

DESDE ADENTRO

Mientras de a poco –muy de a poco- se va extendiendo en el fuero federal la jurisprudencia que les reconoce a las ong's la posibilidad de acceder a las causas de corrupción. Adentro de los juzgados van apareciendo las voces de quienes pregonan acortar esa distancia histórica que separa al Poder Judicial de la sociedad.

Federico Morgenstern, prosecretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2, nos envía un artículo sobre este tema tan rico y en expansión.

“¡Abran el mundo!”

En torno al acceso de las ONG a los expedientes judiciales

Por: Federico Morgenstern

La división en la jurisprudencia reciente de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal en torno a la autorización del acceso de las organizaciones no gubernamentales a ciertos expedientes judiciales revela bastante acerca de cómo los jueces se perciben a sí mismos y al proceso judicial, dejando entrever un Poder Judicial ensimismado, conforme a la concepción del derecho propia de la tradición continental, donde no hay discusión ni política, y en la que una sola persona, el juez –como director del proceso-, puede dar con la solución de un conflicto, rechazando el involucramiento de más actores en el proceso judicial, como ser, en los casos que se analizarán, distintas organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el combate contra la corrupción y la democratización de la práctica judicial.

En nuestro sistema jurídico, construido sobre los pilares de los modelos políticos europeos continentales y del modelo de los Estados Unidos, se observa una lucha permanente entre las dos tradiciones políticas y jurídicas que moldearon distintos aspectos del tramado institucional, la europea-continental y la anglosajona-derecho común^[1]. De acuerdo a la tesis que pretendo construir en este trabajo, el rechazo judicial a la admisión del acceso/actuación de las ONG en los procesos judiciales obedece a una lógica propia del derecho continental según la cual el juez-técnico del proceso judicial “civilista” no necesita la asistencia de nadie para aplicar el derecho, debiendo ser lo más restringida posible deliberación interna del proceso. Sin embargo, el juez en la democracia constitucional no realiza una labor meramente técnica, sino que debe tomar una decisión de justicia para casos concretos mediante una tarea interpretativa compleja que requiere la mayor deliberación posible en el proceso, y como dice Roberto Saba, *“si no somos elitistas morales, entonces es necesario robustecer la deliberación interna del proceso judicial con actores que acerquen al juez otras perspectivas que contribuyan al hallazgo de la verdad”*^[2].

Me atrevo a conjeturar que las reacciones negativas suscitadas a raíz de los pedidos de ciertas ONG de tomar vista de expedientes judiciales en trámite demuestran que algunos jueces consideran que cualquier intervención de las ONG en las causas tiende a menoscabar su autoridad y que, probablemente a pesar suyo y seguramente en contra de la normativa internacional con rango constitucional, tales magistrados terminan siendo enemigos de la participación ciudadana en la justicia, en lugar de alentarla y promoverla.

Al principio de su carrera como periodista en el diario Kansas City Star, al joven Ernest Hemingway le encargaban historias que a sus colegas le parecían aburridísimas, pero para el futuro escritor toda situación tenía un potencial de interés, y así se dio cuenta de que no hay malas historias, sino malos periodistas. Aplicando ese razonamiento a los casos mencionados, considero que si bien los alcances de los arts. 131 y 204 C.P.P.N. no despiertan grandes arrebatos ni constituyen, en principio, asuntos atractivos ni pasibles de mostrar aspectos apasionantes del derecho, sí sirven para dilucidar y desarrollar cuestiones cautivantes como la tensión de derechos en el proceso penal, la profundización y apertura del debate público en sede judicial, la eficacia del involucramiento de la sociedad civil en la lucha anticorrupción en los Tribunales, etc. Otro gran escritor, Vladimir Nabokov, decía que el buen lector debería notar y disfrutar los detalles, y creo que aspectos que aparentan ser triviales encierran la posibilidad de exponer la belleza y el misterio de la ley. En definitiva, en el derecho, como con las mujeres y las novelas, beauty is in the eyes of the beholder (la belleza está en los ojos del que mira).

La Sala II de la Cámara Federal permitió a dos ONG (Asociación Civil por la Igualdad y Justicia –ACIJ- y el Centro de Investigación y Prevención contra la Criminalidad Económica –CIPCE-) el monitoreo de causas que involucran a ex funcionarios públicos, revocando una decisión de primera instancia a través de la cual no se había hecho lugar a la solicitud de las ONG mencionadas de tomar vista de un expediente. En esa oportunidad, el Tribunal de Alzada (voto mayoritario de Horacio Cattani y Martín Irurzun, con el disenso de Eduardo Farah) destacó que *“...se advierte que las organizaciones que por esta vía reclaman acceder al contenido de la causa poseen entre sus principales objetivos colaborar para un mejor funcionamiento y mayor transparencia de las instituciones públicas, y desarrollar instrumentos concretos para la prevención e investigación de la criminalidad económica”*.

El Tribunal mencionado mantuvo en varias ocasiones que un tercero que no es parte en un proceso judicial puede tener acceso a los actos que, por principio, tienen carácter público, pues éstos no pueden ser alcanzados por normas de la naturaleza del art. 204 último párrafo del Código Procesal Penal de la Nación.^[3] Asimismo, señaló que en casos donde se investigan posibles hechos de corrupción dicha facultad tiene particular relevancia, por lo que la posición mayoritaria entendió que resulta razonable admitir que en esos supuestos se opte por la *“...publicidad de los contenidos generales que hacen a la cosa pública sobre los que pueda versar el procedimiento, siendo secretas las partes de la investigación que de acuerdo a la prudente apreciación del Juez no deban ser divulgados a efectos de resguardar los aspectos que, por diversos motivos, pudieran resultar reservados o de evitar un entorpecimiento en el éxito de la pesquisa”*^[4].

En otro sentido, la Sala I de la Cámara Federal entendió que frente a un reclamo legítimo de participación ciudadana, la posibilidad de abrir al público el expediente en la etapa de instrucción debe ser una contingencia que cuente con el aval de quien sufre la persecución penal, estipulando además que se debe requerir opinión al Ministerio Público Fiscal para decidir acerca de la oportunidad y extensión de la información a suministrar, con el objeto de resguardar el fin de descubrimiento de la verdad que persigue el proceso penal.^[5]

Con el voto de Eduardo Farah y Eduardo Freiler, dicho Tribunal consideró el planteo de las ONG abordándolo como un conflicto entre el principio liberal de protección del individuo frente al Estado y el principio democrático de publicidad. Así, desarrolló extensamente el primero de ellos, relacionado con la prohibición de la publicidad externa de la actividad

instructoria, basándose en profusas citas doctrinarias que rechazan el acceso de “terceros” a una pesquisa ya que implicaría poner en la picota pública a un imputado respecto de quien no se determinó si debe ser sometido a juicio, como así también en el supuesto riesgo para el descubrimiento de la verdad que subyace a la revelación de datos obrantes en el expediente. De esta manera, se concluyó que durante la instrucción, en la dimensión externa debe prevalecer una cultura de la reserva, hasta el inicio del enjuiciamiento verdadero, en la etapa oral.

Además, en disonancia con los argumentos de la Sala 2da., se sostuvo que *“la posibilidad de que terceros que no son parte en el proceso tengan acceso a las actuaciones encuentra su primer escollo en el art. 204 CPPN, que limita el acceso a las partes y a contrario sensu dispone el secreto para los extraños”*, haciendo mención también al Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el cual dispone que *“las actuaciones judiciales, siempre que no se hallaren sometidas al secreto sumarial, sólo pueden ser examinadas por las partes o los abogados por ellas propuestos...y por los damnificados o imputados o por los profesionales que los mismos autoricen al efecto”*. En cuanto a la excepción a tales normas que introduce el art. 131 CPPN –cuando se acredite un “legítimo interés”-, la Sala I entendió que la legitimidad invocada por los peticionantes no alcanza para sortear los límites impuestos por el derecho procesal interno.

Sin embargo, la Sala I aclaró que de ningún modo el afán de las ONG es censurable, citando un precedente de ese mismo Tribunal en el que se expresó que *“desde ya el auxilio de la ciudadanía y su compromiso en relación a la labor jurisdiccional no ha de ser desalentado, y por el contrario debe ser festejado y promovido”*[6].

Luego de ello, en los expedientes analizados por la Sala I se le corrió traslado a las defensas y al Agente Fiscal, quienes se opusieron al acceso de las ONG, lo cual provocó que los distintos jueces federales de 1ª instancia rechazaran los pedidos de las organizaciones.[7]

Puesto a examinar tales decisiones, en primer lugar creo que como enseña el Talmud hebreo, si sólo se atiende a un aspecto de una cuestión, no se la está abordando correctamente. La denegatoria a las ONG motivada en la no condición de parte y en la supuesta afectación o violación a la esfera de intimidad de un imputado en una causa penal que ello supondría, revela una mirada estrecha del derecho que omite valorar aristas y terrenos importantísimos atinentes al pedido de las organizaciones de la sociedad civil.

Teniendo en cuenta las dificultades que vivieron en su momento la Oficina Anticorrupción y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (sin llegar a equiparar aquellas situaciones con la de las ONG) para intervenir activamente y obtener legitimación procesal en muchísimos expedientes tramitados en el fuero federal, cabe preguntarse: ¿Por qué tanta resistencia en Comodoro Py a que actores “no convencionales” participen en un proceso o por lo menos puedan observar el desarrollo del mismo?

¿Desnaturaliza de alguna manera la investigación criminal en el estadio preliminar el acceso de las ONG a la causa? Es evidente que no, conforme se desprende lo sucedido en los investigaciones en las cuales, a partir de la implementación del criterio fijado por la Sala 2da, las ONG han podido tomar vista de los sumarios. En efecto, no se vislumbra de qué manera podrían las organizaciones civiles entorpecer la marcha de los procesos o la averiguación de la verdad.

Otras preguntas surgidas a partir de la decisión de la Sala I de la Cámara Federal, cuyas respuestas no fueron explicitadas por ese Tribunal de Alzada, son: ¿Cómo deben instrumentarse las vistas? ¿Tiene que haber unanimidad entre las defensas o basta con la negativa de una de ellas o del representante del Ministerio Público Fiscal para que se niegue el acceso al expediente solicitado por una ONG? ¿Deben justificarse las negativas?

Así como es un signo de madurez reconocer la complejidad y ambigüedad que se presenta en la mayoría de los problemas de la vida, en el tema discutido no hay una solución fácil que contente a todos, pero me parece que hay consenso generalizado en los efectos positivos que puede generar un proceso de discusión amplio en el que participen, con la mayor libertad posible, básicamente en términos de conocimiento de los hechos relevantes, todos los afectados por un proceso judicial

En relación al razonamiento de la Sala I de la Cámara Federal referido a la justificación del rechazo al acceso de las ONG en virtud de la protección de la intimidad del imputado, debe resaltarse que principalmente la publicidad del juicio penal representa una garantía del imputado, lo cual explica la inclusión de este principio en los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, como explica Alberto Bovino, el imputado tiene derecho a un juicio público, pero ello no significa que tenga derecho a un juicio a puertas cerradas[8]. En efecto, según Bovino, la excepciones a la publicidad contenidas en los códigos procesales no siempre se vinculan con la protección de los intereses del propio imputado, y aún cuando se considere que se trata de un derecho renunciable, el hecho de que el imputado pueda renunciar al juicio público no implica que, al mismo tiempo, tenga derecho a exigir un juicio a puertas cerradas. Analizando el supuesto de que un imputado, conocido político, solicite un debate no público para evitar las críticas de la prensa, el jurista alemán Jurgen Baumann entiende que “*el acusado no puede pretender la exclusión del público para proteger su ámbito privado*”[9].

En el Código Procesal Penal de la Nación la publicidad está garantizada en la etapa del debate, de acuerdo a lo normado por el art. 363 de ese plexo normativo, mientras que en la etapa instructoria el art. 204 establece la publicidad para las partes y sus defensores, con las puntuales excepciones allí determinadas y por lapsos muy breves, y el secreto para los extraños. El art. 131 C.P.P.N. establece que “*el tribunal ordenará la expedición de copias e informes, siempre que fueren solicitados por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos*”.

Cuesta creer que la preocupación por la privacidad del proceso y la intimidad de los imputados movilize tanto a los Magistrados como para impedir el acceso a las ONG peticionantes, atento a que en el fuero federal penal se filtran periódicamente decisiones judiciales, tanto en primera como en segunda instancia, brindándose el contenido de las mismas al periodismo antes que a las partes.

En esta cuestión, como en la mayoría de aquellas atinentes al derecho penal, se observa una tensión entre “*..la aplicación del derecho penal al culpable y el respeto de los principios que protegen al inocente, dado que sólo al final del camino del proceso, con la sentencia definitiva firme, el inocente se puede convertir eventualmente en culpable...*”[10]

Por razones culturales, históricas, axiológicas y filosóficas, el derecho debe dar prioridad siempre a la protección del individuo. Esta preferencia por el imputado, derivada de la evolución cultural de las ideas políticas en Europa occidental, es avalada por el derecho positivo a través de la presunción de inocencia, in dubio pro reo, carga de la prueba en el acusador, derecho del acusado a la última palabra, derecho del condenado a la fiscalización de la sentencia, revisión de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sólo a favor del acusado, y derecho del imputado a la prescripción de la persecución y de la pena, entre otros.[11] Tales principios brindan una orientación clara para el caso de conflicto entre los fines sociales del derecho penal (seguridad pública) y los fines de protección de la persona del derecho procesal penal (seguridad individual), debiéndose resolver la contienda siempre a favor del imputado, nunca del Estado.

Luigi Ferrajoli, máximo exponente del pensamiento garantista actual, ha expresado que la opción por la transparencia de los juicios representa la discriminación más segura

entre culturas jurídicas democráticas y culturas autoritarias.[12] Al respecto, el jurista italiano sostuvo que la publicidad asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial, y conforme a ella *“Los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública...”*. [13] Al explicar el sentido de la publicidad en el proceso penal, Ferrajoli afirmó que la polémica contra el secreto y la reivindicación de la publicidad en todas las fases del proceso como dique frente al arbitrio son una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado a la reforma en sentido acusatorio del proceso penal moderno, y recordó las palabras de Bentham: *“La publicidad es el alma de la justicia...favorece la probidad de los jueces al actuar como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar”*. [14] Bentham también hizo hincapié en que la publicidad funda *“la confianza del público”* y enfatizó que cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado. [15]

El objetivo de las instituciones que pidieron acceder a los elementos de distintas investigaciones que tramitan en el fuero federal penal es, entre otros, monitorear el desarrollo de las investigaciones relacionadas con el uso indebido de fondos públicos y lograr el recupero por parte del Estado de lo producido por la corrupción y criminalidad económica, resultando evidente que su situación puede ser enmarcada en lo previsto por el art. 131 C.P.P.N. y que se trata de un interés eminentemente público.

En cuanto a la función de las ONG en la lucha contra la corrupción, según la Oficina Anticorrupción, tales agrupaciones tienen al menos tres roles que cumplir: *“El primero consiste en advertir acerca de la existencia de un problema, generando conciencia en la sociedad acerca de las consecuencias negativas del mismo e indicando la necesidad de buscar soluciones. El segundo rol consiste en la propuesta, por parte de la ONG, de soluciones o alternativas de tipo técnico para enfrentar un problema particular, generalmente dirigidas a los funcionarios públicos competentes en la materia. El tercer rol consiste en que las ONG adopten una posición de evaluación de las políticas públicas implementadas por el sector gubernamental, controlando la efectividad y calidad de las soluciones adoptadas”* [16].

En materia jurisprudencial, cabe destacar que en la causa n° 761 *“Hechos ocurridos en el ámbito de la ESMA”*, la Cámara Federal aceptó a determinadas ONG de derechos humanos en calidad de amicus curiae, destacando que al tratarse de un caso de interés público y habiéndose acreditado un interés legítimo en la resolución del mismo, correspondía darles acceso a las constancias del expediente, en función de que *“si bien, de inicio su función estaba enderezada a colaborar neutralmente con el tribunal, en tiempos más recientes ha abandonado definitivamente esa imparcialidad, transformándose en una especie de interventor interesado y comprometido”*.

No es la intención de este comentario estudiar el instituto del amicus curiae, pero vale decir que se trata de la presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida [17].

Según Christian Curtis, la nota distintiva de la presentación como amicus curiae que justifica la procedencia de la opinión que se ofrece al tribunal, es el carácter, trascendencia o interés público de la cuestión debatida: *“Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las decisiones de la magistratura presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno”*. [18]

En torno de la posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados a partir de aportes realizados en calidad de *amicus curiae* por las ONG, Courtis ha dicho que tales presentaciones apuntan a concretar una doble función: aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto, y brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá a la vista al adoptar y fundar su decisión.

¿En qué tipos de causas piden usualmente las ONG tener acceso al expediente? Aquellas donde la investigación compromete hechos de corrupción y criminalidad económica. Sin desmerecer la amplitud del derecho de defensa, existen determinadas situaciones en las cuales no parece arbitrario restringir ciertos derechos de los funcionarios como contrapartida de la posición de poder que ocupan u ocuparon. Refiriéndose al grado de “renuncia voluntaria al derecho al honor” de los funcionarios públicos en los casos de libertad de expresión, (en el marco de un trabajo donde analizaron la constitucionalidad del tipo penal que pena el enriquecimiento ilícito), los destacados doctrinarios Hernán Gullco y Gustavo Bruzzone señalaron que la jurisprudencia no suele establecer que los funcionarios “no tengan” derecho al honor, sino tan sólo que aquél es más limitado que el de los simples particulares.^[19] En esa dirección, Gullco y Bruzzone señalaron que la menor protección del funcionario público aparece con claridad en el caso “Gertz v. Roberto Welch, Inc.”^[20] resuelto por la Corte Suprema estadounidense y citado por la Corte argentina en “Costa” (Fallos 310:508, rta. en 1987): “...*Un individuo que decide buscar un cargo en el gobierno debe aceptar ciertas consecuencias necesarias que surgen de involucrarse en los asuntos públicos. Corre el riesgo de un escrutinio público más estricto de lo que ocurriría en otro caso.*”, de lo que se infiere que no sería para nada alocado permitir que determinadas ONG especializadas en criminalidad económica puedan tomar vista de los expedientes donde se investigan hechos de corrupción en la administración pública.

Como sostiene Alejandro Rúa, quien estudió el tema analizado con muchísima más profundidad y destreza que yo, parece claro que en materia de acceso a la información sobre corrupción, las guías de interpretación, provenientes de los organismos de protección internacional de derechos humanos, señalan que los impedimentos vinculados con la protección del honor de aquellos que se han involucrado en asuntos de interés público, deben ceder ante la necesidad de permitir que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales, y puedan entonces cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas^[21]. Rúa también señaló, en cuanto a la posible vulneración de otros derechos a través de este mecanismo, que en principio es inexistente, “*toda vez que el acceso de la sociedad civil a la información de interés público contenida en los expedientes no tiene por destino la constitución como parte de los peticionarios, sino que puedan asumir una posición de evaluación de las políticas públicas implementadas por los distintos sectores gubernamentales en la llamada lucha contra la corrupción, controlando su efectividad y calidad.*”^[22]. Ciertamente, no se vislumbra en la intención de las ONG en acceder a los elementos de expedientes puntuales una faceta más de la deriva neopunitivista de las ONG y los organismos de derechos humanos que describiera filosamente Daniel Pastor^[23], habida cuenta que la participación a la que apuntan no les concede carácter de parte, debido a que el interés defendido es un interés público, y no un interés personal. Además, conforme el análisis de Courtis en relación a los *amicus curiae*, no existe perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o

entorpecer el proceso, dado que la posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente.[\[24\]](#), o eventualmente a la propuesta de citación de un experto o un pedido para que se le formulen preguntas puntuales a un imputado o un testigo. Algunos detractores de la apertura de los procesos penales a la ONG preconizan que es una decisión menor, y dentro de todo aceptable, pero peligrosa porque abre la puerta a mayores avances y lesiones sobre los derechos del imputado. Así, invocan la idea de la “pendiente resbaladiza” (slippery slope), aplicada a las situaciones donde una decisión inicial es o parece aceptable e inofensiva, pero puede conducir a una segunda decisión terrorífica. De acuerdo al brillante análisis de Eugene Volokh[\[25\]](#) (profesor ruso de la University of California, Los Angeles) hay dos aspectos de la slippery slope que vale la pena resaltar: las falsas alarmas y un posible antídoto a la pendiente resbaladiza, lo cual resultaría aplicable a la situación aquí tratada.

En esa dirección, es útil conocer la situación planteada en el caso *State v. Bell*[\[26\]](#), en el que la Suprema Corte de Tennessee le negó reconocimiento a un matrimonio interracial celebrado en otro Estado, expresando lo siguiente: *Extender la regla con los alcances solicitados por el actor, y tendremos en Tennessee el padre viviendo con su hija, el hijo con su madre, el hermano con la hermana, en matrimonios legales, porque formaron esas relaciones en un Estado o país donde no estaban prohibidos....* Sin embargo, nada de ello sucedió, pudiéndose inferir que ese Tribunal no estaba preocupado por la pendiente resbaladiza, sino que se oponía al resultado inmediato del caso que estaba resolviendo. También puede pensarse que a la Suprema Corte de Tennessee le preocupaba que a futuro las distinciones fueran complicadas, o que el reconocimiento de los matrimonios interraciales provocara cambios en las actitudes públicas que luego harían al incesto o a los harenes legales. Como piensa Volokh, que ello no haya pasado demuestra que las pendientes resbaladizas dependen de detalles de la conducta humana y de reacciones que son difíciles de predecir, siendo erróneo pensar que es inevitable que una decisión tomada en determinado sentido produzca necesariamente consecuencias graves en el mismo rumbo.

En cuanto al antídoto a los slippery slopes, Volokh opina que la pendiente puede no ser resbaladiza a partir de reglas fundacionales o constitucionales. Por ejemplo, si alguien sugiere una restricción sobre el derecho al aborto, aquellos que apoyan los derechos de las mujeres a decidir libremente pueden llegar a creer que la restricción es razonable pero se oponen porque temen que puede provocar una pendiente resbaladiza. Tal vez, agrega Volokh, una vez que la gente se acomoda a la restricción considerada menor, está preparada para aceptar más restricciones al punto de erosionar los derechos abortivos, entonces la propuesta fracasa, y es una lástima, porque ambos lados consideraban que la restricción era sensata y razonable. Sin embargo, concluye Volokh, si los defensores de los “abortion rights” tuvieran confianza en que los derechos que más les importan no pueden ser limitados y degradados porque gozan de una protección constitucional suficiente, podrían mostrarse predispuestos a negociar o acordar modificaciones atinadas.

En otras palabras, las normas constitucionales fiables crean un ambiente en el que dos partes opuestas pueden consensuar sin miedo a las pendientes resbaladizas. Esa misma lógica puede usarse en muchas áreas, por ejemplo, en los derechos constitucionales a la libertad de expresión o a la defensa, que sin ser absolutos son amplísimos. Así, los derechos y garantías constitucionales funcionan como resguardos contra las slippery slopes, posibilitando que se llegue a resultados y acuerdos eficientes que de otra manera serían imposibles de alcanzar. Expuesto ello, creo que es inverosímil suponer que la posibilidad de que algunas ONG accedan a un expediente judicial y tengan la posibilidad de formular propuestas y/o observaciones

sobre el mismo provoque una afectación real al derecho de defensa de los imputados o bien que viole la intimidad de los implicados.

Otra cuestión que debe ser abordada en el tratamiento de estas situaciones son los lineamientos fijados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, conforme a los cuales el Estado debe fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil y las ONG, en la prevención y lucha contra la corrupción. En esa línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula expresamente que el Estado debe fomentar la participación activa de personas y de grupos que no pertenezcan al sector público, tales como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad en la prevención y lucha contra la corrupción (art. 13, párr. 1°), mencionándose expresamente la necesidad de adoptar medidas que tiendan a garantizar el acceso eficaz del público a la información (art. 13, inc. 2). Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo el convencimiento de los Estados miembros de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. Como medidas preventivas, en ese instrumento internacional los Estados parte se comprometieron a considerar de aplicabilidad medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, mecanismo para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (art. 3°, inc. 11). También los Estados parte se comprometieron a otorgar especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, con el propósito de prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción (art. 14°, inc. 2).

Bien, obviamente los citados acuerdos internacionales no buscan que la sociedad civil concurra a los tribunales a golpear las puertas de los despachos de los jueces y fiscales para alentarlos a que investiguen con tesón y firmeza a los funcionarios públicos involucrados en hechos de corrupción, y tampoco que cualquier representante de la sociedad civil pueda ser tenido como parte en un proceso judicial, pero es innegable que se pensó en algún tipo de participación ciudadana, por lo que es necesario pensar con seriedad cuál es el aporte pensado por la normativa supranacional respecto de la sociedad civil. Por eso, es un tanto desconcertante que la Sala I afirme que debe festejarse y promoverse la iniciativa de las ONG y el auxilio de la ciudadanía pero al mismo tiempo no facilite que dicho interés se plasme, más allá del plano discursivo, en la realidad diaria de la práctica judicial.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de figuras constitucionales como la iniciativa popular, la consulta popular, y las acciones colectivas permiten mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y un rol más activo en el control de la gestión estatal.^[27] Es evidente que el derecho puede y debe jugar un papel central en ese proceso, pero las normas procesales no han sido actualizadas para cumplir con los requerimientos en ese sentido, siendo bajísimos los niveles de participación que se le da a la sociedad civil en el control de la corrupción y de información que hace pública al respecto.

Creo que vale la pena implementar una limitada y racional “glasnost” o apertura en los procesos penales en que se investiguen hechos cometidos por funcionarios públicos, y así posibilitar que las ONG puedan aportar miradas frescas y soluciones innovadoras, o no, pero sí creo que la óptica y la capacidad de efectuar aportes enriquecedores desde aquellos lugares deben ser reconocidos por los jueces. Sin embargo, no se propicia desde aquí un acceso irrestricto a los expedientes, sino que las organizaciones interesadas en tomar vistas de actuaciones judiciales deban explicar los motivos por los cuales la compulsa de causas hace a

la consecución de su objeto social y tengan que especificar los datos concretos que les interesa recabar, como así también el destino que le darán a los mismos.

Es interesante considerar lo señalado por el entonces titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 y curiosamente actual integrante de la Sala I de la Cámara Federal, Jorge Luis Ballesterio, quien expresó con un criterio amplio en la causa “*Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva*” al resolver acerca de la admisibilidad de la presentación en carácter de amicus curiae de una ONG, que las organizaciones no gubernamentales hicieron un aporte fundamental en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país y en fortalecer la sociedad civil, agregando que “*..la tarea de lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar las alternativas y soluciones que nuestra realidad exige....no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin de que la teoría y la praxis encuentren su justo medio*”[28].

En Centroamérica, por ejemplo, el movimiento de reforma del sector de justicia iniciado hace 20 años a raíz de la proliferación de problemas endémicos (corrupción, influencia política indebida en la esfera judicial, falta de transparencia y creciente desconfianza en el sistema de justicia, entre otros) se focalizó en dos elementos vitales para fortalecer la judicatura y la lucha anticorrupción: independencia y transparencia.[29] En los aspectos vinculados con la promoción de la transparencia, los esfuerzos se centraron en la adopción de nuevas leyes sobre el acceso a la información y la modernización del acceso a sistemas de información. Pese a que la percepción de la ciudadanía no varió sustancialmente en torno a la opinión negativa sobre la judicatura, con la excepción de Costa Rica, se generaron distintas iniciativas desde las ONG tendientes a incrementar la participación más directa de éstas en la reforma judicial (examen minucioso de casos controvertidos, evaluación sistemática de directrices para el desempeño judicial, observatorios judiciales para monitorear el trámite de causas, encuestas públicas) . En ese sentido, según Katya Salazar y Jacqueline de Gramont[30] , si bien anteriormente las ONG se concentraban en procurar la protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos, ahora perciben a la judicatura como un servicio público, sujeto a la presión y escrutinio civiles para que mejoren su rendición de cuentas, imparcialidad y transparencia. A partir de ese cambio de actitud, las organizaciones de la sociedad civil en Centroamérica asumieron nuevas funciones de monitoreo y vigilancia con respecto a la judicatura, pese a lo cual, según Salazar y de Gramont, lamentablemente “*sus iniciativas a menudo son objeto de fuerte crítica porque se cree que coartan la independencia e imparcialidad de los magistrados. El análisis de decisiones específicas es problemático debido a la percepción de que los casos se están procesando en público, o al menos fuera del marco jurídico e institucional establecido. En muchos países, ello da pie a la negativa de las instituciones judiciales a trabajar con la sociedad civil*”.

También es destacable la experiencia judicial estadounidense, donde el examen de cuestiones de trascendencia jurídica y política motiva casi indefectiblemente la presentación de amici curiae de un amplio espectro de asociaciones, instituciones, y grupos de interés, generándose un intenso debate público.[31]

Sería pertinente disponer, en una futura reforma procesal y mediante la jurisprudencia, que las organizaciones de la sociedad civil de probada seriedad y trayectoria tengan una actuación procesal en ciertos procesos, y resultaría deseable que el fuero federal porteño, el de mayor visibilidad y el encargado de investigar –entre otros- los delitos cometidos contra la administración pública, permita que voces especializadas efectúen su aporte en el marco

de aquellas investigaciones que tanto cuestan instruir, por diversos motivos que escapan el alcance de este trabajo.

Es perceptible una reticencia cerrada por parte de muchos jueces en torno a la apertura de los expedientes y de la recolección de voces, lo cual, según Carlos Nino en Fundamentos de Derecho Constitucional, *“parece reflejar un elitismo epistémico....que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública. Es cierto que un proceso implica alguna discusión (más en el sistema norteamericano que en el nuestro –con instituciones como los debates públicos, las acciones de clase, la intervención de amicus curiae, etc.-) pero de ningún modo de trata de una discusión institucionalizada en la que participan, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión”* [32]

A partir de los últimos cambios en su composición, nuestro Máximo Tribunal adoptó varias ideas en la dirección propugnada por Nino. El propio Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al referirse en una entrevista sobre los mecanismos específicos que adoptó la Corte en estos años para promover el diálogo en el trámite de las causas, resaltó las audiencias públicas, en las que se cita a las partes para que discutan y *“..también a terceros, porque los procesos son policéntricos, no son bilaterales. Porque, cuando hay intereses público en juego, hay muchas partes. Entonces, están las dos partes que tradicionalmente discuten pero citamos a otros. Se produce, por tanto, un debate donde no está claro que el litigio sea A contra B. Eso es bueno para el procedimiento...”* [33]

No se trata de trasladar irreflexivamente al proceso penal la democracia deliberativa conceptualizada por Carlos Nino, sí de admitir en ciertos casos de trascendencia pública –especialmente en aquellos donde se discuten presuntos hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos- la inclusión de algunas voces que aumentarían la información relevante y la cantidad y calidad de los argumentos tratados. Además, sin dejar de reconocer a los jueces la última palabra, es vital, como sostiene Roberto Saba, incorporar a la ciudadanía al debate público mediante arreglos institucionales específicos que muchas veces sólo requieren de “pequeños grandes” cambios en algunas formas de proceder de actores clave del sistema jurídico, posibilitando que los Tribunales resuelvan conflictos funcionando como foros de principios y de espacios para el intercambio de razones públicas, a partir de una posición escéptica respecto de la superioridad epistémico excluyente de los jueces para llevar adelante los procesos. [34]

Finalmente, estimo que debería otorgársele permiso a las ONG a participar del diálogo que se da en algunos procesos, posibilitando que en situaciones puntuales y delimitadas tengan acceso al expediente y puedan eventualmente realizar sugerencias, aumentando así la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y generando un rol más activo en el control de la gestión estatal. De esta manera, también se les daría a los jueces, quienes deben tener una mirada amplia del proceso en lugar de la visión naturalmente sesgada del abogado defensorista, la posibilidad de respetar y aplicar los tratados internacionales.

Ante el criterio fijado por la Sala I de la Cámara Federal, considero que la situación de ciertas organizaciones civiles (como la ACIJ y el CIPCE), cuando acrediten un legítimo interés y una probada especialización y trayectoria en los asuntos analizados en las causas judiciales, merece ser encuadrada en las previsiones del art. 131 del C.P.P.N., más aún en relación a los actos que por principio tienen carácter público, pues como expresó la Sala 2da. del mismo Tribunal, éstos no pueden ser alcanzados por normas de la naturaleza del art. 204, párr. final del código ritual. [35] A su vez, sin perjuicio de lo establecido por el orden ritual y las reglamentaciones

internas judiciales, corresponde evaluar en forma conglobada situaciones como la aquí tratada, es decir, contemplando las normas y el espíritu de los instrumentos internacionales a los cuales se acogió nuestro país. En ese sentido, cuando se investigue a funcionarios del Estado sería saludable que los Tribunales tengan la mayor apertura posible al momento de evaluar la conveniencia de la apertura de los contenidos generales de un expediente, sin que lo dicho implique desmerecer la importancia de la reserva de ciertos datos relativos a los imputados.

Asimismo, si bien como expresó la Sala I las normas contenidas en los instrumentos internacionales centran su atención sobre los derechos del individuo frente al Estado, *“por lo que una interpretación que prescinda de ese enfoque es errada si no tergiversada”*, entiendo que la participación popular en una administración de justicia republicana y democrática es una de las grandes deudas de nuestro sistema judicial, y que una manera de empezar a corregir esa falta es permitir que ciertas ONG intervengan o por lo menos puedan compulsar investigaciones donde se explore el destino de fondos públicos y la responsabilidad penal de los funcionarios encargados de velar por los intereses de la sociedad.

Es cierto que, como explica la Sala I en la construcción de su decisión, los jueces democráticos deben alentar y promover la participación ciudadana, *“pero la aspiración de que el ciudadano se sienta parte de la justicia de ningún modo puede significar para el juez renunciar a sus deberes y obligaciones”*. Sin embargo, no se propugna desde aquí –y tampoco ha podido verificarse que haya sido ésa la intención de las ONG involucradas- la participación masiva e irrestricta de la ciudadanía en este tipo de procesos, sino meramente la concesión –dentro de los márgenes expuestos- de la posibilidad de conocer algunos datos obrantes en expedientes que sean de interés para la sociedad.

En El Diciembre del Decano, una de las mejores novelas de Saul Bellow, un perro ladra desamparado en Bucarest durante la larga noche de la dominación soviética en Rumania. El perro es oído por un visitante norteamericano, Dean Corde, quien se imagina esos sonidos como una protesta contra la estrechez del entendimiento canino, y ruega: *“¡Por el amor de Dios, abran el universo un poco más!”* Ése, precisamente, es el espíritu con el que se propicia la apertura de los procesos a la sociedad civil, a través de la actuación de las ONG.

[1] Roberto Saba, *“Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en la Argentina”*, en SELA 2004, *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 279/304.

[2] Saba, *ob. cit.*, p. 300/301.

[3] Expediente nro. 11.553 “Monner Sans” del 16/11/95, reg. nro. 12.521 y causa nro. 21.551 “Oficina Anticorrupción” del 09/09/04, reg. n° 22.838.

[4] Causa 26.469 “Dres. Ezequiel Nino y Pedro Biscay s/ acceso a las actuaciones” del 11/04/08, reg. 28.291 y causa nro. 27.855, reg. 29.830 rta. el 05/05/09 por la Sala II de la Cámara Federal.

[5] Sala I de la Cámara Federal, causa nro. 41.673, reg. 1121 del 25/09/08.

[6] C. 41.074, “Azcarate, Javier y O. s/ apela rechazo de nulidad”, rta. el 19/05/08, reg. 532 de la Sala I de la Cámara Federal.

[7] Ver también causas 13184/99 y 7793/98 del Juzgado Federal N° 2, donde se investigan maniobras fraudulentas de la gestión de Víctor Alderete en el PAMI.

[8] Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 268.

[9] Jurgen Baumann, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 111.

- [10] *Tensiones: ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.1, presentación de Natalia Córdoba.
- [11] *Ob. cit.* p. 2.
- [12] Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 618.
- [13] Ferrajoli, obra citada, p. 616.
- [14] Jeremy Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, lib. II, cap. X, p. 140.
- [15] Bentham, obra citada, p. 14.
- [16] *Convención Interamericana contra la corrupción: Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, 1ª. Edición, Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2004.
- [17] *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (Coordinador) Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 321, artículo de Christian Courtis “Sobre el amicus curiae”.
- [18] Courtis, obra citada, p. 322.
- [19] Gustavo Bruzzone y Hernán Gullco, *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 31.
- [20] , [418 U.S. 323](#) (1974)¹
- [21] Alejandro Rúa, “Los ojos del país. Cuestiones de corrupción en los sistemas judiciales y acceso a los expedientes de interés público”, en <http://nohuboderecho.blogspot.com/2009/04/los-ojos-del-pais-cuestiones-de.html>
- [22] *Ídem*.
- [23] *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (Coordinador) Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.1161/1206, artículo de Daniel Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”.
- [24] Christian Courtis, *ob. cit.*, p. 326.
- [25] *En The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*, Ward Farnsworth, University Chicago Press, Chicago, 2007, cap. 18, p. 172 a 181.
- [26] 66 Tenn. 9 (1872).
- [27] *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (Coordinador) Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 797/817, artículo de Ezequiel Nino, “El derecho a recibir información pública –y su creciente trascendencia- como derecho individual y de incidencia colectiva ”.
- [28] Causa “Sterla, Silvia” del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2, 05/08/1996.
- [29] *Informe Global de la Corrupción 2007: Corrupción en sistemas judiciales por Transparency Internacional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 146/153.
- [30] *Ídem*, p. 147.
- [31] Christian Courtis, *ob cit*, p. 323 y 330..
- [32] Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 3a. reimpresión 2005, p. 685.
- [33] http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2447&id_item_menu=3561
- [34] Roberto Saba, *ob. cit.*
- [35] Causa nro. 11553, “Monner Sans” del 16/11/1995, reg. 12521 y causa 21.551 “Oficina Anticorrupción” del 09/09/04, reg. 22.838.