

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Provincia de San Juan, 12, 13 y 14 de
septiembre de 2019.

**COMISIÓN2: DERECHO PROCESAL
PENAL**

PONENTE: Rita A. Mill

COMISIÓN 1: ACTORES EXTRAPROCESALES Y JUICIOS PARALELOS. NUEVAS GARANTÍAS PARA ASEGURAR LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

SUMARIO: 1.El rol de los medios de comunicación. 2.Las redes sociales.3.Los medios tradicionales de comunicación, las redes sociales y la justicia. 4.El resguardo de las garantías del debido proceso. 5. Conclusiones.

1. El rol de los medios de comunicación.

El pluralismo y la libertad de expresión y por ende la libertad de prensa, gozan de reconocimiento constitucional. La reforma de 1994 cerró el círculo al proteger también el secreto de las fuentes de información frente a la acción de hábeas data.

Así, la interrelación de los artículos 14, 32, 43 párr.3, 68 y 83 permite afirmar que la Argentina es el país donde esa libertad disfruta de un reconocimiento jurídico muy superior al existente en otros Estados de Latinoamérica y en la mayoría de los países del mundo. Precisamente tales cláusulas de la Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial, han sido invocadas frecuentemente como un modelo digno de admiración y respeto en muchos Estados sudamericanos para paliar las arbitrarias restricciones a la libertad de prensa imperante en sus derechos internos¹. Justo es reconocer, sin embargo, que tan grande generosidad y amplitud de los textos plasmados por los constituyentes no siempre tuvieron su correlato en la vida cotidiana de nuestra comunidad. En efecto, los vaivenes institucionales del país se tradujeron innumerables veces en el desconocimiento de la libertad de prensa, ya que nadie ignora que constituye el baluarte de las otras libertades del hombre, cuya protección no es precisamente preocupación de los gobiernos autoritarios².

La función que hace a la prensa indispensable en el sistema democrático es la función de **información**. El periodismo es la espina dorsal de las democracias masivas.El rol de los periodistas es esencialmente político. Son ellos quienes legitiman la información y quienes convierten la **información**

¹Badeni, Gregorio, *Suplemento Especial 60° Aniversario*, La Ley 15/XI/95, p. 14.

² Mill, Rita A., Libro de Ponencias Generales del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 157.

en comunicación. Son los intermediarios indispensables entre el *poder y la opinión pública*³.

Si bien es cierto que el deber de la prensa consiste en adquirir el conocimiento de los hechos y transmitirlo lo más objetivamente posible, también lo es que es muy difícil separar la publicación de ideas de las noticias, ya que es prácticamente imposible ser totalmente objetivo en la difusión de estas últimas. Aunque más no sea la extensión, la ubicación y el tratamiento que se da a cada noticia en un medio, ya está demostrado –de algún modo– una toma de posición ideológica respecto de ella⁴.

Si a esto añadimos la circunstancia de que detrás de todo medio de prensa existen grupos empresarios de mayor o menor envergadura, pero todos –razonablemente– insertos en la lucha por el sostenimiento económico, lucha cada vez más feroz por el grado de competitividad existente ante la aparición de las redes sociales, la tan mentada objetividad se torna casi ilusoria en una gran medida.

El rating, las mediciones de audiencia o venta de ejemplares son el parámetro principal que fija la política de los medios. En el altar de las leyes del mercado se sacrifica el buen gusto, la prudencia informativa y muchas veces la misma verdad principal⁵.

Pero, y más allá de esto, la práctica fundamental del periodismo profesional no ha cambiado: se debe **informar imparcialmente**, buscando recolectar datos y corroborar hechos, informando al lector cuando se está frente a una opinión⁶. El problema, continúa Sarlo, es que los medios han perdido el eje en este mundo frenético donde la competencia por un click es tan intensa como la crisis económica que enfrentan las empresas periodísticas.

Se impone aquí una breve referencia a la conocida como **Teoría de la información**, que nace en la década del 40, como un esfuerzo multidisciplinario de los aliados en la segunda guerra mundial para poder

³Entrevista a Dominique Wolton, Diario Clarín, 10/07/05, Zona, p.36.

⁴ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa*, La Ley del 01/09/92 p. 3.

⁵ Eco, Humberto, citado por Héctor Ruíz Nuñez en *Que se oculta detrás de las cámaras ocultas*, Revista de Adepa 1997, p. 19.

⁶Fontevicchia, Agustino, en *La reflexión de Beatriz Sarlo...*, 4/1/19, www.perfil.com

transmitir las órdenes para la defensa antiaérea⁷. El modelo básico era emisor –medio- receptor; el modelo más detallado incluía los codificadores, el canal, el mensaje y los decodificadores.

Este modelo es tomado en la década del 50, continúa, por los científicos sociales y enseguida por los medios masivos como la radio, la naciente televisión y la prensa ya existente, como sustento teórico de sus propias actividades.

Se advierte pues que el *proceso comunicacional* supone los siguientes *elementos*:

**emisor*: es quien emite el mensaje, que puede ser, una persona, el autor en un libro de texto, el guionista en un programa de televisión;

**receptor*: es quien recibe la información, que pueden ser uno o muchos; cabe mencionar, que en el uso de determinados medios, el receptor se convierte inmediatamente en emisor, provocando una cadena incontrolable;

**mensaje*: es lo que se pretende transmitir;

**canal*: es el medio físico o soporte material por el que se transmite el mensaje y hace posible que este llegue al receptor; puede ser la voz humana, el libro, la televisión;

**codificación*: es el proceso por el cual el emisor “prepara” la codificación, el mensaje, para que pueda ser comprendido, decodificado por el receptor. Para hacerlo se vale de sus conocimientos acerca del lenguaje, el canal que va a emplear, la persona o grupo de personas que lo van a recibir. Las variables son innumerables y tan diversas y complejas como la vida misma;

**decodificación*: es el proceso inverso que realizan el o los receptores, que tratan de comprender el mensaje, de “descifrarlo”.

A esta altura es fácil colegir que *información* y *comunicación* no son sinónimos, dado que la comunicación se logra cuando el receptor, cada vez mas autónomo y crítico, se apropia del *mensaje*⁸. Y acá, no se puede perder de vista que ese mensaje está en manos del emisor, quien define los

⁷Calvelo Ríos, J.Manuel, en Los modelos de información y comunicación. Universidad Nacional de Tucumán, <http://fao.org/sd/SPdirect>

⁸Crespo Figueras, Héctor, en Informar con la verdad, en La Nación 3/7/17, Supl. Opinión, p.31.

contenidos, los horarios, el lenguaje, entre otras cosas, en base a sus propios códigos o circunstanciales motivaciones.

Los medios tradicionales de comunicación son conscientes del impacto que tienen algunos hechos en ciertos estratos sociales de gran importancia numérica. Muchos de ellos, de innegable sesgo amarillista explotan situaciones dramáticas concretas, exacerbando al máximo algunas facetas puntuales que provocan –y lo saben- reacciones y efectos que en cierta forma *van determinando coincidencia de opiniones entre sus destinatarios*. Se advierte claramente que el rasgo sensacionalista que es habitual imprimir al tratamiento de los hechos delictivos por distintos medios de prensa, impacta fuertemente en un importante y mayoritario sector de la sociedad y aunque otro minoritario –en cantidad- llegue al hartazgo y la saturación y no se interese por tanto abundamiento, su preferencia es irrelevante al momento de decidir la política empresarial. Y ello es comprensible aunque no se compartan ni justifiquen los criterios de opción⁹.

En verdad, cuando la sociedad elige cierta clase de símbolos y se le pide al periodismo que trate de morigerar, de acomodar, de achicar la información, hay dos respuestas posibles. En primer lugar, así como el periodismo no se puede coaligar en un sentido, tampoco lo puede hacer en otro. Es práctica y fácticamente imposible que todos los medios de prensa del país digan: vamos o no vamos a cuidar la salud psicológica de esta criatura (una víctima). Y esto es así porque hay miles de empresas que deciden sus políticas y miles de periodistas que tienen sus propios principios sobre las cosas. Lo otro, es que cuando se pide que un símbolo social sea ignorado o minimizado por el periodismo, ya no se está hablando de la justicia ni de la libertad de prensa, lo que se está pidiendo es que se cambien las reglas básicas del periodismo. El periodismo no puede ignorar lo que a la gente le

⁹ Mill, Rita A., en Proceso, prensa y opinión pública, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XV, N° 28, Bs.As., 2002, p.111.

interesa, si se cambian estas reglas, hay que prepararse para tener muy pocos diarios en venta, informativos cerrados al igual que las radios, porque nadie consume lo que no le interesa¹⁰.

Hasta pocos años atrás, los periodistas que se ocupaban de la información policial y/o judicial carecían de formación técnica suficiente y adecuada a la temática y – obviamente- no se limitaban a difundir una noticia, sino que además opinaban, entrevistaban a protagonistas o vecinos, con el grado de apasionamiento que –a favor o en contra- suscitan este tipo de hechos, y como corolario emitían sus propias conclusiones, las que como resulta lógico –aunque sea inconscientemente - estaban teñidas en buena medida por su propia historia de vida.

Hoy, esto ha cambiado sustancialmente. Los periodistas que tratan los casos que tienen connotaciones penales son, por lo general, altamente capacitados en la temática. Los hay quienes además de ejercer el periodismo, son abogados o están en consulta permanente con profesionales del derecho, lo que ha dado un cariz diferente a la difusión de este tipo de noticias donde se cuida el tiempo de los verbos utilizados, los términos que se aplican a las personas involucradas (imputado, acusado, sospechoso), tratando de evitar una eventual responsabilidad civil personal y del medio en el que trabaja, sin olvidar que en lo atinente a los hechos delictivos tradicionales, ciertos “movileros” aún despliegan sin pudor las viejas prácticas.

Y así, simple y espontáneamente se va generando una coincidencia insensible de sentimientos, en uno u otro sentido acerca de un asunto o acontecimiento determinado, es decir, se va gestando **la opinión pública o mayoritaria de una comunidad**.

Sin embargo, y más allá de la falta de valores de esa prensa amarilla a la que aludiera, no hay que olvidar la tarea que desarrollan muchos periodistas que con códigos diversos apuestan a **un periodismo de calidad** en los diferentes ámbitos, particularmente en lo atinente a las investigaciones

¹⁰ Morales Solá, Joaquín, en Revista de Adepa, N° 24, del Seminario “*Poder Judicial y Prensa*”, Bs. As., 1995, p. 47.

policiales y judiciales. Se convierten en auténticos “detectives de la prensa” y antes de comunicar las noticias se ocupan de verificarlas, analizando documentos, entrevistando personas posiblemente implicadas o testigos, aún a riesgo de perder una primicia por el largo tiempo que se toman en la tarea.

Puede sonar políticamente incorrecto, pero los periodistas¹¹ tenemos la obligación de cuestionarnos críticamente nuestro rol en esta *sociedad del espectáculo* y el poder que tenemos, más allá de que algunos digan que los medios tradicionales están muertos.

Que sabiduría exhibida en tres renglones! Sólo recordar algunos acontecimientos de los últimos meses debería avergonzarnos como sociedad e invitarnos a una profunda reflexión: el suicidio de Agustín Muñoz en Bariloche, el caso de Julián Serrano o el de Rodrigo Eguillor, las violaciones en manada, como la de Miramar, o el incendio de la casa de José Oviedo y su posterior linchamiento, en Comodoro Rivadavia por ser el padre de un presunto violador, que resultó no ser tal, entre otros.

Comparto también lo expresado por Sarlo cuando dice que los medios tradicionales no están muertos. Quizá eso ocurra con los que decidan no acompañar los cambios tecnológicos. Muy interesante e ilustrativo resulta leer a Oppenheimer¹², cuando refiere parte de la entrevista hecha al director de iniciativas tecnológicas contratado por el The Washington Post luego de la compra del diario por parte de Jeff Bezos. “El propósito de Heliograf es muy simple: queremos quitarle de encima las tareas tediosas a nuestros reporteros y permitirles que se enfoquen en historias mucho más interesantes...” Las noticias políticas y deportivas ya son escritas, en general, **por un robot**. Requerido acerca de cómo imaginaba el periodismo del futuro, respondió: “será el resultado *de la integración* del texto, las gráficas interactivas, el audio y el video en la forma de relatar las noticias. Hasta hace poco cada medio se expresaba de una manera diferente: la prensa escrita a través del texto, la radio a través del audio, la televisión del

¹¹Fontevicchia, Agustino, en Reflexiones..., cit. supra.

¹²Oppenheimer, Andrés, ¡ Sálvese quien pueda!, El futuro del trabajo en la era de la automatización. Penguin, RandomHouse, Grupo Editorial, 2018, pág. 73 y sgtes.

video. Pero lo que vamos a ver ahora es una nueva forma de relatar y analizar las noticias, haciendo uso de todos estos medios al mismo tiempo.

Aunque con otros términos, en sentido similar se expresa Chinnappa¹³ : En ese contexto, *la colaboración* es el concepto clave para el presente y futuro del ecosistema de noticias. Los diarios, las radios, los canales de televisión y otros tipos de medios, son parte de este amplio ecosistema, en el que cada uno de los jugadores tiene un rol distinto.

2-Las redes sociales.

El advenimiento de la era digital ha implicado cambios revolucionarios en casi todas las áreas del conocimiento humano, como lo son la medicina, la genética, la biónica, la economía, la diplomacia, la política, la sociología, las telecomunicaciones, el transporte, no siendo el derecho, una excepción.

El fin de la sociedad analógica de fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, a manos de la sociedad de la información de la era de la **revolución digital**, ha implicado entre otras cuestiones, que los medios de comunicación tradicionales como los periódicos, la radio, la televisión, cedieran su hegemonía a *Internet*, a las redes sociales (*Facebook, Instagram, Linkedin*), la micromensajería (*Twitter*), y las aplicaciones de mensajería instantánea (*WhatsApp, Telegram, Snap Chat, We Chat, Line, Foursquare*, etc)¹⁴.

En los últimos años *"hemos visto reverdecer con una fuerza inusitada la capacidad de las redes sociales de imponer discursos y establecer temas en la agenda política. Aunque no existen datos precisos al respecto el volumen de gastos de publicidad en las redes sociales (Facebook, Twitter, Snapchat, Instragam, o inclusive en el posicionamiento con Googles Adwords, etc.) excede con creces al de la publicidad tradicional en medios de comunicación y en vía pública."*

¹³Chinnappa, Madhav, en artículo para La Nación del 30/12/18, Suplemento Ideas, pág. 7.

¹⁴Sueiro, Carlos C., en La prueba digital como herramienta de detección de falsificaciones profundas (Depp Fake) y noticias falsas (Fake News),pág. 3.

La transmisión de información en la era digital se realiza mediante la generación de contenidos *on line*, en forma de video, *gifts* o *memes*¹⁵.

Los gobiernos, las grandes corporaciones, los partidos políticos, entre otros, han sido los principales proveedores de las materias primas que formaban la base de las noticias. En los últimos tiempos ellos se han acostumbrado a proporcionar información de manera desapasionada, por lo general con el objetivo de alcanzar consenso sobre los más importantes temas, y las redes sociales han facilitado que los líderes y miembros de un movimiento se comuniquen entre sí y con la población sin pasar por las organizaciones periodísticas. Ya los medios no median como antes.

Y ello es la lógica consecuencia de que hoy, en el mundo miles de millones de personas pasan una gran parte de sus días no solo **informándose** sino fundamentalmente, **expresándose en las redes sociales**¹⁶.

Sin desconocer que las redes sociales son un fenómeno principalísimo en el mundo actual, lo cierto-sostiene Saguier¹⁷- es que nacieron con cuatro defectos centrales, y para nada menores: 1)están pobladas de autores anónimos, lo que desacredita el debate; 2)carecen del rigor propio del sistema de chequeo de los grandes medios, por eso están llenas de fake news, inventos que se devoran muchas veces sin dudar acerca de su veracidad, porque no hay tiempo para procesar tanta información; 3)contienen una hostilidad que aleja de la discusión a las voces moderadas (en las redes hay más emoción que razonamiento); 4)carecen de un editor responsable, es decir, no hay quien responda por la sarta de falsedades que transmiten, lo que las convierte en fácil vehículo para la difamación.

Lo cierto es que en estos tiempos de *hiperconectividad irresponsable* en sus contenidos, que gratuitamente y al amparo de la libertad de prensa y expresión, difunden noticias, ideas y comentarios por doquier, se debe ser suficientemente escéptico ante **las acusaciones mediáticas** llevadas a cabo en las redes sociales y algunos programas de entretenimiento. Y creo,

¹⁵Cano Diego, *Jungla 3.0. Trolls información y desinformación.*, 1 Edición, Editorial, Pluma Digital, Buenos Aires, 2017, pág 183. Es cita de Sueiro, Carlos.

¹⁶Boczkowski, Pablo, en Reinventar a los medios para una era pos-institucional, Reuter/Benoit Tessier

¹⁷Saguier, Fernán, en El valor del periodismo se mantiene intacto, Diario La Nación, contratapa, 3/8/18.

que ello es así, porque a medida que la sociedad **avanza exponencialmente en el orden tecnológico, retrocede** de igual forma en orden a **los valores fundantes que deben presidirla**.

Y así vemos como, a través de las redes, se produce un verdadero desmadre en el uso de nuestra rica lengua, donde la violencia verbal impide toda posibilidad de un intercambio civilizado de opiniones. Las frases iracundas aplastan cualquier palabra reflexiva. Los argumentos racionales sucumben ante lo irracional.

Las redes son la antítesis de ese periodismo meticuloso que diferencia lo importante de lo secundario, el del doble chequeo, de la no publicación de lo que no se tiene certeza, del que ante los diarios acontecimientos aplica cuidadosos *criterios de noticiabilidad*, sobre todo atiende **al no entorpecimiento del trabajo de la justicia**.

3- Los medios tradicionales de comunicación, las redes sociales y la justicia.

Podría afirmarse que el derecho y la comunicación son ciencias sociales transversales, en el sentido de que con cualquiera de ambas podemos atravesar la actividad social que se nos ocurra¹⁸.

Pero en tanto todo proceso judicial constituye una redefinición del conflicto según las exigencias de las reglas jurídicas y muchas veces de reglas extrajurídicas y la dimensión normativa impone un recorte del hecho en sus propios términos, excluyendo la información irrelevante para el texto jurídico, la comunicación de la prensa, presenta reglas narrativas distintas a las del proceso penal. Es así entonces, que los medios de comunicación masiva deforman la noticia, en la misma medida en que la justicia lo hace, sólo que ambas aplican reglas de distorsión diferentes. Pero es el caso que en tanto esta última lo hace en *la búsqueda de una verdad formalizada* que deberá estar acomodada a reglas de juego fijadas en la normativa procesal y constitucional, aquella, con escasas excepciones, lo hace por las razones

¹⁸ Ercolini, Julián, en Algunos apuntes sobre justicia y medios de comunicación, en Justicia Argentina on line, La mirada de los jueces, publicación de la CSJN y el CIJ, BsAs 2011, pág. 59.

ya expuestas y que difieren sustancialmente en la naturaleza de sus objetivos finales.

Lo cierto es que *la revolución de las comunicaciones sociales*, puso a los ciudadanos ante sí, y a todos ellos frente a los poderes del Estado, en un grado de *comunicación permanente*. Aquí se puede decir, que es irrelevante la posición personal de los magistrados en cuanto al cómo, cuándo y dónde se produzca la comunicación de las decisiones jurisdiccionales, porque es la dinámica tecnológica la que motiva el cambio de *paradigma comunicacional del poder judicial*.

Los jueces aún siguen expresándose por sus sentencias, pero dichas resoluciones son actualmente difundidas al conjunto de la sociedad de manera independiente a la comunicación a las partes y su significación social es analizada y amplificada por una compleja y extendida gama de medios y herramientas tecnológicas, que las interpretan y resignifican más allá de su significado jurídico estricto. Entender esto, acompañarlo y ayudar a darle un encuadre jurídico adecuado es una forma de construir un sistema institucional estable, moderno y justo¹⁹.

Es que arrastrados por los cambios operados en las últimas décadas²⁰, los conflictos o temas que toca abordar a los jueces-en cualquiera de las especialidades- se han ido incorporando a las agendas, cada vez más abultadas de los medios de comunicación, como temas de interés público, al punto que puede hablarse hoy de "*la noticia judicial*" como de una categoría autónoma de la información diaria.

La denominemos *noticia judicial* o *noticia policial*, lo cierto es que hoy insumen la mayor parte del tiempo y de los espacios de los medios de prensa. También es cierto que el número de plataformas por donde circulan estas noticias se ha desbordado. Ahora, *el periodista*, además de pensar en el cierre de la primera plana, o en la presentación en crudo de la última información en el noticioso televisivo, debe hacerlo, sin descuidar las aplicaciones móviles y las redes sociales como Facebook, Twitter o Snapcht.

¹⁹ Bonadío, Claudio, en texto de cita 18, p.58.

²⁰ Ercolini,J., ya cit., p. 60.

Y en este vertiginoso quehacer tiene que atender y seleccionar el *adecuado lenguaje* a utilizar en cada caso, según *el canal de comunicación* del que se valdrá y conforme el nivel posible de quien o quienes deberán *decodificar su mensaje*.

Por su parte *los jueces*, están recorriendo el largo camino que puede significarles el desterrar el críptico lenguaje en el que las universidades los han formado por largas décadas, “adornado” de infinidad de expresiones en latín²¹, en un esforzado intento por llegar a todos los destinatarios de sus mensajes con la mayor claridad posible. El uso de *un lenguaje simple y llano* no debe identificarse con *pérdida de calidad del mensaje*. Muy por el contrario, hará que la tarea judicial sea leída, comprendida y valorada en su real significación, evitando distorsiones interpretativas.

4-El resguardo de las garantías del debido proceso penal.

Las reacciones y posturas de la masa social argentina están compuestas por un mayor porcentaje de *emocionalidad* que de *racionalidad*, especialmente en lo que hace a los asuntos públicos, incluidos los judiciales²².

Se está sin dudas, ante un conflicto que viene de nuestros orígenes como sociedad: tenemos una Constitución liberal para un pueblo de cultura autoritaria, y este no es un dato menor.

El sociólogo francés Phillipe Saint Paix, habla del hombre contemporáneo manejado por el bombardeo de los medios y lo bautiza como “*mutante impredecible*”. Creo que el calificativo se acomoda a la gran mayoría de los argentinos que reclama, por ejemplo, la pena de muerte para determinados delitos y luego marcha en columnas pidiendo por la vida y los derechos humanos²³.

²¹ Hace algunos años tuve acceso a una sentencia de la CFCP en la que uno de los jueces votantes transcribió casi dos hojas de un texto en francés.

²² Ruiz Nuñez, Héctor, en *y considerando...*, abril/2009, pág. 11.

²³ No se puede olvidar que el entonces presidente Carlos Menem presentó un proyecto de pena de muerte para determinados delitos el que luego debió retirar del Congreso. “Si bien el Poder Ejecutivo considera que esa medida era adecuada para la grave situación que vive el país, en mérito a la opinión en sentido contrario de la mayoría de los legisladores y de otros importantes sectores la comunidad, como la Conferencia Episcopal Argentina, hemos considerado conveniente solicitar su retiro”, se expresó al hacerlo.

A partir de esa postura social se violan constantemente, en forma mediática y pública **el principio de inocencia, el derecho a la defensa en juicio, el derecho de los jueces a decidir con serenidad**. Por estos motivos, difícilmente un juez penal sea popular, excepto algunos mediáticos, de procedimientos ostentosos que se extinguen en frustración o nunca tienen un segundo acto²⁴.

Usando el caso de Miramar como ejemplo, antes de llegar al “Mira como nos ponemos” y a las acusaciones mediáticas en general, varios de los grandes diarios y portales de la Argentina violaron **la presunción de inocencia** de los acusados, generando una condena social que sería válida si los hechos estuvieran corroborados. En este caso la mayoría de los medios no pudieron verdaderamente chequear la información sino que se apoyaron en un expediente incompleto, trascendidos y filtraciones iniciales de la fiscalía. La menor no había declarado, las mismas fuerzas de seguridad, luego de haber expuesto a los acusados enviaron a los medios fotos en las que aparecían con las caras tapadas o pixeladas. Podemos preguntarnos: ¿Qué derechos tienen los violadores y asesinos? Deben tener derecho a **un juicio justo ante un tribunal imparcial**, pero los medios colaboran para condenar de antemano²⁵.

Y será entonces la *opinión pública* orientada o predeterminada a través de los medios de prensa la que después se pronunciará cuando *la decisión jurisdiccional* resuelva el conflicto social provocado por el delito. Y se pronunciará dando mayor o menor credibilidad a los fallos de sus jueces según que éstos coincidan o no *con la opinión así formada*. De allí, la importancia sustancial de la seriedad y responsabilidad con que se encare tan relevante misión ya que si bien es cierto, que las decisiones de los jueces no deben mensurarse con el metro de lo que le agrada al público, también lo es, que la jurisdicción se debilita si, más allá de las llamas contingentes de *la popularidad*, su ejercicio en su conjunto no cuenta con

²⁴Ruiz Núñez, Héctor, cit. supra.

²⁵Fonteviccia, Agustino en Reflexiones... cit. supra.

consenso social; en otros términos, si falta la fe en la comunidad de los jueces²⁶.

Es válido aquí recordar el Principio 28 de Bangalore²⁷: ***Un juez debe actuar sin tener en cuenta el aplauso o la crítica popular.***

28. Un caso puede generar controversia pública y tener *amplia publicidad en los medios de información*, pudiendo decirse que el juez se halla en el ojo del huracán. A veces el peso de la publicidad puede tender marcadamente hacia un resultado deseado. Sin embargo, en el ejercicio de la función judicial el juez debe ser inmune a los efectos de esa *publicidad*. Un juez no debe preocuparse de si las leyes que ha de aplicar o los litigantes que acuden al tribunal son populares o impopulares entre el público, los medios de información, los funcionarios de gobierno o los amigos o parientes del propio juez. Un juez no debe verse influido por intereses partidistas, el clamor del público o el temor a la crítica. La independencia judicial comprende la independencia con respecto a **todas las formas de influencia externa**.

En igual sentido se expresa Lorenzetti²⁸: El Poder Judicial no debe perseguir la popularidad, sino el prestigio. Ello significa que la aceptación social no se basa en seguir la opinión de las mayorías circunstanciales, sino en aplicar criterios jurídicos coherentes a lo largo del tiempo. Si las decisiones cambian constantemente conforme **a la opinión publicada**, el juez puede ser popular en un momento y caer en el descrédito cuando hay una mudanza en el contexto.

Es que *el “juez mediático”* que se presta fácilmente a los requerimientos de la prensa, no sólo puede violar normas éticas, sino también los derechos de terceros, acarreando responsabilidad civil al Estado. Es cierto por otra parte,

²⁶Bruti Liberati, Edmondo, en Autogobierno o control de la magistratura, Feltrinelli, Milán, 1998, p. 142. Es cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, en El Poder Judicial hacia el Siglo XXI, en Derechos y Garantías en el Siglo XXI, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1999, p.18.

²⁷Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. NACIONES UNIDAS. Nueva York, 2013.

²⁸ Lorenzetti, Ricardo, en LL del 20/08/07, Suplemento Actualidad.

que el juez penal, vive sentado en “el banquillo de los acusados” y lo que es más lamentable, sin derecho a defensa, ya que no puede permitirse circular por los medios defendiendo las razones de sus fallos.

Al magistrado lo juzga, la opinión pública, las partes, los letrados, sus colegas de la alzada, la doctrina, los políticos, las asociaciones intermedias, los economistas, los empresarios, los gremios²⁹, siempre dependiendo del sentido de sus fallos³⁰.

Vengo analizando garantías sustanciales del debido proceso que se vinculan con la temática de los medios. Me detendré mínimamente ahora en el vínculo entre el objetivo de todo proceso: **la obtención de la verdad formal**, y el impacto de las tecnologías de la información que arriman al proceso una prueba intangible como lo es **la prueba digital**. Al no ser corpórea, material o física, es altamente sensible en su integridad e inalterabilidad.

Lamentablemente, en la era de la revolución digital y la posverdad³¹, *el debido proceso se encuentra en profunda crisis*, a mano de las denominadas *noticias falsas (Fake News)*, y de una tecnología más alarmante y siniestra aún, basada en el desarrollo de inteligencia artificial, como lo son las *falsificaciones profundas (Deep Fake)*.

En la actualidad los magistrados encargados de impartir justicia, pueden encontrarse frente a prueba digital apócrifa o falsa proveniente de noticias falsas (*Fake News*) o falsificaciones profundas (*Deep Fake*)³².

La problemática de las noticias falsas y las falsificaciones profundas se ha trasladado a nivel local y doméstico a la administración de justicia,

²⁹Gusman, Alfredo S., en y considerando...de julio/2009, pág. 38.

³⁰ Con la intención de garantizar el derecho a la información y a la vez delimitar las atribuciones de los magistrados en orden a la publicidad de los casos judiciales de gran trascendencia pública y que generen interés en la ciudadanía, nuestro tribunal cimero dictó la Acordada N° 29/08.

³¹Posverdad: verdad manipulada o construida. Distorsión deliberada de una realidad con el fin de crear una opinión pública e influir en las actitudes sociales en la que los hechos objetivos tienen menos influencia que las apelaciones a *las emociones*.

³²Suiero, Carlos C., cit. supra, pág. 2.

manifestándose en el hecho de que al proceso penal se incorpora cada vez más evidencia digital, sin tener la certeza de que la misma sea veraz.

Por este motivo, las noticias falsas (*Fake News*) y las falsificaciones profundas (*Deep Fake*), constituyen un tema sumamente relevante, a los efectos de lograr **la obtención de la verdad en el marco de un debido proceso conforme el imperio de las garantías constitucionales**.

El poder detectar por parte de la administración de justicia la incorporación de noticias falsas o falsificaciones profundas, por medio de técnica informática forense o forensia que permitan determinar que la prueba digital aportada es veraz y no apócrifa o adulterada **resulta vital**³³.

El peligro de la manipulación de la prueba digital a manos de la inteligencia artificial (IA) es tan grande y trascendente en sus posibles efectos, que en muchos países **la gestión del riesgo informático** se convirtió en importante preocupación en la más altas esferas gubernamentales.

Solo a título informativo haré referencia a los algoritmos³⁴ que ya reemplazan a los jueces, aunque en materia penal, en mi opinión personal, no lo creo posible.

En Estados Unidos además de los robots abogados, ya hay plataformas de servicios legales que *ofrecen resolver disputas legales*. O sea hacen la labor de los jueces. La más conocida es Modria.com, fundada en 2011, donde ya se han resuelto satisfactoriamente 400 millones de disputas de personas que compraron productos en línea contra quienes se los vendieron.

La proliferación de estos algoritmos que suplantán a los mediadores y a los jueces en disputas de transacciones de comercio electrónico hace pensar que en un futuro cercano los programas de computación podrán resolver casos cada vez más complejos³⁵.

Abordaré finalmente lo concerniente a los medios tradicionales de comunicación y a las nuevas tecnologías en relación con **la garantía nuclear de imparcialidad del juez, sea este técnico o jurado popular**.

³³Sueiro, Carlos C., cit.supra, pág. 5.

³⁴Algoritmos: conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permiten hacer un cálculo y hallar solución a un tipo de problemas. Reglas e instrucciones ordenadas y definidas para llevar a cabo una actividad sin generar dudas.

³⁵Oppenheimer, Andrés, ¡Sálvese...cit. supra, pág. 166.

La tensión entre la libertad de prensa y la independencia del juez para tomar sus decisiones libremente, sin menoscabo del principio de inocencia, especialmente cuando los medios de información se convierten en verdaderos precursores de las sentencias condenatorias de los justiciables, deviene inexorable³⁶.

En la televisión, y la difusión de los procesos y de los juicios hay que distinguir entre: la *información*, que debe ser aséptica y precisa y la *opinión*, o sea el análisis personal del periodista, que debe correr por otros andariveles.

El periodista puede o no estar de acuerdo con el fallo de la justicia y tiene derecho a decirlo, pero *después* que éste se produjo. Mientras se hace el proceso judicial tiene que limitarse a contar lo que está pasando en el juicio, porque de lo contrario, está induciendo a los jueces y como periodista se está colocando en juez. Y a no dudarlo uno de los errores de la prensa es intentar ocupar lugares de los poderes constituidos³⁷.

Estas acertadas afirmaciones nos ponen de frente a un tema relevante cual es **el prejuizgamiento social previo y paralelo al de la justicia**. Al respecto señala Roxin³⁸, que no se trata solo de determinar la parcialidad anímica del juez, sino la afectación a las normas jurídicas del procedimiento que ocasiona el prejuizgamiento a través de los medios. Si los órganos de la persecución penal y los tribunales se enfrentan fuera de las vías procesales legislativamente fijadas y toman parte en la pelea por la opinión pública, entonces renuncian a su *neutralidad*, se convierten en partes, favorecen pre-condenas o pre-absoluciones y dañan de este modo el apego a las formas jurídicas del procedimiento.

Cuando los medios de comunicación brindan información asumiendo criterios de verdad y por lo tanto anticipando la condena de quien todavía no fue sentenciado, y luego resulta que este es absuelto, toda la crítica se centra en la figura del juez. Los verdaderos responsables de conseguir eficacia en su gestión, o sea los Fiscales, no son analizados en su accionar.

³⁶ I.L.A.N.U.D., *El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial*, San José de Costa Rica, 1992, p. 175, citado por Cafferata Nores, en *Introducción...*cit. pág. 208.

³⁷ Morales Solá, Joaquín, en *Revista Adepa* N° 24, cit., p.47.

³⁸ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*,pág.336.

Se cae contra el juez sin advertir que por Constitución tiene a su cargo respetar y hace respetar *los principios de inocencia y de debido proceso*. Con la instalación del sistema acusatorio, los periodistas tendrán que modificar sus hábitos y responsabilizar al acusador que no pudo probar su caso. Por el contrario debe valorarse al juez, que fue *imparcial* y rechazó una acusación que no tenía suficiente apoyo probatorio³⁹.

No puedo dejar de reflexionar acerca de algunas expresiones de periodistas conocidos porque creo que a veces se distorsionan los roles y no para bien. Por ejemplo, escuché a Hadad decir: “**Los medios no inventamos los temas**”. Es cierto, los hechos pueden ser reales no inventados, pero la forma en que nos los presentan algunos periodistas, a veces de mucho prestigio y por tanto con bastante impacto en la audiencia, hace que se transformen en posverdades, que llevan a la sociedad a concluir con opiniones infundadas. Amampur, conocida periodista de la televisión extranjera anuncia su programa diciendo: “**Yo insisto en ser veraz, no neutral**”. Me he preguntado a solas, porque ella se supone dueña de la verdad? Se sustituye así, ante determinadas investigaciones, a quienes las normas imponen la tarea de la búsqueda de la verdad y la impartición de justicia. Brinda informaciones seleccionadas acorde a sus convicciones porque no sabe, no puede ser **neutral**. Será lo correcto en el desempeño de quienes ejercen por propia decisión, no por elección, el tan relevante **cuarto poder** en esta aldea global que hoy incluye a toda la humanidad?

Un breve vistazo sobre el planteamiento del problema en el derecho comparado y las distintas soluciones intentadas, permite adivinar-dice acertadamente Guariglia⁴⁰, que en verdad, solo los sistemas de enjuiciamiento angloamericanos han establecido *un vínculo de causalidad entre difusión periodística del hecho previa al juicio y temor de parcialidad*, y han previsto institutos específicos para prevenir o remediar tal situación. Incluso desde la perspectiva del modelo europeo-continental se considera al problema como inherente al sistema de juicio por jurados. Más allá de lo dogmático de una afirmación semejante, -Hassemer la califica de “extendido

³⁹Corvalán, Víctor, en Libro de Ponencias Generales del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 2011, Rubinzal-Culzoni, pág. 122.

⁴⁰ Guariglia, Fabrizio, en Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad, en www.derechopenal.com.ar/archivos, 06/06/2005.

engaño-, lo cierto es que mientras en la literatura y jurisprudencia estadounidense e inglesa el problema es analizado en forma más o menos exhaustiva, en la producción jurídica europeo-continental el punto es apenas mencionado, y resuelto de forma sumamente discutible, como da cuenta la jurisprudencia del TEDH en la materia. Entre nosotros, el problema parece ser directamente *desconocido o ignorado*. Es que, los sistemas de enjuiciamiento penal que descansan de modo fundamental en jueces profesionales parten de un concepto diverso de imparcialidad. Lo cierto es, concluye, que *los medios pueden hacer peligrar la imparcialidad del tribunal-* o, aún peor, la regularidad del procedimiento en su conjunto-, **con prescindencia del sistema de enjuiciamiento, ya sea que este descansa en jueces profesionales, en ciudadanos legos o en una combinación de ambos**, y aun cuando los alcances del concepto de *imparcialidad* presenten variaciones según el modelo procesal.

El problema de **la influencia mediática** en los procesos penales es, hoy en día, verdaderamente universal y constituye uno de los más preocupantes para asegurar **la imparcialidad** con que deben resolverse los procesos. Las investigaciones empíricas acerca de esa influencia comprueban la imposibilidad de establecer otros mecanismos que puedan impedir sus efectos perniciosos. Y no se trata de un problema concerniente únicamente a los casos que son juzgados por jurados. Es ingenuo suponer que los jueces profesionales estén exentos de la influencia mediática. La profesionalidad y la experiencia que puede esperarse de ellos de ninguna manera alcanza para sustraerlos de la fuerza impelente de la opinión pública. Los tribunales permanentes ya sean unipersonales o colegiados, cuyos integrantes son de antemano conocidos, se encuentran expuestos al escarnio si no responden a las expectativas de la sociedad en mucho mayor medida que una pluralidad de ciudadanos poco menos que anónimos y cuya intervención se circunscribe a un caso determinado. Los mecanismos del juicio por jurados al permitir una selección caso por caso de quienes deben juzgar, permiten adoptar resguardos. Aunque esos resguardos dejen siempre un margen de incertidumbre acerca de su eficacia, mucho peor es, desde luego, prescindir de ellos y confiar ciegamente en que ciertos profesionales

puedan permanecer imperturbables ante la cada vez más penetrante incidencia de los medios masivos de comunicación⁴¹.

Refiriéndose a los *jurados populares* en los casos de enorme repercusión mediática, sostiene Harfuch⁴², que las partes intentarán determinar hasta qué punto está condicionada la **imparcialidad** de los jurados y qué nivel de conocimiento tienen del caso. Obvio resulta decir que dicha exposición mediática afecta tanto *al juez como a los jurados*, solo que este mecanismo de recusaciones *dota al sistema de jurados de resguardo para las partes desconocidos en el juicio profesional*. Aun cuando el juez considere que un jurado no puede ser excluido del panel por sus opiniones previas al caso, las partes lo podrán luego recusar sin causa, si así lo desean. El margen de discrecionalidad del juez es amplio y él es quien, finalmente deberá decidir si hace lugar o no a la recusación.

Otros casos problemáticos son los candidatos a jurados que se enteran por los medios, por conocimiento personal previo o porque se trata de una persona pública, que el acusado tiene condenas anteriores. Como sostendremos a lo largo de este libro- continúa Harfuch-, el common law es especialmente celoso en este punto e impide absolutamente que el jurado entre en contacto con los antecedentes del imputado. Castiga severamente a aquellos funcionarios que les hagan saber al jurado de condenas anteriores. En el juicio se juzgan hechos, no el pasado del autor. Para un jurado lego es fatal, sostiene, saber que el acusado ya estuvo preso. ¿En qué condiciones puede decidir una duda razonable a su favor? La presunción de inocencia se ve enormemente afectada, y por esa razón, la doctrina legal de la Suprema Corte de los EEUU lo dejó claramente expuesto en el fallo Leonard de 1964.

La regla de common law sobre el secreto del jurado, que le prohíbe a la corte recibir prueba sobre cómo fue la deliberación del jurado con el propósito de impugnar el veredicto, refleja el deseo de preservar el secreto del proceso deliberativo del jurado y **el de blindar al jurado de las**

⁴¹Hendler, Edmundo S., El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas, Editores del Puerto, Bs. As., 2006, pág. 85 y ss.

⁴²Harfuch, Andrés, El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, Bs.As.,pág. 171, 172.

influencias externas. Párr. 48, del voto de la jueza Arbour, en R. v Sawyer(2001)⁴³.

La impresión de que los jurados son fácilmente influenciados por historias o situaciones emotivas o por la lectura que transmiten los medios de comunicación de los hechos más resonantes, ha servido de fundamento de rechazo al sistema de jurados. *Sin embargo, pensar que las emociones, las creencias y las experiencias previas no inciden en las decisiones de los jurados es tan inverosímil como creer que los jueces son ajenos a todo ello*⁴⁴.

Volviendo al tema de cómo influye la tecnología actual en la pretensión de **resguardar la imparcialidad** de los llamados a decidir la suerte de los acusados en juicios penales, sean aquéllos *profesionales o legos*, creo que en cualquiera de los dos casos nos enfrentamos **a problemas culturales y de valores sociales** que nos costarán mucho tiempo remontar, tanto, como ir aggiornando la normativa procesal penal al impacto que la revolución digital y la inteligencia artificial producen en esta temática tan trascendente y sensible para toda comunidad.

Traigo aquí a colación un artículo de John Schwartz para el The New York Times⁴⁵. Luego de hacer referencia a un relevante caso que llevaba ocho semanas de audiencias y que debió ser anulado con disolución del jurado, sostuvo, que *el uso de la tecnología por parte de integrantes de jurados* está causando estragos en los juicios de todo el país, haciendo que se suspendan debates y enfureciendo a los jueces.

Se supone que los miembros de un jurado en un tribunal no deben buscar información fuera de la corte. Se les solicita que pronuncien un veredicto basándose únicamente en los hechos que el juez ha determinado como admisibles, y también se supone que no deben ver pruebas que hayan sido excluidas. Pero ahora, pueden buscar el nombre de un acusado en la red o examinar una intersección utilizando los mapas de Google, violando así las

⁴³Es cita de Harfuch, Andrés en <http://www.juicioporjurados.org/2013/03/inmotivacion-secreto-y-recurso-amplio.html>

⁴⁴Porterie, Sidonie y Romano, Aldama, El poder del jurado, publicación de Inecip, 2018, pág. 55, 56.

⁴⁵ La tecnología complica los procesos judiciales.
http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1110582

complejas reglas del sistema legal. Asimismo, pueden contar a sus amigos lo que sucede en la sala, aunque se supone que deben mantener en secreto sus opiniones y deliberaciones. Un miembro del jurado puede hallar muchos detalles sobre un caso a la hora del almuerzo o en el baño.

Las normas y reglas de comprobación, desarrolladas durante cientos de años de jurisprudencia, están para asegurar que los hechos que se presentan ante el jurado han sido estudiados desde las dos partes opuestas, señaló el profesor Olin Wellborn de la Universidad de Texas. “Esto es lo lindo del sistema acusatorio. Pero lo pierdes todo cuando los miembros del jurado de un tribunal hacen caso omiso de eso”.

5- Conclusiones.

Llegados a este punto, y como bien lo expresa Boni⁴⁶, se puede sostener, que *la prensa y la justicia* de los países democráticos actuales, comparten el *rol de mecanismos de control social*. La justicia lo hace desde el lugar que le asignan las constituciones de cualquier sistema republicano: aplicando la ley a los casos concretos. La prensa posibilita que la ciudadanía conozca- y por ende controle- la actividad de cualquiera de los organismos del Estado. Lamentablemente, continúa, hoy tanto la prensa como la justicia se han desviado del ejercicio estricto de su respectiva actividad: la justicia argentina ha sido afectada por casos de corrupción, denuncias de favoritismos y por la sospecha de que, al menos una parte de los magistrados obedece *las sugerencias del poder político*; la prensa, por su parte, muchas veces manipula, modifica o dramatiza las noticias, distorsionando así el derecho de la comunidad de acceder a una información veraz y objetiva.

Un dato no menor, lo constituye el hecho de que en la última década, jueces y periodistas vienen trabajando sobre el problema, en seminarios y eventos conjuntos. No obstante, creo que se impone una mayor aproximación entre el poder judicial y la prensa. Sus roles son diferentes, pero necesariamente complementarios para la consolidación del sistema democrático. Una mayor

⁴⁶ Boni, María Pía, en Aspectos éticos del periodismo judicial, en recopilación del Curso Anual de Periodismo Judicial 2003/2004, págs. 248 y ss.

aproximación que permitirá conocer mejor las necesidades, problemas y aspiraciones de los jueces y de los periodistas.

En la medida en que este diálogo se potencie y se haga más fluido, la vigilancia ciudadana sobre la actuación judicial por un lado, y la legitimidad social de las decisiones de los jueces, por otro, aumentarán significativamente. En cuanto a la vigilancia ciudadana, en la medida en que la información periodística, sea cada vez más ajustada a la realidad fáctica y técnica de los procesos judiciales, más simple les resultará a los ciudadanos formarse una opinión correcta y actuar en consecuencia⁴⁷.

Un mayor conocimiento recíproco que permita advertir la diferencia que media entre los *tiempos judiciales* y los *periodísticos*; el error en que incurren algunos jueces al prestarse al “cholulismo” periodístico y la falta de respeto a la investidura judicial en que caen ciertos periodistas en su afán por obtener información; comprender las diferencias que existen entre el lenguaje técnico judicial y el del periodista destinado al hombre común; la necesidad de que ambos sectores, jueces y hombres de prensa fomenten la excelencia con motivo de la prestación de sus servicios; que los periodistas no pretendan enseñarle a los jueces cómo se debe juzgar ni los jueces a aquéllos como deben desarrollar su profesión; que ambos deben superar los preconceptos o prejuicios y que no se debe incurrir en generalizaciones. Y, esa aproximación, sin perjuicio de que subsista la relación de tensión a la que hicimos referencia, se impone por una razón muy sencilla: la prensa, para preservar su libertad, necesita de *un Poder Judicial independiente*, y los jueces, para poder seguir siendo independientes, necesitan que exista *una prensa libre*. Los jueces, igual que los periodistas, podrán ser buenos, mediocres o malos, pero sin **libertad e independencia** siempre serán irremediablemente malos⁴⁸.

Alguna vez, Joseph Pulitzer dijo: “El poder para moldear el futuro de una República estará en manos *del periodismo de las futuras generaciones*”.

⁴⁷Charosky, Hernán, en Prólogo a “Jueces y periodistas. Qué los une y qué los separa”, de Héctor Ruiz Nuñez y Pablo Lanusse, pág. 15.

⁴⁸Badeni Gregorio, *Revista de Adepa* de diciembre/99 pag. 23.

No cabe duda que ciudadanos bien informados construyen una mejor sociedad, pero pienso humildemente, que para lograrlo, ello no es suficiente, y que habrá que encontrar los caminos a fin de que uno de los tres poderes del sistema republicano- **el judicial- y el denominado cuarto poder- el periodismo**-confluyan en una intersección y garanticen dos de los principios básicos de la democracia: **una justa administración de justicia y un serio y responsable tratamiento de la información publicada.**