

La nueva ley de acceso a la información pública y la divulgación de la etapa de instrucción.

Juan Carlos Rúa¹

I. OBJETO DEL TRABAJO

El reciente dictado de la ley de acceso a la información pública brinda una interesante oportunidad para retomar algunas reflexiones asociadas a la publicidad de los procesos penales desde una perspectiva distinta a la tradicional, que generalmente la conceptualiza como garantía del imputado o como derecho de las víctimas.

Específicamente, creo que la tradición sobre libertad de expresión construida por nuestro máximo tribunal y los organismos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene mucho para decir sobre el tema, sobre todo en cuanto a la difusión de la etapa instructoria. Sobre todo en el momento actual, en que la Argentina ha decidido positivizar buena parte de los estándares dispersos mediante el dictado de una ley de acceso a la información pública.

El cambio de perspectiva propuesto exige aceptar que los expedientes penales son información pública y que su secreto significa una merma inaceptable de nuestra práctica democrática.

En estas breves líneas pretendo aportar razones para morigerar las disposiciones procesales, absolutamente restrictivas del acceso público a los legajos de instrucción, justificando una apertura parcial que, sin poner en riesgo los resultados de la investigación, permita someter a discusión pública el funcionamiento de las primeras etapas del proceso penal y sus resultados.

II. LAS RAZONES

1. El cambio de perspectiva que propongo no es caprichoso, sino una derivación necesaria de la tradición que invoco. Es que, lejos del marco humilde que definieran nuestros constituyentes, la libertad de expresión tiene actualmente dos dimensiones

¹ Abogado y Especialista en Derecho Penal (ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Secretario del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n°2 de Morón. Profesor Adjunto a cargo del curso Autonomía, libertad de expresión y democracia y Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos, ambos de la currícula de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

inescindibles y de equivalente valor. Por un lado protege la indemnidad del individuo, que no debe ser menoscabado o impedido de expresar sus opiniones, pero por otro protege el derecho de todas las personas a buscar y recibir cualquier información o idea².

Esto no es más que la expresión de un compromiso fuerte con modelos democráticos centrados en la deliberación pública y obliga a los funcionarios estatales a maximizar las posibilidades reales de la sociedad de discutir la forma en que ejecutan sus tareas.

Específicamente ingresando en la cuestión propuesta, que los legajos de la instrucción deban ser considerados información pública cambiará radicalmente el tratamiento de su potencial divulgación. Así, en desmedro de la reserva general prevista por el artículo 204 del CPPN³, cada restricción deberá ser excepcional, necesaria y proporcional con los fines legítimos perseguidos en cada caso concreto⁴.

Ello por cuanto el derecho al acceso a la información debe estar regido por el principio de máxima divulgación⁵, expresamente receptado por el artículo primero de la ley, que “...ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones. De este principio se derivan las siguientes consecuencias: (1) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; (2) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y (3) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información”⁶.

2. Corresponde determinar entonces si efectivamente los sumarios penales mediante los que se registran las alternativas de la etapa instructoria constituyen información pública y están, por ende, sometidos a su especial régimen.

² Conf. CorteIDH, 13 de noviembre de 1985, *Opinión consultiva 5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”*, párr. 30.

³ La norma reza en su parte final que “*El sumario será siempre secreto para los extraños*”.

⁴ Conf. CIDH, Relatoría para la Libertad de Expresión (RLE), *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, segunda edición, 2012, puntos 10/13.

⁵ Conf. CorteIDH, “*Claude Reyes y otros vs. Chile*”, fallo del 19 de septiembre de 2006, párr. 92.

⁶ CIDH, RLE, *El derecho...*, punto 10.

En este sentido, hasta el dictado de la ley 27.275, la única regulación general a nivel nacional del acceso a la información pública era la del decreto 1172/2003, exclusivamente aplicable al Poder Ejecutivo Nacional y sus organismos dependientes, por lo que la Corte Suprema debió fundar y delimitar los alcances de este derecho a partir de los tratados internacionales y las decisiones, informes y recomendaciones de los órganos de aplicación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷.

Por ello, para fundamentar un pedido de acceso a cualquier documento o registro del Poder Judicial debía acudirse a las recomendaciones de Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tenía dicho que por aplicación del artículo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos “...*el derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial...*”⁸.

Afortunadamente, la nueva norma recepta explícitamente de estos criterios, y dentro de la extensa enumeración de su artículo séptimo, en su inciso “c” incorpora al Poder Judicial de la Nación dentro de los sujetos obligados a brindar información pública.

Resta pues determinar si los expedientes mediante los que se instrumenta la etapa de instrucción deben ser considerados dentro de este régimen. Para ello, cabe acudir al artículo 3 de la ley, en cuanto dispone que será información pública “...*todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley generen, obtengan, transformen, controlen o custodien*” para definir documento como “*todo registro que haya sido generado, que sea controlado o que sea custodiado por los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, independientemente de su forma, soporte, origen, fecha de creación o carácter oficial*”.

Esto de no es más que la expresión positiva de los estándares internacionales, resumidos en la fórmula de la Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso a la Información, que define en su preámbulo que “...*el derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o*

⁷ Ver “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”, del 4 de diciembre de 2012, publicada en Fallos 335:2393 y “Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F. S.A. s/ Amparo por Mora”, del 10 de noviembre de 2015.

⁸ CIDH, RLE, *El derecho...*, punto 149.

*medio... ”*⁹, lo que indudablemente incluye los instrumentos mediante los que se registra lo actuado durante las etapas iniciales del proceso penal

Estipulado pues que los sumarios son información pública, el cambio de perspectiva es inevitable. El párrafo final del artículo 204 del ordenamiento adjetivo, en cuanto prevé que “*(e)l sumario será siempre secreto para los extraños*” no sólo ha devenido inconstitucional, por violar los estándares internacionales receptados por nuestro esquema constitucional, sino que además ha de ser considerado tácitamente derogado por la norma específica que vino a regular la materia.

Consecuentemente, el principio básico será el acceso general, mientras que será la práctica la que dictará en qué casos específicos existen razones suficientes para limitar, al menos temporalmente, la difusión de un expediente.

3. Por supuesto que tales razones existen, pero su definición ha escapado de los estrechos márgenes del código adjetivo, ya que debe demostrarse que cada restricción es necesaria para proteger uno de los objetivos legítimos previstos por el Sistema Interamericano, sea “*asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás*” o “*la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*”¹⁰.

La ley es clara en este sentido y adopta los principios de *máxima divulgación* e *in dubio pro petitor*, fijando un régimen de estricta legalidad para las excepciones, que resulta perfectamente compatible con los estándares internacionales en la materia.

En cuanto a la protección de la intimidad y honor de las personas sometidas a proceso penal, lo cierto es que nuestro esquema institucional minimiza su custodia como forma de proteger el debate público constitutivo de la democracia.

Ello por cuanto “*...la afectación a los valores del honor, la intimidad personal y la propia imagen, no es producida por la publicidad y mucho menos por las cámaras de televisión. Es la propia judicialización de los problemas la que ocasiona esta lesión en quienes intervienen en el proceso sin desearlo, pero forzados por el Estado (imputados, testigos, víctimas). Durante siglos se ha intentado estipular esta forma de resolución de conflictos, por entenderla más razonable y menos violenta, a la par de justa. El proceso penal prescinde de la voluntad de los sujetos que vivenciaron el delito o su*

⁹ La Ley Modelo Interamericana Sobre Acceso a la Información fue aprobada por la Asamblea General de la OEA mediante la resolución 2607 (XL-0/10).

¹⁰ Conf CortelIDH, “*Claude Reyes...*”, párr. 90.

investigación, en muchas otras cuestiones que menoscaban otro tipo de derechos (la libertad de comparecer al juicio, de colaborar con la justicia, etc.). Estas afectaciones son inherentes al proceso y son “costos” que el Estado asume para desarrollar un determinado sistema de enjuiciamiento. Las lesiones a la imagen de estos individuos, también son producidas por el Estado al obligarlos a participar del juicio. Mucho más que por los medios. Éstos sólo reproducen lo que allí pasa, de forma más o menos sesgada, pero no podrían producir ningún daño si el juicio no se celebrara. En la lógica del gobierno “visible” de la que venimos hablando y recordando la máxima de KANT, cuando algo de lo que hace el Estado no es conveniente que se vea, no es conveniente que se haga...¹¹”.

Mientras ésta esquema se mantenga, la invasión a la intimidad no ha de achacarse a los medios de comunicación, que no expresan más que la voluntad de los miembros de la sociedad de observar y discutir el modo en que son representados sus intereses ante un tribunal de justicia.

Por el contrario, la idea de un Estado que sustrae el problema de manos de sus víctimas en defensa de un presunto interés comunitario, pero pretende resolverlo a puertas cerradas para proteger la intimidad de los intervinientes en el conflicto resulta incompatible con los estándares internacionales ya delineados¹².

De esta forma, aquél juez que pretenda negar el acceso público de los expedientes de instrucción ha de ser extremadamente cuidadoso a la hora de esgrimir las razones que justifiquen la resolución, por cuanto sólo situaciones especiales de vulnerabilidad –el caso paradigmático es el de los niños- superarán los estrictos criterios expuestos.

A su vez, el *principio de disociación* receptado en la ley obliga a los magistrados a maximizar los esfuerzos por brindar la información que se les requiera, sometiendo a los documentos a las tachaduras o disociaciones exclusivamente necesarias para proteger cualquier información exceptuada de difusión.

Cabe destacar la particular situación de los funcionarios, cuya intimidad y honor gozan de una protección aún menor. Ello por cuanto “(e)n la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o

¹¹ ANITUA, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 2003, página 294.

¹² Estas ideas fueron desarrolladas en profundidad en mi tesina de especialización *Víctimas y publicidad del juicio penal. Algunas reflexiones democráticas*, publicada en La Ley, Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, número 8 de septiembre de 2014.

bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas¹³”

Por estas razones, la Ley Modelo dispone expresamente en su artículo 40 que, si bien la protección de la privacidad de los individuos podría ser valorada como un motivo idóneo para exceptuar la entrega de información pública, ésta no es de ningún modo aplicable cuando refiera a funcionarios estatales en ejercicio de sus labores¹⁴.

De esta forma, frente a las estrictas limitaciones que existen en materia de protección preventiva de los derechos a la intimidad y honor¹⁵, de existir un daño real y comprobable que supere el marco especial de tolerancia fijado para los asuntos de interés público, los afectados podrán hacer uso de la vía de rectificación o respuesta o, en caso de no ser esto suficiente, requerir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Existe sobre este punto una confusión grave que merece ser destacada. no es función de la justicia penal garantizar o proteger la imagen que el público pueda tener de una persona. Se trata de dos esferas distintas: por un lado el ámbito judicial, en que cada persona imputada cuenta con derecho a un tribunal imparcial que juzgue sus conductas de acuerdo al estricto procedimiento fijado. por el otro el ámbito público, donde debe florecer un *debate público desinhibido, vigoroso y completamente abierto*¹⁶, mediante el que la comunidad puede decidir mostrar su apoyo, indiferencia o malestar según sus propias e íntimas convicciones.

Sin perjuicio de ello, en el inciso “I” del artículo 8, la nueva ley prevé otra excepción, cuya procedencia bien podría ser esgrimida en este caso: que se trate de *información obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuviera el carácter de reservada y cuya divulgación pudiera frustrar el éxito de una*

¹³ CorteIDH, “*Kimel vs. Argentina*”, fallo del 2 de mayo de 2008, párr. 86 y 88.

¹⁴ En el mismo sentido, ver CSJN 591/2014 “*Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986*” del 21 de junio de 2016.

¹⁵ Conf. CIDH, RLE, “*Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*”, 2009, punto 91 “...salvo por la excepción establecida en el artículo 13.4 de la Convención Americana, las medidas previas de limitación de la libertad de expresión significan inevitablemente el menoscabo de esta libertad. En otras palabras, este derecho no puede ser objeto de medidas de control preventivo o previo, sino de la imposición de responsabilidades posteriores para quien haya abusado de su ejercicio...”.

¹⁶ “*New York Times vs. Sullivan*” 376 US 254

investigación. Sobre el punto, la norma no hace más que receptar la fórmula del artículo 40 la Ley Modelo Interamericana que autoriza la negativa cuando la divulgación genere un riesgo claro, probable y específico de una afectación significativa a la investigación y persecución de delitos.

Los magistrados podrán, entonces, fundamentar negativas puntuales en los casos de que la difusión de los elementos agregados a un expediente fuera idónea para entorpecer una investigación en curso, ello siempre de acuerdo con los estándares de necesidad y excepcionalidad ya desarrollados.

Por ello, la restricción no sólo debe estar fundada, con específica descripción del riesgo cierto para el éxito del proceso, sino que debe ser la mínima imprescindible para custodiar el bien en juego.

De esta forma, más allá del análisis puntual que realizará cada magistrado frente a las necesidades específicas de una investigación en curso, anticipadamente podría estipularse que resultará mayormente justificable la limitación en la divulgación de los elementos de juicio agregados a una investigación de forma previa a que el propio imputado los conozca. Parece obvio en este punto que adelantar a los medios de comunicación datos sobre allanamientos, testimonios y peritajes no puede más que motivar su fracaso.

Pero lo cierto es que, una vez en poder del imputado, no se observa que el conocimiento público de los elementos existentes en la investigación pudiera resultar idónea para entorpecerla.

Cabe una aclaración. Es indudable que la discusión pública acerca del trámite de una investigación en curso expone a los funcionarios encargados de instrumentarla a críticas duras e incluso injustificadamente desagradables sobre su persona, idoneidad y honor, que pueden afectar su tranquilidad a la hora de tomar una decisión sensible.

Pero lo cierto es que este supuesto costo no es tal, sino que es uno de los objetivos de los modernos y más exigentes modelos democráticos. Tener que justificar sus decisiones de cara a la comunidad y oír las más despiadadas críticas sobre su actuación no puede más que enriquecer el ejercicio funcional de jueces y fiscales, alimentándolos de criterios y razones que les permitirán tomar decisiones más y mejor fundamentadas.

III. CONCLUSIONES

Estas breves líneas no son más que un llamado de atención sobre una grave deficiencia democrática de nuestro sistema penal. Así, mientras como sociedad maximizamos las precondiciones de un debate público robusto y tenemos normas y una jurisprudencia modelo en materia de acceso a la información pública, limitamos la difusión de parte relevante de los procesos de redefinición de conflictos que asumimos como colectivos.

Y lo que es más grave, para ello usamos razones que más tienen que ver con la protección de la tranquilidad espiritual de los funcionarios encargados de tramitar los procesos que con el cuidado de bienes legítimamente reconocidos por nuestro esquema institucional.

Aceptar esto, por más duro y contraintuitivo que resulte, es una gran oportunidad de maximizar la democracia y abandonar antiguas prácticas que atentan contra las posibilidades comunitarias de discutir lo que realmente ocurre durante los procesos penales.

La etapa de instrucción es hoy un ritual que sólo admite abogados entre sus chamanes. Cientos de páginas, escritas en un lenguaje incomprensible para cualquier lego, sólo favorecen el cumplimiento de las agoreras profecías sobre la manipulación de la información por parte de los medios de comunicación, imprescindibles mediadores del público. De esta forma, no es el secreto sino la máxima exposición la que permitirá evitar las afectaciones que justifican la opacidad.

En este sentido, jueces, fiscales y defensores que actúen transparentemente y de forma comprensible por la comunidad legitimarán su trabajo y decisiones, cuyo sentido y alcance no podrá ser malinterpretado. A su vez, quitarán el manto de sospecha que tiñe los procesos judiciales y permitirán dar las verdaderas discusiones sobre el funcionamiento real de la justicia penal