestionado recientemente en Brasil. Arruda Alvim, invocando el “interés social”, entiende que todo y cualquier acceso a la publicidad electrónica debe ser previamente justificado, con identificación plena de quien accede a la red.⁶³ Luis Roberto Barroso advierte que “el efecto colateral del proceso electrónico, está en la posibilidad de que las partes sean sometidas a una sobreexposición, con perjuicio evidente en sus vidas personales” y sostiene que “el principio de la publicidad fue idealizado en un ambiente diferente, haciéndose necesario estudiar su incidencia en una nueva realidad, como resultado de los avances tecnológicos” aun cuando “el principio de la publicidad no impone la divulgación por todos los medios disponibles, y mucho menos de manera irrestricta”.⁶⁴

De hecho, el mal uso de la informática en la publicidad procesal, y de una manera tan amplia, fue destacada por la Asociación Nacional de Magistrados de la Justicia del Trabajo, en la medida en que la posibilidad de conocimiento de los nombres de los reclamantes (demandantes), por medio de una consulta electrónica, ha dado lugar para que las empresas restrinjan, mediante la elaboración de las así llamadas “listas negras”, el mercado de trabajo a las personas que buscan algún tipo de reconocimiento frente al Poder Judicial.⁶⁵

Muchos otros ejemplos podrían darse en el ámbito del derecho comercial, penal, tributario, etcétera.

La posibilidad de que los datos difundidos permanezcan perpetuamente almacenados en los servidores de internet, es un factor adicional para analizar,⁶⁶ la publicidad procesal electrónica no debe sacrificar el

⁶³ José Manoel de Arruda Alvim Netto, apud Consejo Nacional de Justicia, Acuerdo pronunciado por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Conselheiro Walter Nunes, Disponible en www.cnj.jus.br (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁶⁴ Luis Roberto Barroso, apud Consejo Nacional de Justicia, Acuerdo proferido por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Conselheiro Walter Nunes, Disponible en www.cnj.jus.br (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁶⁵ Acuerdo pronunciado por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Conselheiro Walter Nunes.

⁶⁶ Almeida Filho, José Carlos de Araújo, “Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico”, *Caderno de Direito Processual Civil*: módulo 7, Porto Alegre: TRF-4Região, 2008.

derecho al olvido.⁶⁷ De hecho, datos personales que se vuelven públicos no deben considerarse como una *res nullius*, esto porque, también si la publicidad surge de la voluntad de la ley o del propio interesado, a éste se le debe asegurar el derecho de volver a restringir el acceso, a limitarlo en el tiempo o en determinadas situaciones, además de que hechos sobrevinientes a una ley podrían llevar a la misma necesidad.

Según el Grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva núm. 95/46/CE, se hace necesario considerar los siguientes aspectos: a) valoración, caso a caso, de la cuestión sobre si un dato de carácter personal pueda ser publicado o volverlo accesible y, en caso afirmativo, a través de qué medio (digital o no, Internet o no); b) principios de la finalidad y de la legitimidad; c) derecho de oposición de la persona, y la utilización de las nuevas tecnologías para proteger su derecho a la intimidad.⁶⁸ Lo mismo debe decirse con relación a datos necesarios a la seguridad de la sociedad y del Estado, y a determinadas informaciones comerciales e industriales, cuya divulgación, si autorizada, no puede implicar irreversibilidad de esta situación.

En este contexto, un importante paso a la discusión sobre la amplitud del principio de la publicidad procesal en Brasil fue dado por la CNJ, al promover, en 2010, la reglamentación del proceso judicial electrónico

⁶⁷ El derecho al olvido puede tener varias vertientes. “En el mundo cibernético, estaría relacionado con el derecho de una persona a borrar de Internet informaciones relevantes sobre sí misma y, de este modo, preservar su privacidad. La Comisión Europea implantó un proceso legislativo para reforzar la protección de datos de los ciudadanos y adaptar las viejas normas al espacio virtual, donde los documentos no sólo tienen alcance global sino que también son eternos. La reforma está enfocada a reglamentar el almacenamiento en Internet de datos personales que no son de interés público y, también, el hacerlos desaparecer de Google, Yahoo, YouTube o de las redes sociales si el interesado lo solicita. Usuarios de Facebook o Twitter podrán, así, tener el control de sus datos y exigir su completa eliminación, incluyendo fotografías, cuando decidieren salir. Una tarea hoy titánica y muchas veces frustrante, pero no imposible. ‘Ningún ciudadano que no goce de la condición de personaje público, ni sea objeto de un hecho de relevancia pública, tiene que conformarse con que sus datos personales circulen en la red.’ Con esta declaración de principios, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) anima a los ciudadanos a solicitar la cancelación de referencias privadas en foros, blogs, redes sociales o buscadores, en el caso que consideren que se está infringiendo el respeto a su dignidad personal.” Gómez, Rosario G. O, “direito ao esquecimento na internet”, *El País*, disponible en <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet> (consultado el 2 de mayo de 2011).

⁶⁸ Piñar Mañas, José Luis, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

que, sin embargo, ya venía siendo fomentado por diferentes segmentos del mundo judicial brasileño:⁶⁹

Teniendo como una de sus finalidades la intención de conformar el principio de publicidad a esa nueva realidad, salió a la luz la Ley núm. 11.419, del 19 de diciembre de 2006, que dispuso sobre la informatización del proceso judicial. Como si no fuese suficiente con que la informatización del proceso favorezca la comodidad de los interesados registrados en el sistema electrónico, en el sentido de que pueden encaminar sus peticiones y la posibilidad de consultar los autos sin la necesidad de trasladarse hasta el fórum, se agrega el hecho de que, este sistema, contribuyó permitiendo mayor información sobre los procesos judiciales, en la medida en que posibilita no solo a los interesados directos envueltos en la disputa, sino, y también, a la sociedad en sí, el acceso por la vía electrónica a datos de los hechos en trámite o aquellos archivados. Es tanta la verdad sobre este hecho que, conforme a una disposición expre-

⁶⁹ El sistema Projudi (abreviatura para el Proceso Judicial Digital) es un ejemplo. “Es un software de tramitación electrónica de procesos, mantenido por el Consejo Nacional de Justicia y en franca expansión en todos los estados de Brasil. El mismo posibilita que todo el trámite de un proceso judicial se dé en un medio electrónico, informatizando también diferentes rutinas documentales. Según la definición del propio CNJ, se trata de ‘un sistema de informática que reproduce todo el procedimiento judicial en medio electrónico, substituyendo el registro de los actos procesales realizados en el papel por almacenamiento y manipulación de los autos en medio digital’. El cambio de paradigma del medio-papel para el medio-electrónico envuelve cambios procedimentales y estructurales en todo el sistema judicial, siendo necesario enfrentar diferentes desafíos provenientes de este cambio. No en tanto, indicativos demuestran que las ventajas del referido cambio que supera en mucho sus desafíos, siendo válido citar: la rapidez en la tramitación de procesos a través de la automatización de rutinas, la economía con el innecesario almacenamiento y traslado de documentos en papel y la garantía de integridad y autenticidad a través de la utilización de la firma digital. El llamado ‘proceso digital’, ‘proceso electrónico’ o ‘proceso virtual’, aunque sólo haya sido positivizado en el ordenamiento jurídico a través de la Ley núm. 11.419, del 19 de diciembre de 2006 (Ley de Informatización del Proceso Judicial), ya venía siendo implantado por algunos órganos judiciales, a ejemplo de diferentes modelos de proceso informatizado y de petición electrónica utilizados por el Supremo Tribunal Federal (Sistema e-STF), Superior Tribunal de Justicia (Sistema E-Pet), Tribunal Superior del Trabajo (Sistema e-DOC) y Tribunal Regional Federal de la Primera Región (Sistema e-Proc)” (Wikipedia, Projudi. Disponible en <http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI> (consultada el 5 de mayo de 2011). En Portugal, el acceso a los datos básicos de los procesos judiciales es hecho a través de los sistemas de gestión procesal Citius. Disponible en <http://www.citius.mj.pt/portal/> consultada el 5 de mayo de 2011) o SITAF. Disponible en https://www.taf.mj.pt/SITAF_0/SITAF/ComumASPX/index_global.aspx (consultada el 5 de mayo de 2011).

sa, contenida en la ley, el sistema del proceso electrónico, necesariamente, debe operar en la red mundial de computadores con el fin de permitir un amplio acceso, especialmente a las partes. Desde cualquier lugar, cualquiera de las partes podrá tener información del proceso y podrá, si fuera el caso, practicar actos, desde que se encuentre previamente registrado. Esto representa, verdaderamente, acceso las 24 horas al Poder Judicial con relación a los procesos en trámite, salvo aquellos sobre los que pese secreto judicial. La sociedad en general, a cualquier hora y día, también fuera del expediente forense, y en días feriados, podrá consultar los procesos que a bien tuviese. Otra ventaja muy importante de la informatización se refiere al acceso que se tiene a los documentos de los autos. El interesado podrá, por vía electrónica, solicitar los certificados que requiera, sin necesidad de trasladarse hasta el foro, así como imprimir los documentos que fuesen de su interés. Sin embargo, no se puede negar que, por cuanto pueda ser deseable el amplio acceso a los datos de los procesos, la publicidad no puede ser tan amplia pues podría acarrear una serie de efectos negativos. Es, pues, indispensable establecer reglas al respecto.⁷⁰

Después de estudios que comprendieron una consulta pública sobre el asunto, el CNJ concluyó lo siguiente:

3. El principio constitucional de la publicidad de los actos procesales posee dos dimensiones, una que se refiere al derecho de acceso a la información sobre los procesos y a la actuación de los órganos jurisdiccionales, por parte de la sociedad en general y otra, que trata, respecto a la garantía de acceso a los datos de los procesos por los directamente interesados en las demandas.

4. La publicidad de los actos procesales, garantizada a la sociedad en general por medio de la disponibilidad de información en la red mundial de computadores, de libre acceso independientemente del previo registro en el sistema procesal electrónico, corresponde a la información sobre los datos básicos que comprenden número, clase y asunto del proceso; nombre de las partes y de sus abogados; movimiento procesal; el contenido completo de las decisiones, sentencias votos y acuerdos.

5. La publicidad de los actos procesales con relación al juez y a las partes, así como a sus representantes legales, es más amplia, tanto que comprende el derecho a la información al tenor de todos los actos y documentos

⁷⁰ Consejo Nacional de Justicia. Acuerdo pronunciado por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consejero Walter Nunes. Disponible en www.cnj.jus.br (consultada el 5 de mayo de 2011).

que constan en los procesos en los cuales estén actuando, y que deben estar disponibles en la red mundial de computadores, con acceso a aquellos previamente registrados en el sistema procesal electrónico...⁷¹

Finalmente, se publica la Resolución del CNJ núm. 121, del 5 de octubre de 2010,⁷² que dispone sobre el asunto de la siguiente manera:

Artículo 1o. La consulta a los datos básicos de los procesos judiciales estará disponible en la red mundial de computadores (internet), asegurando el derecho de acceso a la información procesal a toda y cualquier persona, independientemente al previo registro o de poder demostrar su interés...

Artículo 3o. El abogado registrado y habilitado en los autos, las partes registradas y el miembro del Ministerio Público registrado tendrán acceso a todo el contenido del proceso electrónico

§ 1o. Los sistemas deben posibilitar que abogados, procuradores y miembros del Ministerio Público registrados, mas no vinculados a proceso previamente identificado, accedan automáticamente a todos los actos y documentos procesales almacenados en medios electrónicos, desde que demuestren interés, con el fin, solamente, de registrarse, salvo en los casos en que exista sigilo o secreto judicial.

El Supremo Tribunal Federal (STF),⁷³ al publicar la Resolución núm. 427/2010, efectuó el siguiente comunicado: “Se consideran públicas las certificaciones y los actos decisorios producidos por el Tribunal, así como los datos básicos del proceso. Por esta razón, tales certificaciones y actos decisorios continuarán siempre disponibles para su consulta, en la página electrónica del STF, en el menú que dice ‘acompañamiento procesal’. La

⁷¹ Consejo Nacional de Justicia. Acuerdo pronunciado por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Consejero Walter Nunes. Disponible en www.cnj.jus.br (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁷² Consejo Nacional de Justicia. Resolución 121, del 5 de octubre de 2011. Disponible en www.cnj.jus.br (consultada el 3 de mayo de 2011).

⁷³ “El Supremo Tribunal Federal es el órgano de cúpula del Poder Judicial brasileño, y a él le compete la guarda de la Constitución, conforme lo definido en el artículo 102 de la Constitución Federal. El Supremo Tribunal Federal está compuesto por once Ministros, brasileños de nacimiento (artículo 12, § 3o., IV, de la CF/88), escogidos entre ciudadanos con más de 35 y menos de 65 años de edad, de reconocido conocimiento jurídico y reputación intachable (artículo 101 da CF/88), y nombrados por el Presidente de la República, luego de la aprobación por mayoría absoluta que hace el Senado Federal” (Supremo Tribunal Federal. Disponible en http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=159978, consultada el 5 de mayo de 2011).

visualización de las piezas electrónicas de los hechos que tramita la Corte se realizan, desde 22/11/2010, solamente por medio del Portal del Proceso Electrónico, que exige el registro del que consulta y la utilización de una certificación digital según los patrones definidos por la ICP-Brasil. Las acciones de control concentrado de constitucionalidad, así como los recursos extraordinarios paradigmas de repercusión general, por ser de interés colectivo, continuarán disponibles para su consulta irrestricta, en el sitio del STF. De los hechos que se tramitan bajo secreto judicial, solamente tendrán acceso a ellos los abogados y las partes registradas en el proceso.⁷⁴

VI. UNA NUEVA (VIEJA) EXÉGESIS PARA EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PROCESAL EN BRASIL

Los actos normativos ya mencionados, practicados mediante la vía judicial, demuestran una visión diferente del principio de publicidad en los procesos electrónicos, no permitiéndose más el acceso irrestricto a los autos de cualquier persona. Sin embargo, se sigue admitiendo la prevalencia del derecho del abogado, habilitado o no en la causa, para acceder a los autos del proceso de manera íntegra (decisiones, documentos y escritos). Basta que el abogado esté registrado como tal en los sistemas de acceso electrónico que consten en la web de los Tribunales.⁷⁵

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal. Disponible en www.stf.jus.br (consultada el 3 de mayo de 2011).

⁷⁵ “La solución encontrada por El Grupo en la ponderación de valores fue la de no prohibir el acceso al abogado que no esté habilitado, sin embargo, establecer que el acceso, a pesar de ser automático, exigirá registro para cada entrada. En la idea del Grupo está la de que los autos no están disponibles en amplio e irrestricto acceso, como ocurre con el abogado habilitado, pero sí, y solamente, para cada ‘registro’, conforme será formateado por la funcionalidad que debe crearse en el proceso electrónico” (Consejo Nacional de Justicia. Acuerdo proferido por el CNJ (proc. 0001776-16.2010.2.00.0000), Rel. Conselheiro Walter Nunes. Disponible en www.stf.jus.br, consultada el 5 de mayo de 2011). Respuesta a la manifestación del Juez Federal Sergio Renato Tejada García, en la consulta pública realizada con el procedimiento administrativo que resultó con la Resolución CNJ 121). La Consolidación de Normas de la Corregedoria de la 2a. Región (artículo 195) dispone que el juez autorizará el acceso a terceros o de abogados no habilitados desde que manifiesten interés, “para fines de simple registro” (lo que tampoco explica mucho): Brasil. Tribunal Regional Federal de la 2a. Región, Consolidación de Normas de la Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 2a. Região, Río de Janeiro, 2011. Disponible en http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacaodenormas.pdf (consultada el

Entre tanto, el comportamiento —que permite a un abogado no habilitado, tener acceso irrestricto a los autos— está próximo al de conceder a toda la sociedad un acceso indiscriminado; en la práctica, elimina las restricciones de acceso que habían sido impuestas “a cualquier persona”. No debemos olvidar que en Brasil, considerado el tercer país del mundo con el mayor número de abogados, tiene 748.650 (setecientos cuarenta y ocho mil seiscientos cincuenta) inscritos en la Orden de los Abogados de Brasil (OAB).⁷⁶

No es ésta la mejor exégesis sobre el principio de publicidad, la cual, y es más, debe ser única en la aplicación, tanto para los procesos electrónicos como para los físicos, indistintamente.

Inicialmente, es conveniente recordar el artículo 93, IX del CRFB/88 (con redacción dada por la EC núm. 45/2005), que establece la publicidad de los actos procesales:

todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo la pena de nulidad, pudiendo la ley limitar la presencia, para determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a éstos, en el caso en los cuales la preservación del derecho a la intimidad del interesado bajo sigilo no perjudique el interés público a la información.

19 de abril de 2011). Recientemente, en decisión del 25 de mayo de 2011, el Consejo Nacional de Justicia decidió que “a los abogados no vinculados al proceso, mas que ya estén credenciados en el tribunal para el acceso a procesos electrónicos (artículo 2o. de la Ley 11.419/2006) debe permitírseles la libre y automática consulta a cualquiera de los autos electrónicos, salvo los casos de procesos bajo sigilo o secreto de Justicia”. El consejo también determinó que el sistema de los tribunales “debe asegurar que cada acceso sea registrado en el sistema, de forma que la información sea eventual y posteriormente recuperada, para efectos de responsabilización civil y/o criminal, prohibiéndose, de esta forma, la búsqueda anónima en el sistema” Consultor Jurídico. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/cnj-decide-advogado-acessar-processo-eletronico-procuracao> (consultada el 28 de mayo de 2011).

⁷⁶ Datos del 3 de mayo de 2011, del Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil (OAB). Disponible en <http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp> (consultada el 4 de mayo de 2011). Véase también *Jus Brasil Notícias*, Brasil es el tercer país del mundo con mayor número de abogados: uno para cada 322 personas. Disponible en <http://www.jus-brasil.com.br/noticias/92936/brasil-e-terceiro-pais-do-do-mundo-com-mayor-numero-de-advogados-um-para-cada-322-pessoas> (consultada el 4 de mayo de 2011).

Obsérvese que la disposición de la regla se hace, solamente, sobre los “juicios” y no sobre los documentos o los autos procesales; dispone, igualmente, sobre la limitación a la presencia de las partes en determinados actos.

Se recomienda, de la misma manera, la relectura del párrafo único del artículo 155 del CPC,⁷⁷ que no se refiere a los casos de secreto judicial, pero sí a todo proceso en curso: “El derecho de consultar los autos y de pedir certificaciones de sus actos está restringido a las partes y a sus procuradores. El tercero que demuestre interés jurídico, puede requerir al juez certificación de lo dispuesto en la sentencia, así como del inventario y la partición que resulta de la separación”.⁷⁸ El anteproyecto del nuevo Código Civil, elaborado por el Senado Federal, contiene una regla idéntica (artículo 152 § 1o.).⁷⁹ El Código Procesal Civil brasileño de 1939⁸⁰ disponía que “los actos judiciales serán públicos, salvo que lo contrario sea exigido por el decoro o el interés social” (artículo 5o.).

Como se extrae de una interpretación, con rigor gramatical, la publicidad no implica necesariamente el acceso público a documentos y escritos que constan en autos de un proceso judicial, sino, solamente, a un juicio público y a una audiencia pública. En un proceso escrito, solamente las decisiones serían públicas, excepto en el caso de que hubiese secreto judicial. En un proceso oral, se daría publicidad a sesiones orales y a los términos que documenten esa oralidad, salvo, igualmente, en el caso del secreto judicial decretado por el juez.⁸¹ Los documentos y escritos de las

⁷⁷ Brasil. Código de Procedimiento Civil, del 28 de enero de 1973. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> (consultada el 9 de mayo de 2011).

⁷⁸ No es este, sin embargo, el parecer que prevalece, de acuerdo con Aragão, E. D. Moniz de, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁷⁹ Senado Federal. Anteproyecto del nuevo Código de Procedimiento Civil, 2010. Elaborado por la Comisión de Juristas instituida por el Acto del Presidente del Senado Federal núm. 379, de 2009, destinada a elaborar el Anteproyecto del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

⁸⁰ Brasil. Código de Procedimiento Civil, del 18 de septiembre de 1939. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm> (consultada el 9 de mayo de 2011).

⁸¹ Para Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, vol. 1, 1962. p. 332; serían públicas solamente las audiencias destinadas al debate (lo que en Brasil no es común, frente a la facilidad de los abogados para buscar los jueces en sus oficinas, en encuentros que no son necesariamente públicos, con base en el artículo 7o., VIII del Estatuto de los Abogados). Las audiencias de instruc-

partes serían de estricto conocimiento entre ellas, en función del contradictorio, sin embargo, nunca sujetos a publicidad.

La misma redacción sobre el principio de publicidad la encontramos en gran parte en la legislación procesal de los sistemas nacionales europeos, donde la doctrina es unánime en lo que dice respecto al límite en la publicidad procesal, sobre la actuación judicial (decisiones y audiencias) de cara a la sociedad; no se concibe el acceso ilimitado a los autos procesales, a cualquier persona del pueblo o a un abogado no habilitado.⁸²

La Convención Europea de los Derechos del Hombre (artículo 6.1) garantiza un juicio público y el examen público de la causa, que la Corte de Estrasburgo entiende que corresponde al derecho a una audiencia pública.⁸³ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47),⁸⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ar-

ción instructorias no estarían sujetas a la publicidad, porque dicen respecto a cuestiones particulares de las partes. A propósito, véase Tarzia, Giuseppe, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 2009, p. 15. Hoy, la mayoría de los sistemas autorizan la publicidad de las audiencias instructorias, sin embargo, sujetas a secreto judicial al ser decretado por el juez Montero Aroca, Juan, *Proceso y garantía, el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 65; Liebman, Enrico Tulio, *Manual de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1980, p. 9 admite la publicidad de las audiencias y todo lo que en ellas ocurre.

⁸² Fricero, Natalie y Pédrot, Philippe, “Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil”, en Cabrillac, Rémy *et al.* (coords.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12a. ed., París, Dalloz, 2006, pp. 594 y 595; Ferrua, Paolo, *op. cit.*, p. 46; Tarzia, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 14 y 15; Liebman, Enrico Tulio, *op. cit.*, pp. 11 y 12; Zöller, Richard (coord.), *Zivilprozessordnung*, 25. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, pp. 2651-2655); O’Hare, John y Browne, Kevin, *Civil litigation*, 14a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2009, pp. 11-15 y 227-230; Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 178-180 y nota 282; Guinchard, Serge *et al.*, *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, 3a. ed., París, Dalloz, 2005, pp. 730-741; Guinchard, Serge y Ferrand, Frédérique, *Procédure civile (droit interne et droit communautaire)*, 28a. ed., París, Dalloz, 2006, pp. 568-571); Cadiet, Loïc y Jeuland, Emmanuel, *Manuel droit judiciaire privé*, 5a. ed., París, LexisNexis, 2006, pp. 402-407, 453-455.

⁸³ Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 178-180, nota 282.

⁸⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Periódico Oficial de las Comunidades Europeas*. Disponible en www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (consultada el 5 de mayo de 2011).

título 10) y el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos (artículo 14)⁸⁵ lo disponen de la misma manera.

En Portugal, la Ley 48/2007 (artículo 86.6), que modifica el Código de Procedimiento Penal, señala que el pueblo, en general, tiene derecho a asistir a la realización de los actos judiciales.⁸⁶ La Constitución Española prevé que “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” (artículo 120).⁸⁷ La Ley de la Organización Judicial alemana (GVG) garantiza, tan sólo, la publicidad de las decisiones y de las audiencias (§169) y el derecho de las partes a una audiencia a puerta cerrada (sin publicidad), en el caso de que la requieran y en favor de su privacidad (§171b).⁸⁸ En el sistema francés, las decisiones son pronunciadas públicamente, y las audiencias de instrucción y los debates son, igualmente, públicos; el juez puede restringir el acceso para preservar la intimidad de las partes (artículos 22, 164, 435, 451 del Código de Procedimiento Civil francés). En el caso de la jurisdicción voluntaria, el tercero interesado que demuestre un interés legítimo podrá requerir el acceso a los autos (artículo 29 del Código francés).⁸⁹ En el derecho inglés, están previstas audiencias, asegurando la publicidad de los debates, con algunas excepciones de confidencialidad y seguridad nacional, conforme

⁸⁵ Organización de las Naciones Unidas. Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos. Disponible en http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm (consultada el 9 de mayo de 2011).

⁸⁶ Portugal. Ley 48 del 29 de agosto de 2007, que le dio una nueva redacción al Código de Procedimiento Penal. Disponible en <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica> (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁸⁷ España. Constitución de España. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constituicion/indice/index.htm> (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁸⁸ Thomas, Heinz y Putzo, Hans, *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 27a. ed., München, Verlag Beck München, 2005, p. 1429-1432; *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) § 169: Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. Ton- und Fernseh- Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts sind unzulässig*, Alemania, *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)*. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf> (consultada el 5 de mayo de 2011).

⁸⁹ Francia. Código de Procedimiento Civil. Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/rechCodeArticle.do?reprise=true&page=1> (consultada el 9 de mayo de 2011). Cadiet, Loïc y Jeuland, Emmanuel, *Manuel droit judiciaire privé*, 5a. ed., Paris, Lexis-Nexis, 2006, pp. 402-407 y 453-455). Serge Guinchard y Frédérique Ferrand, *Procédure civile (droit interne et droit communautaire)*, 28a. ed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 568-571.

al artículo 39.2 de las Reglas de Procedimiento Civil.⁹⁰ En el derecho norteamericano, con referencia al juicio público, la publicidad procesal de las causas penales emana de una previsión expresa de la Enmienda Constitucional núm. 6, y de las demás causas, según precedentes de la Suprema Corte, Enmienda núm. 1, que dispone sobre la libertad de empresa.⁹¹

Por lo tanto, el principio de publicidad procesal siempre se ha centrado en la forma en la que actúa el Poder Judicial, asegurando un juzgamiento público, mediante audiencias públicas y un pronunciamiento público de la decisión, de modo que los sometidos a juicio no estén sometidos a una justicia secreta y que no pueda estar sujeta a un control público y, así, puedan confiar en las instituciones judiciales.⁹² En este punto, en cuanto a la publicidad de los actos y de los documentos de las partes litigantes, concluye Monroy que “la publicidad no significa que todos los actos procesales deben estar a disposición del universo de la comunidad; solamente debe alcanzar los aspectos que garanticen la idoneidad del desarrollo del proceso”.⁹³

De hecho, en Brasil, el principio de publicidad se debe conciliar con las disposiciones restrictivas de acceso a la información, previstas en la nueva Ley 12.527/2011, que asegura el sigilo de informaciones que hace referencia a la seguridad de la sociedad y del Estado, así como las relativas a la vida privada, honra e imagen de las personas, las cuales manifiestan, igualmente, garantías y valores fundamentales. Se recuerda que las partes procesales, al producir documentos escritos, tienen derecho a decidir sobre su destino, sea público o no, encontrándose, sólo en la esfera judicial resolver sobre la divulgación de sus propios actos, decisiones y documentos oficiales. Permitir que documentos o escritos privados, una vez judicializados, se vuelvan automáticamente públicos, se podría entender fácilmente como una restricción al derecho de acceso a la justicia, frente a su evidente carácter intimidatorio sobre personas que no deseen exponer su vida privada, especialmente en internet, además de que pueda repre-

⁹⁰ Guinchard, Serge *et al.*, *op. cit.*, pp. 736-740.

⁹¹ Estados Unidos de América. Constitución de los Estados Unidos de América. Disponible en <http://www.enl.baixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itenlmenu=110> (consultada el 9 de mayo de 2011). Guinchard, Serge *et al.*, *op. cit.*, p. 741.

⁹² Guinchard, Serge *et al.*, *op. cit.*, p. 732.

⁹³ Monroy Gálvez, Juan F., *Teoría general del proceso*, Lima, Communitas, 2009, p. 181.

sentar una violación a preceptos constitucionales relativos a la defensa de la intimidad.

VII. EL ACCESO DE LAS PARTES Y DE TERCEROS A LA INFORMACIÓN PROCESAL JURISDICCIONAL

El principio en cuestión posee una doble vertiente: favorece a los interesados en el ejercicio de los derechos subjetivos y a la sociedad, en la participación democrática, en cuanto a la toma de decisiones y en el control del poder público en general (incluidos los fines científicos, históricos, periodísticos y de seguridad jurídica, con la divulgación de decisiones jurisprudenciales).⁹⁴

Con relación a las partes procesales (demandantes y demandados), la publicidad no sólo alcanza los actos judiciales, sino también los documentos y los demás escritos que constan en los autos, esto en razón de los principios de acceso a la justicia, amplia defensa y del litigio. En cuanto a terceros interesados en la decisión judicial que va a ser efectiva, una vez

⁹⁴ Para Chioyenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene, 1965, pp. 718-720), la publicidad de la actividad procesal es un principio que actúa en dos vertientes: una en relación al público, otra en relación a las partes y, según enseña, son accesibles al público los procedimientos jurisdiccionales, que son públicos por naturaleza, sin embargo, no, así, los actos y documentos de las partes. De la misma forma, Calamandrei, Piero, *op. cit.*, pp. 331 y 332, anota que la contraposición entre publicidad y secreto se puede extender a los sujetos del proceso y a terceros (público); en cuanto a las partes, no hay secreto, en razón del litigio, más en cuanto al público, las legislaciones prefieren un sistema intermedio, con la publicidad solamente de algunas fases, como las de las audiencias. La Audiencia pública es inherente al proceso justo y está relacionada con el principio de contradicción. Ferrua, Paolo, *op. cit.*, p. 46. Para Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch Editor, 1997, p. 116, la doble finalidad del principio de la publicidad consiste en 1) proteger a las partes de una justicia que se substraerá al control público, y 2) mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyéndose, tal principio y en ambos sentidos, uno de los pilares del Estado de derecho. En cuanto a los procesos electrónicos, constan de las Reglas de Heredia: “La finalidad de la difusión en Internet de las sentencias y resoluciones judiciales será: a) El conocimiento de la información jurisprudencial y la garantía de igualdad ante la ley; b) Para procurar alcanzar la transparencia de la administración de justicia. La finalidad de la difusión en Internet de la información procesal será garantizar el inmediato acceso de las partes o quienes tengan un interés legítimo en la causa, a sus movimientos, citaciones o notificaciones” (II Justicia, Reglas mínimas para la difusión de información judicial en Internet. Disponible en http://www.ijjusticia.edu.ar/heredia/Reglas_de_Heredia.htm (consultada el 4 de mayo de 2011).

autorizado judicialmente su ingreso en la relación procesal, les serán otorgados derechos iguales. Difícilmente, en este caso, habría posibilidad de una ponderación que llevase a relativizar la publicidad en favor del sigilo.

En cuanto a los terceros —extraños a la relación procesal— que necesiten de informaciones que conste en los autos, sea con el fin de proteger derechos subjetivos, como con el fin de ejercer su papel democrático, la publicidad procesal pondría a su disposición sólo los actos judiciales (salvo en el caso de “secreto judicial”), esto porque, en principio, la divulgación de ellos sería suficiente a los fines esperados.⁹⁵ Estos terceros podrían intentar acceder a decisiones y a los demás actos judiciales del proceso y que se encuentren bajo “secreto judicial”, demostrando justificado interés, de modo que el juez pueda ponderar los valores constitucionales que se encuentran en conflicto.

Respecto a los escritos o documentos que no hayan sido producidos por el sistema judicial, pero que consten en los autos procesales, el derecho de acceso en favor de terceros depende de la voluntad de sus titulares. No habiendo consenso con relación a la disputa por el acceso a la información debe decidirse por vía procesal específica y autónoma.⁹⁶

Es más, la presentación voluntaria de pruebas, documentos y escritos no puede tener otro fin que el deseado inicialmente por las partes que las produjeron. A propósito, la ley brasileña sobre acceso a la información (Ley 12.527/2011) señala que “podrán autorizar su divulgación o acceso por terceros ante una previsión legal o consentimiento expreso de la persona a que estos se refieran” (artículo 31, II) y que “quien obtuviese acce-

⁹⁵ Para Walter Nunes, “la reserva constitucional en cuanto a la publicidad, de forma a restringirla solamente a las partes que hacen parte del proceso, hecha frente a la consideración de que, en la mayoría de los casos, ella puede acarrear a las personas involucradas serios perjuicios personales, familiares y sociales (sensacionalismo, convulsión social, etcétera), se basa en dos conceptos polisémicos —defensa de la intimidad y preservación del interés social—, de modo que la cuestión debe analizarse, como sólo ocurre en tales casos, en el examen profundo de la situación concreta” (Decisión proferida en el proc. 0001776-16.2010.2.00.0000).

⁹⁶ El CPC (artículos 355-363) prevé el procedimiento judicial de exhibición de documentos, Brasil, Código de Procedimiento Civil, del 11 de enero de 1973. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> (consultada el 9 de mayo de 2011). La Ley sobre acceso a la información (Ley 12.527/2011, artículo 7o., § 3o.) dispone que “el derecho de acceso a los documentos o a la información contenida, utiliza como fundamento en la toma de decisiones y del acto administrativo será asegurada con la publicación del acto decisorio respectivo”.

so a la información de que trata este artículo será responsable por su uso indebido” (artículo 31 § 2o.). En efecto, se debe revisar que el uso de documentos y escritos al que las partes y abogados tuviesen acceso sea únicamente para asegurar las garantías del debido proceso legal; no tienen la libertad de transmitir informaciones referentes a documentos protegidos por ley y que no fueren por ellos producidos.⁹⁷ Inclusive, por esta razón, el juez debe evitar, al momento de la declaración de la sentencia, indicar datos personales de las partes, innecesariamente.⁹⁸

Finalmente, se debe anotar que el secreto judicial es el instrumento procesal que aparta la publicidad de los actos judiciales (decisiones, audiencias, y demás actos judiciales) y solamente de estos. Y justamente por tratarse de actos judiciales es que el secreto “judicial” es decretado por el propio juez; por otro lado no le corresponde al juez divulgar o decretar sigilo de escritos o de documentos anexados a los autos con un fin específico (acceso a la justicia, litigio o amplia defensa). La reciente versión de la Consolidación de Normas de la Corregiduría de la Justicia Federal de la 2a. Región (artículos 190 y ss.) dispone que: “La publicidad de los actos procesales no exime al juez de los cuidados necesarios a la preservación del sigilo establecido por ley sobre datos, documentos e informaciones

⁹⁷ Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia...*, cit., p. 277.

⁹⁸ En Francia, “La Comisión nationale de l’informatique et des libertés a formulé des recommandations dans une délibération núm. 02-057 du 29 novembre 2001, afin que soit respecté un juste équilibre entre le caractère public des décisions de justice et les droits et libertés des personnes concernées (interdiction de la diffusion de certaines décisions, du nom des parties, de toute information relative aux origines raciales, aux opinions politiques, philosophiques, religieuses, à l’appartenance syndicale ou aux moeurs des intéressés)”, Fricero, Natalie y Pédrot, Philippe, “Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil”, en Cabrillac, Rémy et al. (eds.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12a. ed., París, Dalloz, 2006, p. 595. También es bueno confrontar las Reglas de Heredia: “Los jueces cuando redacten sus sentencias u otras resoluciones y actuaciones, harán sus mejores esfuerzos para evitar mencionar hechos inconducentes o relativos a terceros, buscarán sólo mencionar aquellos hechos y datos personales estrictamente necesarios para los fundamentos de su decisión, tratando no invadir la esfera íntima de las personas mencionadas. Se exceptúa de la anterior regla la posibilidad de consignar algunos datos necesarios para fines meramente estadísticos, siempre que sean respetadas las reglas sobre privacidad contenidas en esta declaración. Igualmente se recomienda evitar los detalles que puedan perjudicar a personas jurídicas (morales) o dar excesivos detalles sobre los modos operandi que puedan incentivar algunos delitos. Esta regla se aplica en lo pertinente a los edictos judiciales”.

contenidos en los autos del proceso en curso, aun cuando no estén siendo tramitados bajo secreto judicial”.⁹⁹

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Solamente después de que las innovaciones tecnológicas fueron aplicadas al proceso judicial —con la creación del proceso electrónico— fue que el principio de publicidad, con una exégesis amplia y prácticamente irrestricta en Brasil, hasta entonces indiscutible, pasó a confrontarse de cara a su compatibilidad con otros valores constitucionales.

A pesar de las iniciativas de las diferentes instancias administrativas del sistema judicial brasileño, que viene promoviendo la reglamentación del asunto internamente, aún no ha habido una posición clara de la doctrina, de la legislación y tampoco de la jurisprudencia. En este contexto, con el fin de contribuir al debate, podemos extraer algunas conclusiones: 1) la interpretación del principio de publicidad debe ser unificada, tanto para los procesos electrónicos, como para los procesos físicos; 2) el derecho a la información comprende la publicidad de los actos judiciales y de cualquier documento producido por el sistema judicial, en el ejercicio de la prestación jurisdiccional, excepto en los casos de secreto judicial, decretado por el juez a la luz del caso concreto; 3) el control democrático de la prestación jurisdiccional, así como de cualquier actuación administrativa, está contemplado conjuntamente con el derecho de acceso a los contenidos de los actos decisorios y de las audiencias, incluyendo las pruebas en ellas producidas, y con la oportunidad que tiene cualquier persona de mostrar interés y ejercer su derecho de petición; 4) el acceso a documentos y peticiones producidas por las partes litigantes debe destinarse únicamente a garantizar la efectividad del debido proceso legal, y su disponibilidad pública depende de la voluntad de los respectivos titulares, sin perjuicio de que terceros demuestren interés y requieran el ingreso al proceso, o postulen la presentación de tales documentos por vía procesal autónoma y propia.

⁹⁹ Brasil. Tribunal Regional Federal de la 2a. Región, Consolidación de Normas de la Corregiduría Regional da Justiça Federal de la 2a. Región, Río de Janeiro, 2011. Disponible en http://www.trf2.jus.br/corregedoria/documentos/consolidacao_de_normas/consolidacaodenormas.pdf (consultada el 19 de abril de 2011).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo, “Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico”, *Caderno de Direito Processual Civil*: módulo 7, Porto Alegre, TRF-4Região, 2008.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de, *Comentários ao código de processo civil*, 5a. ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. 2, 1987.
- BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- CADIET, Loïc y JEULAND, Emmanuel, *Manuel droit judiciaire privé*, 5a. ed., París, Lexis Nexis, 2006.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, vol. 1, 1962.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, Jovene, 1965.
- FERRUA, Paolo, *Il ‘giusto processo’*, 2a. ed., Bolonia, Zanichelli Bologna, 2011.
- FRICERO, Natalie y PÉDROT, Philippe, “Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil”, en CABRILLAC, Rémy *et al.* (eds.), *Libertés et droits fondamentaux*, 12a. ed., París, Dalloz, 2006.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- GÓMEZ, Rosario G. O., “Direito ao esquecimento na internet”, *El País*, <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>.
- GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- GUINCHARD, Serge *et al.*, *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, 3a. ed., París, Dalloz, 2005.
- y FERRAND, Frédérique, *Procédure civile (droit interne et droit communautaire)*, 28a. ed., París, Dalloz, 2006.
- HERRARTE, Iñaki Lasagabaster, “Notas sobre el derecho administrativo de la información”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

- LIEBMAN, Enrico Tulio, *Manual de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1980.
- , *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè Editore, vol. 1, 1984.
- MARTÍNEZ SORIA, José, “El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (cord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MARZUOLI, Carlo, “La transparencia de la administración y el derecho a la información de los ciudadanos en Italia”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2003.
- MONROY GÁLVEZ, Juan F., *Teoría general del proceso*, Lima, Communitas, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan, *Proceso y garantía, el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- O’HARE, John y BROWNE, Kevin, *Civil litigation*, 14a. ed., London, Sweet & Maxwell, 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch Editor, 1997.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SANZ SALLA, Consuelo Olimpia, “El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, “Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana”, en Barnés VÁZQUEZ, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993.

- SOMMERMANN, Karl-Peter, “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de derecho”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (coord.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- TARZIA, Giuseppe, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 4a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 2009.
- THOMAS, Heinz y PUTZO, Hans, *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 27a. ed., München, Verlag Beck München, 2005.
- WOLFF, Hans J. *et al.*, *Direito administrativo*, trad. de Antônio F. de Sousa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZÖLLER, Richard (coord.), *Zivilprozessordnung*, 25. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.