



**Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales**

# **El conflicto de la Libertad de Información y el Principio de Presunción de Inocencia en los Medios de Comunicación: Bases para una solución democrática.**

**Memoria para Optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales**

SEBASTIÁN ALEXIS GONZÁLEZ PARRA

**Profesor Guía** : Luis Felipe Abbott Matus

---

Santiago, Chile.

2018

*Dedicada a Carmen, Pedro, Guillermina y Alejandro.*

*Por haber iniciado este camino.*

*Quizás sin saberlo.*

*Agradecimientos a Francisco, Ximena y Camila,  
por no haber dudado un segundo que esto era posible.*

*A Verónica,  
por ser la compañera en este camino,  
y no haberme dejado nunca bajar los brazos.*

## ÍNDICE

• <b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
• <b>PRIMERA PARTE:</b> El Derecho a La Información	
1. Alcance y sentido del Derecho a la Información.....	11
2. Derecho a la Información como garantía democrática.....	14
3. Situación del Derecho a la Información en el Derecho chileno.....	16
• <b>SEGUNDA PARTE:</b> Principio de Presunción de Inocencia.	
1. El Principio de Presunción de Inocencia. Sentido y alcance.....	20
2. Garantía Procesal con sustento de Derecho Penal Sustantivo.....	22
3. Relación entre culpa e inocencia. Conjugación de los principios en un Estado Democrático.....	22
4. Extensión del Principio. Aplicaciones Extra-Judiciales.....	23
• <b>TERCERA PARTE:</b> El Desarrollo del Estado Punitivo y el Modelo de Sociedad Disciplinaria.	
1. El vuelco al Estado Punitivo.....	29
2. El Rol del Estado en el nuevo paradigma de política criminal.....	36
• <b>CUARTA PARTE:</b> Medios de Comunicación y Política Criminal. La Confrontación de los Principios de Presunción de Inocencia y Libertad de Información.	
1. El lugar de los medios de comunicación en el Estado Punitivo y la Sociedad Disciplinaria.....	41
2. Los medios de comunicación y su relación con la política criminal del Estado Punitivo.....	42
3. Los "Juicios Paralelos". La situación de la Libertad de Información.....	45
• <b>CONCLUSIONES</b> .....	50
• <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	57

## **INTRODUCCIÓN**

Una de las grandes conquistas del nuevo siglo, es la reivindicación definitiva del Estado Democrático de Derecho como estándar de actuación y de formación del Estado. En la organización de las Instituciones que conforman el aparataje estatal se ha consagrado como límite y estándar el respeto al Derecho y la democracia como forma de ejercicio del poder, participación en la toma de decisiones y control de estas.

Así, el Estado Democrático como forma de organización de las fuerzas políticas que confluyen y disputan el poder de los ciudadanos se ha establecido como garantía de legitimidad en la actuación de los Estados del Siglo XXI.

Dicha democracia ha tomado diversas formas y distintos modelos, se han configurado y alzando nuevos paradigmas, derechos e ideas que se sostienen como verdaderos pilares de la democracia, como reales elementos mínimos y necesarios para su efectivo desarrollo.

En esta línea de ideas que dan forma a la democracia se plantean dos elementos que se han alzado hasta el sitio de verdaderos pilares de la democracia moderna (Barata, 2009, pág. 218); dichos elementos son: a.- El Derecho a la información (Aritizabal Gómez, Alvarado Castro, Anaya Suárez, Becerra Romero, & Escárraga, 2014, pág. 200); y b.- el debido proceso y las garantías que lo conforman (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, págs. 65, 79).

De esta forma, por una parte, la libertad de información se arma como una garantía del efectivo control de las instituciones, que permite el ejercicio de la democracia desde la fiscalización (y censura) ciudadana a las instituciones y funcionarios públicos, se construye como derecho que exige transparencia a las actuaciones estatales, y requiere de su puesta en conocimiento público. (Barata, 2009, pág. 219)

Del otro lado, el debido proceso, y todas las garantías que le construyen, en especial para nuestro análisis, el principio de presunción de inocencia<sup>1</sup> en materia penal se abre como un elemento de protección al ciudadano ante su confrontación con el poder judicial y el poder punitivo del Estado, una verdadera defensa contra la actuación del Estado y los posibles apremios ilegítimos a los que se puede exponer de cara al ejercicio de la fuerza monopolizada por el Estado, así como contra condenas arbitrarias (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, pág. 82). En definitiva, son garantías que, en su conjunto, aseguran la acción correcta del aparato judicial, a fin de proteger la libertad del ciudadano (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, pág. 64).

El interés principal que ofrecen estos derechos y garantías antes expuestos tiene relación con que hoy, en los hechos, se ven confrontados en uno de los ámbitos más sensibles para el desarrollo de la democracia en las sociedades modernas, en el periodismo (López Portillo Vargas, 2004, pág. 21). Es en el ejercicio actual del periodismo donde se enfrentan directamente los antes mencionados pilares del Estado Democrático, en especial, en la forma en que se retratan los hechos que pueden ser constitutivos de crimen o simple delito y con ello su posible reproche penal, es decir, en la llamada "crónica roja" (Rosenberg, 2004, pág. 14).

Aquí, en el ejercicio moderno de la actividad periodística, se ven enfrentados el derecho a la información, bandera de lucha y defensa del ejercicio del periodismo, por una parte, y las garantías del debido proceso, en especial la presunción de inocencia, elemento poco comprendido por periodistas y por la sociedad en general (Barata, 2009, pág. 222 y ss), que se alza como una limitante al ejercicio del periodismo.

Así, confrontados ambos pilares del Estado Democrático, ambos de actual vigencia, ambos de verdadera necesidad, resulta lógico hacerse la pregunta ¿será necesaria dicha confrontación?, en otras palabras ¿es un elemento propio del juego

---

<sup>1</sup> Tomamos como elemento central para el presente trabajo el principio de presunción de inocencia pues, siguiendo a Horvitz y López, creemos que constituye un "*principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno*" (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, pág. 79)

de estos principios su confrontación y su naturaleza es su necesidad de ponderación?

Desde otro ángulo, podríamos iniciar con la pregunta ¿de dónde surge la confrontación de dos elementos que parecen armónicos en cuanto conforman en conjunto el mismo objeto?, es decir, ¿por qué dos pilares del Estado Democrático se miran como confrontados?

La respuesta a dichas preguntas puede aparecer del contexto en el que está desarrollándose el avance de nuestra democracia, el momento social, político y cultural que influye necesariamente en la forma en que como sociedad vamos percibiendo nuestras instituciones y nuestro derecho.

Este contexto se encuentra atravesado por elementos que se alimentan mutuamente, ellos son:

1. La Crisis de Credibilidad de las Instituciones (Pásara, 2003).
2. El desarrollo de una verdadera Sociedad Disciplinaria (Foucault, 1988).
3. El Auge de un Estado Punitivo (Wacquant, 2010).
4. El Poder de movimiento de masas de los Medios de Comunicación (Melossi D. , 1992).

A estos cuatro elementos (los cuales, cada uno, por si, daría para un trabajo de ensayo) nos referiremos sucintamente en un apartado de este ensayo, por cuanto construyen el contexto social, político y cultural en el cual se desarrolla la confrontación de los pilares democráticos de la Libertad de Información y el Principio de Presunción de Inocencia como principio integrante de la idea de Debido Proceso en materia penal.

De esta forma, es el ejercicio profesional del periodismo, así como su actor, el periodista, el punto donde confluyen estos elementos, entorno a su eje se articulan estas ideas aparentemente inconexas, y donde se pone en crisis la existencia de dos principios fundamentales de la democracia, como lo son los ya varias veces mencionados Derecho a la Información y Presunción de Inocencia.

Esto es así; es decir, confluyen los derechos y garantías ya indicados en el ejercicio del periodismo; por la creciente importancia que ha adquirido esta profesión, que de la mano del surgimiento y consolidación de la democracia, como forma legítima para la actuación del Estado y sus órganos, se ha vuelto un poder, en el sentido clásico del término, toda vez que es una fuerza social que cumple una función social, ligada al Derecho a la Información, en muchos casos estableciéndose como el agente monopólico<sup>2</sup> en su ejercicio; lo que de la mano de las nuevas tecnologías a prosperado con nuevos impulsos, generando una simbiosis cada vez más compleja entre el periodismo como actividad y los medios de comunicación como canales de transmisión de las ideas y hechos que son recabados por el periodista.

Así, en este punto, podemos observar como nuestra sociedad se encuentra cada vez más atravesada por medios de comunicación (Carrión, 2008, pág. 8), avances de la tecnología que posibilitan la inmediatez entre la fuente, el hecho mismo y el receptor del mensaje, que tornan más complejo el proceso de regulación de los medios, hacen más difusos los controles de veracidad y capacidad de comprobación de las fuentes. Es decir, vivimos en un mundo que se encuentra, desde el Siglo XX en adelante, atravesado por medios de comunicación cada vez más masivos, más intrusivos, más democratizados, pero menos protectores de la democracia.

Ejemplo de todo lo indicado, y un tema que nos va a interesar de cara a la resolución de la interrogante central que explícitamente nos hemos planteados para el desarrollo de este ensayo, son los "*juicios paralelos*". Conocidos de esta forma por la doctrina, los juicios paralelos son verdaderas situaciones de ejercicio ilegítimo de la actividad judicial por parte de los medios; legos se atribuyen capacidades de adjudicación, sobre todo en temas de interés penal, sin más justificación que el uso de su Derecho a la Información, vulnerando todas las

---

<sup>2</sup> Consideramos que las organizaciones de medios, en gran parte de las situaciones, actúan de forma que acaparan la totalidad de los medios de comunicación, actuando de forma monopólica (o a lo menos oligopólica) sobre el Derecho a la Información, en especial sobre su variante de Derecho a Informar.

garantías de un Debido proceso, en especial el Principio de Presunción de Inocencia.

Esto es, entre otros elementos, una muestra patente de que la sociedad que Foucault describía hace ya 30 años (Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión, 1988) se ha transformado en una realidad cada vez más patente, más marcada, cada día una sociedad más Disciplinaria. Somos hoy, tal como decía Foucault, una sociedad atravesada de controles, no oficiales, difusos, que se van entramando y potenciando, atravesando la estructura social (1988, pág. 130). Dichos controles se materializan en instituciones, en la escuela, en el hospital, en la cárcel; pero, también se construye desde los medios de comunicación, en especial de la televisión, en cuanto son los transmisores (sino los creadores) del discurso social, de los cánones morales y sociales. Así, nuestra sociedad, cada vez más se vierte en el camino del control, de la utopía burguesa del orden por la vía del sometimiento de los que son *diferentes* (Foucault, 1988, pág. 310).

De esta forma, y adentrándonos en el terreno de las decisiones políticas y muy especialmente en las decisiones de política criminal, resulta la lógica necesidad de un sistema de controles oficiales rígido, que privilegie ciertos elementos de sometimiento que hagan posible el manejo de las poblaciones disidentes, de los grupos humanos no beneficiados por el sistema económico, en otras palabras, un Estado Punitivo que aumente el control y represión penal, en desmedro de las soluciones integrales que vengan en ayuda de la población general y que profundicen la democracia (Wacquant, 2010) como mecanismo que viene en controlar las *externalidades negativas* que significan la imposición de un sistema económico y el manejo de una sociedad atravesada por la *disciplina burguesa*.

Todo lo señalado, se envuelve en una Crisis generalizada de la credibilidad en las instituciones tradicionales, en especial el aparato judicial (Pásara, 2003, pág. 80), cuyo lugar se ha reducido, en el *sentir* colectivo, a un sistema oscuro de decisiones poco coincidentes con el sentir general, con el *sentido común*<sup>3</sup>, resultado de arbitrariedades y tecnicismos legales ajenos a la comprensión del sujeto común. El ciudadano cada vez más se siente ajeno al Poder Judicial, y en la lógica de un

---

<sup>3</sup> Decisiones que poco o nada tienen de relación con las decisiones que parecen obvias a gran parte de la comunidad.

Estado Punitivo que atraviesa a la sociedad completa, es visto como un órgano de caos y de poca producción penal, un conjunto de personajes que viven una realidad ajena al común del ciudadano y por ello se preocupan de pequeñeces como los derechos humanos y los derechos del imputado en el proceso penal; que van en desmedro de la producción de condenas. La sociedad Disciplinaria y la construcción de la realidad de los medios de comunicación han volcado su mirada sobre la necesidad de venganza ciudadana, la necesidad de reivindicación que siente el ciudadano, quien al sentirse sobrepasado por una sociedad que se preocupa cada vez menos por él.

En este, verdadero choque de realidades, de una realidad jurídica contra la realidad mediática<sup>4</sup> se cruzan, como verdaderos enemigos, por un lado, la Libertad de Información, bandera del periodismo, elemento que permea el quehacer social, para dar autorización al periodista a transparentar las actuaciones (o, según sea el caso, las abstenciones) de los órganos estatales y los funcionarios públicos; cuyos límites deben ser comprendidos desde su función pública, desde el valor que representa este Derecho para el correcto desarrollo de la Democracia, verdadero presupuesto de la participación ciudadana efectiva en el Gobierno y el control del Estado; y por otro, el Principio de Presunción de Inocencia en materia Penal, verdadero límite de la actuación del Estado, una real garantía de trato que exige que cada ciudadano sea tratado conforme al estatus que reviste, corolario de la legalidad de las penas y del monopolio estatal de la fuerza, único sujeto capacitado de declarar culpabilidad e imponer penas.

Hoy por hoy, esta limitación complementaria es cada vez menos ininteligible a los ojos de la sociedad completa, y por consecuencia (quizás, mejor dicho, como causa) en el ejercicio del periodismo, amparado en la libertad de información, cada vez es menos valorada y más borrosa la línea que delimita lo que significa la presunción de inocencia; en tal sentido, cada vez es más común el trato mediático de los hechos que pueden constituir delito como hechos que se revisten de una

---

<sup>4</sup>Bajo este concepto agrupamos a todos los relatos que se producen por medio de medios de comunicación masivos, que en su conjunto van presentado una concepción específica de la realidad. Agrupando bajo el concepto medios de comunicación aquellos comprendidos por el artículo 2 de la ley 19.733; "Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera [sic] sea el soporte o instrumento utilizado."

realidad indiscutible, de una versión única de los hechos, de una verdadera presunción de realidad que se transmite en la narración de los hechos de forma tal que hace parecer innecesario el proceso judicial, replicando deformaciones del proceso, transmitiendo a toda hora y en todo medio elementos que emulan situaciones judiciales, como lo pueden ser, a modo de ejemplo, confrontaciones de testimonios, presentación de supuestas pruebas y elementos que van configurando un verdadero "proceso mediático"<sup>5</sup> el cual carece de todas las garantías del debido proceso, sobre todo de la presunción de inocencia; dando pie a lo que la doctrina comparada ha llamado los "juicios paralelos" (Leturia, 2017), verdaderas formas de ejercicio del Poder de enjuiciar, en formas no previstas por nuestra Constitución, que conformar una trasgresión a los principios democráticos.

Esto, como ya se ha dicho, es resultado de un contexto social, político y cultura, pero ¿realmente es necesario este enfrentamiento?, en otras palabras ¿es consustancial a la esencia de estos pilares de la democracia su enfrentamiento? Esto será el núcleo de lo que trataremos de desarrollar en más, para ello será necesario tratar de ubicar el núcleo de cada uno de estos pilares de la democracia, para ver como ellos han ido avanzando en el contexto de una Sociedad Disciplinaria y en el avance de un Estado Punitivo, con lo que podremos ver finalmente si es un acto de la esencia de ellos su confrontación, o es resultado de tergiversaciones y fuerzas externas que han desnaturalizado su rol. Ello, esperamos, permita abrir nuevas interrogantes que den camino a una discusión cada día más necesaria en cuanto al rol, cada vez más potenciado, de los medios de comunicación en el mundo del Derecho y, por consiguiente, el papel del jurista en la mediación de ambos mundos; en el contexto de una sociedad y un Estado atravesado por elementos poco armonizados con las ideas de democracia.

---

<sup>5</sup> Usamos el vocablo proceso, en su acepción jurídica, como un antagónico del proceso judicial, tratando de expresar que los medios de comunicación han construido verdaderos procesos paralelos.

## **PRIMERA PARTE: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN**

### **1.- Alcance y sentido del Derecho a la Información.**

Para comenzar nuestro análisis, resulta fundamental, como ya se explicó, tratar de definir el núcleo de lo que puede denominarse Derecho a la Información, tratar de comprender su fisionomía y su alcance, a fin de, con ello, poder determinar un ámbito de protección y observar los lugares específicos donde puede tener conflictos con otros derechos, para este caso con el Principio de Presunción de Inocencia, como garantía constitutiva de un debido proceso.

Para esta tarea daremos una mirada al contexto más amplio de libertades garantizadas por el ordenamiento democrático en las que se inscribe la Libertad de Información; a tales efectos debemos recordar que la libertad de información es parte conformante, como señala Nogueira, de la Libertad de Expresión, como derecho que aglutina sobre si dos elementos unidos en relación simbiótica, como lo son la libertad de Información por una parte, y por la otra la Libertad de Opinión (2002, pág. 48).

En este sentido, la doctrina nacional y comparada ha tratado de presentar definiciones específicas para la Libertad de Información, tratando de destacar los elementos que le diferencian, por especificación, de la Libertad de Expresión.

Así, Aristizábal y su equipo de investigación (Aristizábal Gómez, et al., 2014, pág. 207), siguiendo los postulados de la Corte Constitucional Colombiana, dicen que la libertad de expresión es:

*“[la] libertad para divulgar posiciones, pensamientos o informar sobre acontecimientos que cobran relevancia en la vida social. Además de la publicación de información, la Corte ha manifestado que es un arma democrática, pues propende a la creación de crítica y nuevas ideas.”*

Luego, continúan los autores, indicando que no se agota la libertad en la mera divulgación del conocimiento, sino que:

*“[...] cuando se refiere al derecho de información no solo se trata de la divulgación de conocimiento, opiniones o posiciones, sino también a la*

*investigación, es decir, la búsqueda del conocimiento la obtención de fuentes que darán nacimiento a la nueva información”.*

Así, Jörg Stippel, ha dado una traducción a lo anterior indicando que corresponde al derecho a informar y *a ser informados* de los hechos de interés general, con la finalidad de sostener el debate necesario en los hechos importantes de una sociedad democrática (Stippel, 2006, págs. 130-131).

Estas definiciones marcan la tendencia especial que tiene el Derecho a la Información, que actúa como característica distintiva, que le permite apartarse de la libertad de opinión, que perfila sus límites propios y define su ámbito exclusivo.

Dicha característica especial se observa por oposición a la definición de la libertad de opinión, la que podría indicarse, en palabras de Nogueira, como sigue:

*“[...]facultad de que disponen las personas para expresar por cualquier medio, sin censura previa, su universo moral, cognitivo y simbólico; lo que creen, piensan, saben o sienten, a través de ideas y juicios de valor, los que son, por su naturaleza, de carácter subjetivo, pudiendo además difundir e intercambiar dichas ideas y debatirlas con otras personas.”*

(Nogueira Alcalá, 2002, pág. 18)

Continúa el mismo autor (pág. 22) indicando que los dichos protegidos por la libertad de opinión, como integrante de la libertad de expresión, lo son *“por constituirse sobre valores, creencias y juicios subjetivos sin pretensión de afirmar datos objetivos o establecer hechos”*<sup>6</sup> [...]. Ello marca un punto de distancia con la libertad de información, como ya hemos visto en las definiciones antes transcritas.

En suma, debemos comprender la diferencia central entre estas libertades de forma que mientras que la libertad de opinión viene en proteger la libertad humana de formarse ideas, de recoger impresiones y formarse una opinión interna del mundo, sin pretensiones de verdad ni de universalidad, corresponde a la protección al sentir individual respecto de los demás sujetos que le rodean; la libertad de información viene en dar protección, en una relación de simbiosis con

---

<sup>6</sup> El destacado es nuestro.

la libertad anterior, el derecho a recibir información, el derecho a emitir y acceder a la información; es decir, a hechos concretos, datos objetivos y comprobables, correspondientes a la "elaboración de un juicio de ser, de una situación o un hecho comprobable" (Nogueira Alcalá, 2002, pág. 24).

Así comprendida, la libertad de información juega un papel crucial en la construcción de una sociedad moderna, toda vez que permite el control y la revisión de las instituciones y de su actuación. Constituye una verdadera herramienta que permite la formación de la opinión y el examen crítico de los gobernantes (Nogueira Alcalá, 2002, pág. 28), hacer presente su opinión al respecto e influir en las decisiones en la forma en que el sistema democrático dispone para ello.

Por esta necesidad, en defensa de la verdadera democracia, es que en una sociedad como la nuestra cuya inmediatez está cada vez más perdida por la excesiva complejidad de la sociedad y sus relaciones, es menester el desarrollo de una profesión dedicada *exclusivamente* a la recopilación, aglomeración, transmisión y *selección*<sup>7</sup> de hechos relevantes del acontecer político, económico y, en general, social (López Portillo Vargas, 2004, págs. 21-22); así, el rol de los medios de comunicación y del periodista profesional se perfila como una labor socialmente necesaria, puesto que facilita la información desde sus fuentes hacia la ciudadanía, actúa como un canalizador entre las fuentes de información difusas y el ciudadano; más aún si esta labor de *fiscalización* se traduce en una garantía de control de los poderes del Estado, es decir, en una herramienta que posee la ciudadanía para el control de los órganos y funcionarios estatales en el cumplimiento de sus labores.

Sin perjuicio de lo ya expresado, el Derecho a la información es un Derecho cuya anatomía y clasificación en la doctrina y la jurisprudencia internacional se vuelve tarea difícil, puesto que se le ha modelado como un verdadero derecho "de doble vía" (Aritzabal Gómez et al., 2014, pág. 206), esto es, un derecho que tiene

---

<sup>7</sup> Dada la cantidad de hechos que suceden en nuestro país y en el ámbito internacional, todos al unísono, en contraposición al tiempo acotado de un día, es necesario que la transmisión de hechos noticiosos sea selectiva, de forma que permita conocer en mejor medida los hechos de *mayor relevancia*. Este elemento resulta crucial en la labor de los medios de comunicación, y el estudio de los criterios utilizados para ello puede resultar esclarecedor a futuro, cuestión que trataremos de tocar marginalmente en la medida de las posibilidades de este trabajo.

una doble cara en cuanto se vuelve (1) derecho a informar, pero también bajo su ámbito se protege (2) el derecho a ser informado, elementos que configuran las condiciones mínimas que deben mantenerse para asegurar (y poder hablar propiamente de) el derecho a la información.

De esta forma, podemos observar, desde ya, que el alcance del Derecho a la Información abarca desde la producción de elementos y mecanismos de transmisión de la información socialmente relevante, hasta la información misma, en cuanto elemento de la participación democrática, que asegure a sus receptores un mínimo de certeza para poder basar en ella sus decisiones, ideas y convicciones. Es decir, Derecho a Informar libremente, sin censura previa y con la posibilidad de acceder a la información socialmente relevante; pero, con ello, el deber de veracidad e imparcialidad en la emisión y difusión de la información (Aritizábal Gómez, et al., 2014, pág. 208) que asegure la información misma y con ello permita dar fiabilidad a sus receptores en el cumplimiento de su rol.

## **2.- Derecho a la Información como garantía democrática.**

Como ya adelantábamos, la información libre y al acceso de todos es una garantía de participación ciudadana en el Estado Democrático; y en tal sentido, el Derecho a la Información (y su derecho implícito<sup>8</sup>, la Libertad de Opinión) son pilares del buen desarrollo del Estado Democrático. Solo cuando el ciudadano se encuentra, por una parte, educado y, por otra, informado es capaz de ejercer un control efectivo sobre el actuar de los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo, así como ser actor en la defensa de sus propios derechos frente al actuar del Estado.

Así lo han entendido diversos autores, quienes sitúan el Derecho a la Información en un sitial de importancia para la Democracia verdaderamente participativa; en tal sentido, en palabras de Aristizábal, parafraseando a Vargas (Aritizábal Gómez, et al, 2014, pág. 201) *"El derecho a la información tiene un profundo asidero en principios y valores inherentes al Estado Social de Derecho como lo es la participación ciudadana efectiva y directa sobre los asuntos públicos"*.

---

<sup>8</sup> Al respecto, la libertad de información comulga en muchos puntos con la libertad de opinión, la presupone en muchos elementos y en tal sentido también le incluye.

Es una verdadera arma de la democracia, la información es la que permite a los ciudadanos mantener vigilancia y control sobre las instituciones, abriendo paso a una verdadera democracia participativa, donde los ciudadanos sean verdaderos contralores de toda la actividad pública.

Así, este Derecho, debe verse revestido de ciertas protecciones que no permitan desvirtuar su verdadero objetivo, cual es ser una garantía ciudadana frente al poder. Dichas protecciones tienen que ver con evitar la monopolización de los canales de transmisión de información, esto es democratizar los medios de comunicación, evitando que ellos sean controlados por unos pocos o por el propio Estado. La mayor garantía para una democracia participativa es que la información sea libre, sin censura previa y que sea diversa, que se oigan las diversas voces que se dan lugar en el escenario de lo público y común.

Sin perjuicio de lo dicho, el derecho a la información se caracteriza como un derecho de doble vía, esto es un derecho que favorece a ambos sujetos de la relación jurídica; en otras palabras, es un derecho del cual se beneficia tanto el sujeto activo de la información, quien la emite, tanto como el sujeto pasivo, quien recibe la información. Así Aristizábal, y su equipo, reconocen al menos dos facetas del derecho a la información (2014), a saber:

- A. La libertad de divulgar posiciones, pensamientos o informar sobre acontecimientos que cobran relevancia en la vida social.
- B. El derecho a recibir información que facilite y ayude a la definición individual de posiciones culturales, sociales, religiosas y políticas.

Y es esta doble naturaleza del Derecho a la Información, cuyas facetas están vinculadas como dos caras de la misma moneda, la que lo diferencia de la Libertad de Expresión, puesto que el Derecho a la Información posee un papel evidentemente social, potenciando la Libertad de los Ciudadanos y su rol en una democracia activa. Esto, sin dudas, implica una condición en el ejercicio de la Libertad de Información, un verdadero derecho de los sujetos pasivos, cual es el deber de veracidad e imparcialidad (Aritizábal Gómez, et Al, 2014, pág. 209). A fin de que el Derecho a la Información cumpla efectivamente su rol social, este debe ser ejercido por los sujetos activos de forma veraz e imparcial, de forma que los

hechos sean transmitidos con la mayor cercanía a la forma natural de su ocurrencia, libre de valoraciones, pues debe ser el sujeto pasivo quien forme libremente una imagen de ellos; o, a lo menos, que el sujeto pasivo tenga conocimiento de los sesgos periodísticos que le permitan hacer una valoración personal de los hechos.

Sobre este último punto, Nogueira reconoce dos "sub-derechos"<sup>9</sup> (Nogueira Alcalá, 2002, pág. 26) que se encuentran al servicio del correcto funcionamiento de cada una de las caras de la libertad de información.

En esta línea, el autor indica que al Derecho a Recibir información se le corresponde un límite de razonable veracidad (pág. 29) que se configura desde la propia naturaleza del Derecho a recibir información, por cuanto dicha información para ser útil a los fines democráticos de gestación de opinión, debe ser veraz, de forma que se permita la participación en igualdad de condiciones de todos en la vida y actividad pública.

Por otra parte, señala Nogueira, que el derecho a informar e informarse tiene como presupuestos base (pág. 35) la ausencia de impedimentos para el acceso a la información y, como verdadero deber del Estado, el acceso a las fuentes de información. Lo que no es otra cosa que la apertura de las instituciones y agencias públicas, de los poderes que conforman el Estado, lo que se ha concretado en nuestro país por medio de la ley 20.285 sobre el Acceso a la Información Pública.

### **3.- Situación del Derecho a la Información en el Derecho chileno.**

En el derecho nacional, la situación del derecho a la información está regulada desde su origen, en el derecho a la Libertad de Expresión, el que tiene rango de derecho constitucional toda vez que se encuentra contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en específico en su numeral 12, cuando señala:

*"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: [...] 12° La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en*

---

<sup>9</sup> El concepto es propio, y quiere graficar el hecho de ser elementos o derechos que se enmarcan exclusivamente en el correcto ejercicio de otro derecho. Al modo de Derechos instrumentales.

*cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que debe ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.”*

Esta consagración positiva del Derecho a la Libre Expresión, conforme a lo que hemos revisado en los números anteriores, nos permite seguir la línea del Tribunal Constitucional, el que, como indica Pablo Contreras (El Derecho de Acceso a la Información en Chile, 2018, pág. 3) que reconoce que dentro de derechos positivamente consagrados existe la posibilidad de que exista un “*derecho ‘implícito’ en la Constitución, ‘como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático[...]*”, lo que en la línea de lo expuesto permite abrir la puerta al Derecho a la Información, con sus requisitos de Veracidad y de Acceso a la información como verdaderas garantías constitucionales de defensa y promoción de la democracia.

Así, es posible advertir diversos puntos en la regulación constitucional, de lo que se entiende es un verdadero contrapeso a las actuaciones del aparato estatal,

cuanto permite, como hemos reiterado, una verdadera y eficaz supervisión de las actuaciones de funcionarios y órganos del Estado. Esto explica la necesidad del Constituyente de remarcar, a nivel constitucional, la prohibición del monopolio estatal de los medios de comunicación, esto permite que los ciudadanos organizados por medio de instituciones educativas o a través de verdaderas empresas privadas transmitan sus ideas y pongan en el ojo público las actuaciones del Estado.

Todo lo anterior en concordancia con las garantías que consagran los tratados internacionales en la misma materia, y las leyes que vienen a dar sustancialidad a estas garantías, entre las que podemos considerar las leyes 19.733 de libertad de opinión e información, así como la ley 20.285 de acceso a la información pública, ambas en una línea clara de defensa de la libertad y de promoción de la misma, imponiendo estándares de información que permitan a la sociedad sostener la democracia alcanzada.

Así, como indicábamos la Ley 19.733 sobre las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo, conocida como la "Ley de Prensa", que ya desde su primer artículo establece los lineamientos básicos de este Derecho, en consonancia con lo que hemos expresado, indica:

*"Artículo 1º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.*

*Asimismo, comprende el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar, editar, establecer, operar y mantener medios de comunicación social, sin otras condiciones que las señaladas por la ley.*

*Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general."*

Desde ya, es posible advertir una verdadera limitación que alcanza este Derecho, cuya enunciación y redacción puede ser objeto de crítica<sup>10</sup>, sin perjuicio establece uno de los pilares fundamentales, que consagran el carácter social y democrático de este derecho, es decir, la información a la que tienen derecho todos los ciudadanos corresponde a aquella de interés general. Aun cuando este concepto no posee un contenido específico, permite abrir la discusión respecto a los verdaderos límites del derecho a la información, al modo que lo ha revisado Stippel (2006), ¿cuán amparado por el derecho a la información se encuentra un robo?, en sus propias palabras:

*“¿Constituye cada robo un hecho de interés general, y si así fuera, las imágenes del llanto y de la pena de las víctimas constituyen hechos de interés general? ¿Se informan hechos, se difunden ideas al mostrar estas imágenes, o se muestran detalles de la vida privada de una persona que no ejerce funciones públicas? (pág. 130)*

Lo anterior establece un hecho que, al parecer, es más evidente de lo que sugiere en principio su posición tan alzada en el Estado Democrático, esto es que el Derecho a la Información no es un derecho absoluto, por cuanto encuentra sus límites ya en su enunciación antes expresada como límites internos<sup>11</sup>, así como los controles *ex-post* que se puedan realizar por los daños que su abuso pueda causar. Ello establece, desde ya, un elemento para el análisis de nuestro trabajo, existen límites *ex ante* y *ex post*, pero en todo caso corresponde a un derecho que debe enfrentar colisiones y limitaciones por su propia naturaleza.

---

<sup>10</sup> Toda vez que la limitación está propuesta en el Derecho a Recibir información, no en el Derecho a Informar, ello puede generar problemas en cuanto a las limitaciones que se pueden exigir al profesional de la información en el ejercicio de sus labores, toda vez que por la forma de redacción parece que la limitación es solo en cuanto a lo que los ciudadanos pueden exigir que se les informe.

<sup>11</sup> A saber, el límite de veracidad, que impone obligaciones al actor que entrega una información.

## **SEGUNDA PARTE: PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

### **1.- El Principio de Presunción de Inocencia. Sentido y alcance.**

Al tenor de lo expresado por el célebre jurista italiano, Luigi Ferrajoli, si es que existe una garantía primera y fundamental que permita al ciudadano tener seguridad sobre los procedimientos (penales) llevados en su contra, esta es la garantía que constituye el principio de presunción de inocencia (2000, pág. 549).

Es decir, a fin de asegurar realmente los fines de la jurisdicción, debe existir un principio que resguarde *siempre* a los ciudadanos, que proteja efectivamente su libertad y seguridad, frente a los actos de potestad del Estado y sus diversos órganos; esto es la libertad política, que no es otra cosa que la seguridad o la convicción de la seguridad personal, frente a cualquier intromisión o acto arbitrario, sobre todo de los actos de potestad del Estado (Ferrajoli, 2000, pág. 549). Pues, como hemos señalado, es en materia penal donde mayor intensidad tiene el Estado en la intromisión de la vida de los ciudadanos, donde mayor intensidad adquiere el monopolio estatal de la fuerza, donde los ciudadanos privados de la autotutela quedan al desprovisto de la fuerza estatalmente organizada y aplicada por los órganos de seguridad y el aparato judicial.

De esta forma, y con el objeto de dar sustento democrático al *ius puniendi* del Estado, la doctrina ha vislumbrado una serie de principios y garantías que limitan a la vez que justifican este verdadero aparato punitivo. Entre ellos, en materia propiamente penal, podemos encontrar el llamado Principio de Culpabilidad, el que ha sido uno de los mayores avances del Estado Democrático, al reconocer que no basta la mera ocurrencia de un hecho y su vínculo causal con la acción de un sujeto para irrogarle la pena a este, sino que requiere que "*pueda 'culpase' a quien la sufra [la pena] del hecho que la motiva*" (Mir Puig, 2007, pág. 132), lo que en la práctica se traduce en un requisito que debe cumplir el ente acusador y que debe verse satisfecho en sede judicial, cual es que sea *probado* el hecho que existe una imputación de *culpabilidad* al sujeto que se le acusa. Esto nos permite ver una vinculación funcional entre el principio de culpabilidad aquí sucintamente expuesto y el principio, que nos ocupa aquí, de presunción de inocencia.

En lo presente, volviendo al contenido propio del principio de inocencia como garantía del sistema procesal penal, debemos atenernos a la regulación que nuestro derecho hace del mismo, en esta forma podemos encontrarlo en el Código Procesal Penal, en su artículo 4, el cual indica:

*"Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme."*

Lo que se encuentra en concordancia con los instrumentos internacionales reconocidos por el Estado de Chile, que reconocen este Derecho, otorgándole rango constitucional a este principio (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, pág. 78), aun cuando la Constitución propiamente no la consagre en su texto.

Como vemos, nuestro sistema de Derecho reconoce el principio de inocencia, el que debe ser respetado en toda instancia procesal<sup>12</sup>, incluso más allá de los límites propiamente procesales<sup>13</sup>, esto es, debe velarse por su protección incluso fuera de los límites del tribunal; toda persona debe ser *tratada* como inocente hasta que se demuestre lo contrario, en toda instancia de su vida.

Es a este nivel, al hablar del límite que debe tener el principio de presunción de inocencia, donde se produce un encuentro entre lo que llevamos de este mismo principio con el derecho a la información; al menos en la forma en que es retratado por los medios el proceso penal y los sujetos penales involucrados, sobre todo el retrato que se hace de él o los imputados, cuadro que pasamos a describir en lo que sigue y que atenta contra este principio y junto a ello, erosiona las bases fundamentales de nuestro sistema procesal y de la misma facultad sancionadora y punitiva del Estado, cuestión que nos abocará en las próximas partes de este trabajo.

---

<sup>12</sup> Así se desprende de su posición en el Código Procesal Penal, toda vez que se contempla como uno de los principios rectores del procedimiento. Es decir, corresponde a una institución que nace anterior al propio proceso y por ello, rebasa sus límites.

<sup>13</sup> Ello, por la aplicación de los tratados internacionales y la tendencia a la aplicación horizontal de sus preceptos.

## **2.- Garantía Procesal con sustento de Derecho Penal Sustantivo.**

Como ya adelantábamos, el principio de inocencia, propiamente una garantía procesal, aun cuando se justifica por sí en las bases del Estado Democrático, en cuanto es el principio de inocencia el que permite la tranquilidad social de cada ciudadano de saber que su vida no será arbitrariamente interrumpida por el actuar del Estado a través del poder Judicial, sino solo cuando exista un procedimiento judicial garantizado, en el cual no se le tratará ni se le castigará sin pruebas que determinen su efectiva culpabilidad; en otras palabras, el principio de inocencia garantiza a los ciudadanos que el procedimiento judicial será orientado a que el Estado demuestre la culpabilidad del sujeto, protegiendo los derechos del inocente de cualquier acto arbitrario del Estado (Ferrajoli, 2000, pág. 549).

Esto tiene su contra partida en el Derecho Penal Sustantivo, es decir, en las normas del Código Penal y demás leyes vinculadas; en la propia teoría de la pena, al establecer los puntos que sostienen el *ius puniendi* en el contexto del Estado Democrático, la doctrina y la jurisprudencia han observado una serie de principios de los que, como adelantábamos, el principio de culpabilidad es una gran conquista del Estado Democrático.

En este sentido, el principio de culpabilidad puede ser definido como: *"juicio de reproche que se hace al autor por haberse comportado de modo contrario al Derecho, habiendo podido comportarse de acuerdo con él."* (Bullemore, 2007, pág. 35), en este sentido *"La observancia del principio impone la aceptación de que sin culpabilidad no hay delito, de que sin culpabilidad no puede imponerse pena y que el límite y medida de esta es la culpabilidad"* (Bullemore, 2007, pág. 35).

## **3.- Relación entre culpa e inocencia. Conjugación de los principios en un Estado Democrático.**

Así, un ávido lector podrá ya intuir que el Principio de Culpabilidad del Derecho Penal Sustantivo, y el Principio de Inocencia del Derecho Penal Procesal no son necesariamente copulativos, aun cuando ambos son fruto del avance de la ciencia del derecho hacia un Derecho Penal que, en su conjunto, sea acorde y

legítimo dentro de un Estado Democrático de Derecho. Esto es, ambos principios son sustento del *ius puniendi* en el Estado Democrático, pues cada uno, por su parte, viene en dar garantías al ciudadano de la acción judicial y de su racionalidad (en oposición a un Estado Judicial arbitrario propio de las monarquías pre-revolucionarias).

Al respecto, y salvando sus diferentes orígenes y funciones dentro de nuestro derecho, creemos que su existencia, en la versión actual de nuestra legislación y en el estado presente de nuestro Derecho, constituye una existencia simbiótica, por la cual ambos principios vienen en sostener desde áreas distintas del derecho, o más bien, desde momentos legislativos distintos, una misma idea, cual es que el ciudadano debe, y está, protegido de la acción arbitraria del Estado y de su brazo punitivo, el poder Judicial no puede en caso alguno determinar arbitrariamente la imputación personal a título culpable de un delito a uno o más sujetos, sino que debe entender que siempre el ciudadano se encuentra en un estado de inocencia presunta, que sin mediar la prueba de la culpabilidad de cargo del acusador no puede, en forma alguna, extender el *ius puniendi* sobre ningún sujeto; en suma, el ciudadano está protegido de la acción estatal, pues debe comprobarse en sede judicial que las acciones que se le imputan constituyen una conducta contraria al orden jurídico realizada en forma voluntaria, es decir, una posición contraria a derecho en situación que debía y podía comportarse conforme a este.

#### **4.- Extensión del Principio. Aplicaciones Extra-Judiciales.**

Una vez conformada esta simbiosis de principios que vienen en garantizar la libertad del ciudadano y la seguridad de este frente al monopolio de la fuerza estatal, resta ver como sus implicaciones no solo se manifiestan en sede judicial, donde es su asiento natural; sino que, con el fin de hacer verdadero resguardo ciudadano, estas verdaderas garantías consagradas a nivel de principios del sistema de derecho.

Como indica Jordi Nieva (2016, pág. 5) "*la presunción de inocencia se dirige a luchar contra el prejuicio social de culpabilidad*", es decir, viene a ser una verdadera garantía contra fáctica de trato para cualquier ciudadano que se ve

expuesto a la acción punitiva del Estado, puesto que *"el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo"* (Nieva Fenoll, 2016, pág. 5), es por ello que deben extender su nivel de protección más allá del muro de los tribunales, deben atender al trato de todos los ciudadanos y ese trato debe ampliarse, sobre todo, a los medios de comunicación y a su forma de manejar lo que podemos llamar la *noticia criminal*.

En otras palabras, este principio debe aplicarse también a la cobertura mediática de los hechos que constituyen presuntos delitos y su gestión en la investigación policial y el proceso judicial subsecuente. Ello por su naturaleza constitucional, como derecho consagrado, lo que implica su aplicación horizontal como derecho fundamental, en este sentido Montalvo (2012, pág. 117), siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional Español indica:

*"La presunción de inocencia posee igualmente una marcada dimensión extraprocesal. Dicho de otra forma, una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) [sic] para convertirse en un derecho fundamental que vincula no sólo a los poderes públicos sino también a algunos poderes privados (por ejemplo, el poder mediático)"*

Para ver la naturalidad y necesidad de extender los límites que impone esta garantía es importante ver cuán relevante es la cobertura periodística de los hechos sociales, como ellos configuran lo que entendemos hoy por realidad y como esta verdadera situación de juicio que se vive en forma paralela al verdadero proceso judicial influye en lo medular de esta garantía; es decir, como la trasgresión del principio de inocencia en sede extrajudicial puede tener implicaciones en los derechos de los ciudadanos e, incluso, en la forma del proceso, y con peores implicaciones, puede afectar la forma en que los ciudadanos conciben el proceso judicial y altera la opinión que se tiene de las instituciones involucradas, en especial, la imagen del propio Poder Judicial.

En este sentido, acudiremos al análisis realizado para un propósito similar al nuestro que realiza Fernando Carrión (2008, pág. 8), quien observa como la

realidad humana en nuestros tiempos se construye en gran medida desde los medios de comunicación, pues afirma que *“la vivencia diaria -en tanto percepción- es la que construye la realidad; es decir, que se la produce socialmente a través de la comunicación”*.

Tal afirmación se sostiene en la idea que nuestra realidad es indudablemente compartida, y el acto de transmisión de ideas (y con ello de experimentaciones y de realidades) es la comunicación humana, por medio de ella nos es posible percibir el mundo más allá de nuestra limitada experiencia individual. Y en este juego los medios de comunicación poseen un lugar privilegiado para la transmisión y repetición de eventos que se conforman en realidad, en cuanto son experimentados y reproducidos por otros sujetos (lectores, radioescuchas, televidentes, internautas, etc.).

Sin perjuicio de lo anterior, Carrión, sostiene con justa razón, que la realidad que presentan los medios no es una imagen exacta de lo que ocurre en el globo<sup>14</sup>, sino que es *“una producción de la misma [la realidad] a través de una actividad especializada: el periodismo”* (2008, pág. 8); es decir, en suma, gran parte de lo que consideramos *nuestra realidad* es lo que ha pasado por el cedazo de lo que los periodistas han dejado ver, es decir, lo que la actividad periodística organizada a través de los medios de comunicación presenta como realidad.

Y, es sobre este punto donde comienza la colisión con el principio de inocencia, y también aquí es donde comenzamos a explicar por qué es importante extender este más allá de lo meramente jurídico.

Sin intención, por ahora, de ahondar en las razones que llevan al periodismo formal a sobrepasar los límites de la presunción de inocencia; es claro, que la organización actual del periodismo a nivel mundial esquematiza y trata las noticias criminales con una inusitada vehemencia, con un interés cada vez más creciente y con un menor respeto a las garantías procesales, y jurídicas en general, así lo evidencia, entre otros, Tina Rosenberg, quien haciendo uso de una expresión cada vez más arraigada en el ideario norteamericano señala que *“si sangra, encabeza*

---

<sup>14</sup> Y no puede serlo, sería imposible en el estado actual del avance tecnológico y humano dar reproducción cabal a cada uno de los hechos y circunstancias ocurridas en cada metro cuadrado de nuestro planeta.

*las noticias*” (Rosenberg, 2004); es decir, que los noticieros estadounidenses, y con ellos los del mundo<sup>15</sup>, han venido en hacer de la noticia criminal un verdadero espectáculo y forma de entretención. Lo que ha llevado, en no menor medida, a ligar el periodismo a la función judicial, propiamente al proceso penal, a través de los principios de Libertad de Opinión e Información, se han transformado los periodistas en verdaderos jurisconsultos quienes informan, comentan y evalúan los hechos delictivos, los caracterizan de tales, les dan valoración y con ello imponen una versión de la realidad. En palabras simples, es el periodista quien decide cuando debemos entender que una o más actividades constituyen delito, y no contentos con ello, se toman la libertad de atribuir culpabilidades, de señalar al sujeto implicado como “el delincuente”, aun cuando no pese sentencia judicial sobre ellos.

Aquí vemos, lo que podríamos denominar una *justicia paralela*, es decir, corriendo en forma paralela, e incluso anterior, al proceso propiamente judicial, llevado a cabo de conformidad a las disposiciones constitucionales y legales, existe un *proceso paralelo*, liberado de toda carga legal, cuyo acusador, juez, jurado y verdugo, es el periodista y otros sujetos de aparición mediática, o más propiamente, es o son los medios de comunicación.

Los medios de comunicación llevan, conforme a sus agendas programáticas, verdaderos procesos penales respecto a hechos arbitrariamente<sup>16</sup> seleccionados por uno o más periodistas; respecto de los cuales hacen investigaciones carentes de toda protección al imputado, revelando detalles de su vida, haciendo un análisis de su conducta conforme a una cantidad limitada de hechos y, sobre todo, en la mayoría de los casos, presentado al imputado como el autor en términos propiamente penales de un hecho al que atribuyen sin rigurosidad técnica la calidad de delito (Aritizábal et Al., 2014, pág. 223). Es decir, asumiendo la

---

<sup>15</sup> La autora se cierra al universo por ella conocido, los noticieros de Estados Unidos de América, en especial los de la ciudad de Nueva York, pero veremos como el modelo de respuesta al delito y al fenómeno criminal de la ciudad de Nueva York ha sido uno de sus principales productos de exportación desde las postrimerías del Siglo XX. (Wacquant, Castigar a los pobres, 2010)

<sup>16</sup> Usamos con ligereza el término “arbitrario”, pues resultará claro con el correr de estas páginas que la elección de los hechos noticiosos a perseguir no es en absoluto arbitraria, sino más bien es una decisión política, pero aparece arbitraria a estas alturas puesto que no es posible conocer las motivaciones de dicha decisión. Al menos por ahora resulta “arbitraria”.

responsabilidad penal de un hecho de quien es detenido o ubicado en situaciones que parecen delictuales (Rosenberg, 2004, pág. 14).

Todo lo anterior, resulta de sumo preocupante, toda vez que nuestra sociedad está cada vez más descontenta con las instituciones tradicionales, buscando refugio en otras que nacen al alero de poderes fácticos, creando situaciones de evidente tensión en los procesos democráticos e institucionales; en este sentido, el periodista y los medios de comunicación han desplazado paulatinamente a los tribunales, desacreditando sus razonamientos y juicios, para satisfacer una (desinformada) audiencia ávida de condenas visibles (Aritizábal et Al., 2014, pág. 225) sin pasar por filtro alguno de legalidad o constitucionalidad; en definitiva, sin un control real y sin un respeto verdadero al principio de inocencia en instancias extrajudiciales esta presunción se vuelve vana, carece de sentido, y con peores resultados solo lleva al descontento de la ciudadanía frente al Poder Judicial, pues lo vuelve oscuro, ilógico, irracional; si el periodista y los medios de comunicación no respetan las garantías procesales, en especial el trato de inocente a quien se ve implicado en un procedimiento penal, ello solo abre a la confrontación de una realidad social, la de los medios de comunicación, de los titulares descontextualizados y las imputaciones livianas e irresponsables, contra la realidad oscurecida y poco amigable de los tribunales, quienes aplican garantías que llevan a razonamientos que son ajenos a la ciudadanía, que parecen escondidos y en definitiva dejan libres a los delincuentes<sup>17</sup> por excesivo recelo “garantista”.

Hasta este punto, podemos ver como se produce una verdadera confrontación de la libertad de información y del principio de inocencia, puesto que en la manera de comunicar los hechos que constituyen presumiblemente delitos, el periodista y los medios de comunicación vulneran abiertamente el principio de inocencia, lo trasgreden sin cuidado con el fin de llevar toda la información a su público, la verdadera duda en este punto es ¿será necesaria esta trasgresión?, en otras palabras ¿es necesaria la confrontación entre la libertad de información y el principio de inocencia?. Para ello debemos resolver primero el contexto de política

---

<sup>17</sup> Utilizamos esta expresión, tan arraigada en el ideario colectivo chileno, de los “ladrones libres” por las decisiones irracionales de jueces, que grafica el desconocimiento del proceso penal y el provecho que ello sacan los medios de comunicación para generar una imagen distorsionada de la realidad procesal.

criminal en el que se ha cultivado esta batalla, es decir, creemos que es necesario revisar esta confrontación desde la génesis misma, puesto que si ambos elementos son pilares del Estado Democrático resulta poco comprensible que resulten tan antitéticos.

A este punto, baste indicar que para el verdadero desarrollo de un Estado realmente Democrático es necesaria la libertad de información, tanto como es necesaria la presunción de inocencia; de modo que su choque es resultado de la perversión de alguno de estos en el contexto político-punitivo de nuestro país, es decir, en la política criminal desarrollada por nuestro Estado, alguno de los elementos en juego ha cambiado su foco y los ha puesto en colisión.

## **TERCERA PARTE: EL DESARROLLO DEL ESTADO PUNITIVO Y EL MODELO DE SOCIEDAD DISCIPLINARIA.**

### **1.- El vuelco al Estado Punitivo.**

Resulta, o debiese resultar, evidente a estas alturas, que la confrontación existente entre el Derecho a la Información y los principios que constituyen el Debido Proceso, en especial, como hemos dicho, del Principio Presunción de Inocencia es una situación que se desarrolla en términos fácticos, por sobre sus definiciones puramente teóricas; es decir, la colisión entre estos principios democráticos se constituye no por su esencia, sino por el desarrollo y desenvoltura que hacen de ellos las personas en el juego social.

En esta línea, la cuestión fundamental a resolver es; al menos para el análisis específico de este trabajo, dicho de otra forma, la colisión de los principios democráticos ya, varias veces, enunciados en el ámbito del Derecho Penal; ¿cuál es el contexto en el que se desenvuelven estos principios, valga decir, en que realidad material operan los mismos, quizás más claramente planteado como preguntas: ¿cuál es el *dogma* imperante en materia penal y política criminal?, ¿cuál es la cultura política, económica, social y legal que rodea (y matiza) su aplicación?

Estas preguntas nacen de una cuestión fundamental, que ha graficado con precisión Diez Ripollés al tratar de demostrar que el Modelo Penal del Siglo XX, que él define como "derecho penal mínimo" (Diez Ripollés, 2004, pág. 03:2), resulta obsoleto para comprender en forma debida el sistema penal actual. Así, indica el autor, en forma clara:

*"este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales [sic] por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incomprensión social."* (El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, 2004, pág. 03:3)

Así, es claro que es necesario hacer una nueva lectura del contexto sociopolítico que se ha moldeado desde esta nueva configuración, que pueda dar contenido de lo que la sociedad comprende hoy como racionalidad legislativa en materia penal. Resulta imperioso hacer una revisión de los presupuestos que sirven de base a lo que la ciudadanía tiende a llamar "sentido común", esto es las razones y tópicos colectivos, en su contexto social, y revisar como ello da forma, moldea en algún sentido, las decisiones legislativo-penales, político-criminales; en definitiva, como es que se gesta este sentir colectivo que va a dar forma a la respuesta institucional frente al delito.

Con objeto de dar resolución a esa duda, que abre el punto de inflexión para comprender como sería posible salvaguardar ambos principios ya comentados, a fin de robustecer nuestra democracia, sea evitando su colisión o resolviéndola de forma adecuada (es decir, limitando ambos principios en una proporción que tenga en mira el fortalecimiento del Estado Democrático), abriremos nuestro estudio al mundo de lo que Loïc Wacquant ha llamado "*la nueva doxa penal*" (Castigar a los pobres, 2010, pág. 37), es decir, la nueva forma de ver al Derecho Penal y al aparato punitivo del Estado, exportada como la gran solución al *problema de la delincuencia*.

Esta nueva "corriente" imperante en la doctrina penal y criminológica surge, al decir de David Garland (2005) de las variaciones que sufre todo el contexto social, político y cultura, cuyos cambios van a influir en forma directa e indirecta en la forma de pensar el derecho penal, el fenómeno delictivo y con ello las respuestas que la sociedad entiende como propicias. Identifica el autor la caída del "*welfare*", esto es el Estado de Bienestar, y el arribo de una "*nueva estructura de relaciones sociales [...] coloreadas por un nuevo patrón de sensibilidades culturales*" (Garland, 2005, pág. 39).

Se explica esta situación de (no tan) paulatina sustitución de una mirada de derecho penal mínimo, como indica Diez Ripollés, a una mano de hierro firme o "mano dura", tan propia de los tiempos que vivimos, por los cambios que sufre la sociedad, en especial desde mediados de la década de 1970 en adelante (Garland, 2005, pág. 109), cambios que van a alterar todas las reglas del juego.

Dichos cambios, que afectan no solo a la política criminal y reacción con el delito, ni únicamente al plano del derecho penal, sino que vienen en remover todas las bases sobre las que se sostenía el Estado de Bienestar, se destruye la confianza social en las utopías de la ingeniería social, la perfectibilidad del hombre y la fe racionalista de la Ilustración que caracterizaron a las sociedades occidentales del mediados del Siglo XX (Garland, 2005, págs. 71-106). Se sostienen por una reacción acéfala de diversos actores no coordinados que veían en las políticas del Estado de Bienestar, y en específico en sus formas de enfrentar el delito, como la raíz de los males sociales.

De esta forma, sobre la base de tres ideas centrales o “tesis” (Garland, 2005, pág. 133), no necesariamente compatibles, se articuló una “alianza momentánea de los enemigos que acumulaba en enfoque del *welfarismo*<sup>18</sup> penal ahora consolidado” (pág. 134)<sup>19</sup>; dichas ideas fueron:

1. Las prácticas del *welfare* producen resultados perversos e inesperados, lo que construye el aumento y no la reducción del delito. (Tesis de la perversidad).
2. Existe una inexorable tendencia interna del correccionalismo, propio del pensamiento *welfarista*, al fracaso. (Tesis de la futilidad).
3. Todo el aparato punitivo de la época va en directo detrimento de los principios fundamentales de la sociedad, como la autonomía moral, los derechos del individuo, el debido proceso y el Estado de Derecho. (Tesis del peligro).

Así, como observa Massimo Pavarini, en su libro titulado “Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico” de 1980, pero recién traducido el 2002 al castellano<sup>20</sup>, existe una directa correlación entre

---

<sup>18</sup> Por *welfarismo* se entiende, en la lógica del autor, la realización práctica del conjunto de intervenciones sobre la cuestión social estructuradas en el marco de una transformación radical de la forma de Estado producida desde fines del siglo XIX en diferentes contextos, con modalidades diversas, pero que se unifican en ciertos puntos básicos en referencia al “*welfare state*” o Estado de Bienestar; lo que conforma lo que el autor conoce como *Welfare*. (Garland, 2005, pág. 33).

<sup>19</sup> La expresión *welfare* utilizada por el autor en el idioma original, fue mantenida por el traductor a la edición en castellano; ello, explica el traductor, por razón de que su utilización es frecuente en otras lenguas y a fin de evitar las confusiones que podría generar en nuestro idioma con expresiones como “asistencia social”, “ayuda social” u otras semejantes que no dan nociones de la especificidad de las intervenciones sobre la “cuestión social” en el momento histórico y contexto específico en que lo desarrolla Garland. Con ello, la expresión también se adaptó al castellano como un anglicismo, con sus consecuentes adjetivaciones y aplicaciones como sustantivo.

<sup>20</sup> Destacamos este hecho como indicador del notable retraso que presenta el estudio de las situaciones en los circuitos de habla castellana; en especial acá en América Latina.

el pensamiento y la doctrina penal y criminológica y el discurso social de la clase dominante. Indica el autor:

*“El criminólogo, al afrontar también una temática específica –como podría ser la criminalidad juvenil, la ilegalidad de los detentadores del poder económico, el uso de las drogas ligeras, etcétera-, se adhiere –la mayoría de las veces inconscientemente- a un determinado modelo de sociedad, y en particular da por implícita una particular concepción de la ley penal, de las organizaciones sociales y de las relaciones entre los ciudadanos” (Pavarini, 2002, págs. 21-22)*

Con ello intenta dejar claro, lo que Garland trata de expresar en lo que hemos señalado en los párrafos anteriores, esto es, que la ciencia penal y criminológica vienen en reflejar cambios en conjunto con la sociedad. Mismos cambios que se grafican, para la década de 1970 en los puntos que la criminología vio como debilidades del modelo del *welfare*.

Todo esto, se convirtió en el punto de inflexión, sobre el cual la sociedad en cambio de la década de 1970 vino en transformar su visión de los problemas, entre ellos, el problema del delito cobro una nueva significación y con ello se buscaron y gestaron nuevas formas de afrontarlo, sobre nuevos paradigmas. En ello confluyeron dos situaciones que dieron lugar a nuevas ideas en materia criminológica. Nuevas condiciones políticas y sociales y nuevas relaciones raciales y de clase dieron forma a la nueva forma de vida social y económica de finales del Siglo XX (Garland, 2005, pág. 137). El resultado de ello es, como le llama Garland, *“la Nueva cultura del control del Delito”* (2005, pág. 275).

Es este nuevo diseño en la gestión de los problemas sociales, en general, esta nueva *“cultura del control del delito”*, en específico, ha sido un producto de exportación al mundo entero como la mano de hierro que debe acompañar a la mano invisible (Wacquant, 2004, pág. 166) como una verdadera necesidad en el establecimiento del libre mercado, como un resultado lógico y necesario para el control de las poblaciones que no tienen acceso al poder y se encuentran dominadas (Wacquant, 2010, pág. 33).

Esta nueva mirada del poder punitivo es el resultado de una triple transformación (Wacquant, 2010, pág. 33) que ha de sufrir el Estado que quiera abrazar el *milagro del libre mercado*, dichas transformaciones son:

1. Amputación del brazo económico del Estado. La reducción del Estado en cuanto empresario, eliminando su acción como actor en la producción.
2. Retracción de su seno social. La supresión del Estado Benefactor, la reducción de las ayudas y asistencias sociales a un mínimo hipertrofiado.
3. Ampliación generalizada de su mano penal. El fortalecimiento de las instituciones y procedimientos que sostienen el aparato punitivo del Estado.

Esta triple transformación, que sustituye al Estado Social, es el terreno fértil donde puede crecer fuerte una economía y una sociedad neoliberal. Sociedad que en su conjunto recibe transformaciones de todo tipo, que permea en todo aspecto de sus vidas la visión limitada de libertad, reducida a “la no interferencia de entes externos sobre el desenvolvimiento individual” (Stevenson, 2018, pág. 32), en otras palabras una libertad negativa, de abstención del resto sobre la propia persona y sus bienes; y junto a esta atrofiada libertad, se erige un principio de la responsabilidad que, en concordancia con el anterior, cierra sus puertas a cualquier concepto colectivo, sometiendo todo a una responsabilidad personal absoluta (Wacquant, 2004, pág. 60).

Lo anterior, es decir, la Libertad atrofiada y la Responsabilidad individual absoluta son los principales valores que configuran todo el Estado Neoliberal y dan forma a cada una de sus instituciones, en definitiva definen todo al interior del Estado; de ello no es ajena la política criminal, que se erige como la verdadera solución al problema de la delincuencia, la cual han definido sus propios adeptos (y se han dado en difundir como una idea de naturaleza autoevidente<sup>21</sup>) como la política de “*tolerancia cero*” (Wacquant, 2004, pág. 29), la cual tiene como características centrales (Wacquant, 2010) las siguientes:

1. Pretensión de poner fin a una “era de indulgencia” en materia penal.

---

<sup>21</sup> Al respecto, revisar los trabajos Charles Murray, James O. Wilson, William Bratton y otros “científicos” del Manhattan Institute citados por L. Wacquant. (Las Cárceles de la miseria, pp. 26 y ss.)

2. Proliferación de leyes y un deseo insaciable de innovaciones burocráticas y dispositivos tecnológicos.
3. Transmisión de un discurso alarmista sobre la "inseguridad".
4. Preocupación por la eficiencia<sup>22</sup> en la "guerra contra el crimen".
5. Gestión carcelaria basada, exclusivamente, en la regulación (desplazando todo elemento de rehabilitación).
6. Fortalecimiento de la red policial.

Esta nueva cultura se encuentra íntimamente entrelazada con los cambios en la manera en que la producción se ha visto modificada, tiende a una mirada nueva que encuentra su alineamiento con el modelo productivo del capitalismo neoliberal de los 1970 en adelante. Modelo que tiene por necesidad ya no incluir a los sectores pobres al mercado de trabajo, sino que busca una forma de "gestionar la pobreza", cuya lógica es la de la neutralización de los sectores considerados peligrosos o "en riesgo" (Mouzo, 2012, pág. 49).

Sobre este nuevo impulso penal, advierte Diez Ripollés, existe una ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal lo que se expresa en la idea generalizada de que *"hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito"* (2004, pág. 03:16), resultado de la notable mezcla entre las ideas neoliberales y los postulados neoconservadores (Garland, 2005, págs. 171-178) que dan como resultado una política social y criminal de segregación y sesgo hacia los pobres, una exclusión y barrera entre los ciudadanos "decentes" y "los delincuentes" como clases o castas que no pueden tocarse, donde para los unos se extienden las libertades del mercado y el disfrute pleno de los derechos y beneficios del mercado, mientras para los últimos solo se puede aplicar el castigo penal, resultado de su incapacidad de acceder al mercado en forma normal.

---

<sup>22</sup> Destacamos sobre este punto el uso de un concepto naturalmente vinculado a economistas e ingenieros, un concepto que se acerca más a la lógica del manejo empresarial que el manejo político, lo que da luces claras de la orientación que trata de tomar este modelo de política criminal.

Si lo anterior suena conocido para el lector latinoamericano y más al lector chileno, aun cuando el autor hace la descripción anterior a partir del surgimiento del Estado Punitivo en los Estados Unidos de América, es por la razón de que la exportación e implantación del modelo económico neoliberal, también introdujo el modelo de Estado Punitivo, necesario para controlar sus “*externalidades negativas*” (Wacquant, 2010); resultó necesario para las dictaduras latinoamericanas de las postrimerías del siglo XX, y sobre todo para la dictadura cívico-militar de Augusto Pinochet y compañía que obligó a nuestro Estado a someterse a las *bendiciones* del libre mercado, fertilizar el terreno social que permitiera la aceptación del modelo con la puesta en marcha de un plan de destrucción del Estado Benefactor y su suplantación por un Estado Punitivo cada día más vigente y potenciado (Sozzo, 2016), que se alimenta por sí mismo y en una relación autótrofa va gestando su crecimiento y fortalecimiento, por la mitificación que ha logrado introducir en nuestra sociedad. Así lo reconoce Melossi, al indicar que “*Se trataría, pues, de una vieja receta cuya aplicación más reciente es el Chile de Pinochet, laboratorio experimental de los Chicago Boys del neoliberal Milton Friedman*” (Las estrategias del control social en el capitalismo, 1980, pág. 190) en lo que denomina la “*solución liberal-autoritaria*” a la crisis del Estado de Bienestar (1980, pág. 189); misma que coincide con lo que Garland denomina la tensión entre la economía neoliberal y la moral neoconservadora que imperará desde la década de 1970, con posterioridad a la caída del Estado Benefactor (Garland, 2005, págs. 179-233).

De esta forma, al modo de los Estados Unidos, nuestro país tiene su propio bastión de gestión y defensa del modelo de política criminal, tributario del primero, liderado por Fundación Paz Ciudadana creada por el periodista<sup>23</sup> Agustín Edwards Eastman, la cual vino en sostener el Estado Punitivo de la mano de “estadísticas sobre delitos para proponer políticas públicas orientadas a resolver el problema de la delincuencia” (Stevenson, 2018, pág. 28), las que situaron a nuestro país en la órbita de la Seguridad Ciudadana como paradigma de “combate” contra el crimen.

---

<sup>23</sup> Resulta curioso, al objeto de este trabajo, que la principal Fundación impulsora de los lineamientos de política criminal, de tratamiento del fenómeno de la delincuencia y el lugar del aparato punitivo en nuestro Estado haya sido un periodista, dueño de uno de los conglomerados más grandes de medios impresos a nivel nacional.

En palabras de Stevenson, esta inversión de valores, esta nueva *doxa penal* como diría Wacquant es el acto por el cual el Estado y la sociedad completa “Se despoja del imaginario la pretensión de construir una sociedad que asegure derechos universales para otorgarle primacía a los derechos de propiedad, y el sujeto que encarna la amenaza principal para la paz social es entonces quien atenta contra ella: el delincuente” (Stevenson, 2018, pág. 31).

Así, entonces, tal como indica Bruno Lutz en su interpretación de Wacquant “[...]el Estado pasó de ser paternalista, protector y caritativo, a ser un Estado Centauro represor. Al ultraliberalismo económico corresponde una ultra-represión de las incivildades mediante la máxima de ‘tolerancia cero’.” (Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, 2013, pág. 184). El derrotado Estado Benefactor cayó sobre su propio peso (Garland, 2005, pág. 130) y abrió paso a una era de inigualable dualidad; de neoliberalismo en lo económico y neoconservadurismo en lo social y lo moral, lo que trajo como consecuencia, un nuevo paradigma político-criminal, una nueva forma social y una nueva organización del poder para lidiar con los problemas asociados a la conducta delictual (y la pobreza); a ello le llamamos Estado Punitivo, y su fórmula mágica ha sido clasificada como *populismo penal* (Mouzo, 2012, pág. 44).

## **2.- El Rol del Estado en el nuevo paradigma de política criminal.**

Para comprender el rol que asume el Estado en esta nueva forma de gestionar la realidad criminal, es necesario hacer una observación anterior, respecto al contexto social en el que anida el advenimiento del Estado Punitivo; es decir, como ya vimos, el Estado Punitivo se desarrolla a raíz de una necesidad pragmática del modelo económico neoliberal, pero se concreta exclusivamente por estar cimentado sobre un contexto sociopolítico determinado, cual es el modelo de Sociedad Disciplinaria, una forma de organización social que tiene mucho sentido bajo la óptica neoconservadora del Estado Punitivo.

La Sociedad Disciplinaria es un concepto acuñado bajo las ideas del pensador francés Michel Foucault, quien en su publicación Vigilar y Castigar (1988) perfila, desde la historia de la cárcel en Francia, el advenimiento de un nuevo modelo de sociedad, caracterizado por una forma de “*economía política sobre el cuerpo que*

*se aleja del castigo de las sensaciones y pasa a un castigo del alma de los individuos” (Giraldo Díaz, 2008, pág. 83).*

Dicha economía del castigo viene de la mano de nuevas tecnologías y se entronca con ideas del Estado Punitivo, nacida desde el contractualismo de comienzos del Siglo XIX es posible ver como el criminal es concebido como un sujeto que viene a atacar el orden social y por ello es un verdadero enemigo social, un enemigo interno de la sociedad (Foucault, *La Verdad y las formas jurídicas*, 1995, pág. 93), y en este sentido el autor indica que la penalidad viene no solo en hacer castigo de lo realizado, sino que “lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuesto a hacer o están a punto de hacer” (Foucault, 1995, pág. 97).

Es en este lugar donde comienzan a entroncar las ideas del Estado Punitivo como maquinaria política y la Sociedad Disciplinaria como realidad social, puesto que vienen ambos, en una verdadera relación de mutuo fortalecimiento, a detener el avance de un grupo social, de sus relaciones y de sus *virtualidades*<sup>24</sup>. Y en esta búsqueda de verdaderos objetos de represión, de chivos expiatorios del malestar social, se construye un discurso de endurecimiento del brazo penal y una rigurosidad necesaria en el control, control que necesariamente debe ser difuso, que debe esconder al vigilante y mantener a los vigilados en una sensación constante de observación, en síntesis un aparato punitivo rígido (Wacquant, 2010, pág. 49) y un *control panóptico* (Foucault, 1988, pág. 177) (Foucault, 1995, pág. 97).

Es aquí, donde podemos entender el lugar del Estado en esta nueva concepción de política criminal, en esta nueva gestión de la criminalidad, que de la mano del engrandecimiento del aparato punitivo “oficial”, va gestando, o a lo menos permite la gestión de, pequeños poderes, micro-poderes, que se encargan de replicar y fortalecer las lógicas oficiales por medio del discurso y su reiteración, por medio de las disciplinas (Foucault, 1988, pág. 225). En palabras de Foucault:

---

<sup>24</sup> El concepto usado por el propio Foucault es bastante ilustrativo, respecto del objetivo que persigue el Derecho Penal en una Sociedad Disciplinaria (y en un Estado Punitivo), en cuanto la realidad y la comisión de un delito es un pretexto para la sanción sobre el propio individuo y sus posibilidades.

*"La modalidad panóptica del poder – al nivel elemental, técnico, humildemente físico en que se sitúa – no está bajo la dependencia inmediata ni en la prolongación directa de las grandes estructuras jurídico-políticas de una sociedad; no es, sin embargo, absolutamente independiente". (1988, pág. 244)*

Vale decir, las nuevas formas de control que se van gestando al alero de una moral neoconservadora ya no ponen énfasis en la grandilocuencia del castigo, tampoco en el tratamiento de un sujeto patológico con problemas de adaptación en la sociedad, sino que viene en conformarse una nueva estrategia de controles, soterrados, de poca notoriedad, muchas veces en forma independiente al Estado y a quien detenta el control del poder político; tal como indica Melossi:

*"De la misma manera que el despotismo del capitalismo industrial de los primeros tiempos tendió a reproducir la fábrica por toda la sociedad, igualmente el capitalismo democrático de la sociedad de masas alentó un 'cambio maestro' hacia formas de control social más descentralizadas, difusas y desinstitucionalizadas" (1992, pág. 162).*

Nos encontramos, de frente, con un retorno a valores conservadores de orden y seguridad, un retorno a viejos tópicos que en cierta forma han sido rescatados del lugar en que fueron escondidos, para resurgir de la mano de esta nueva economía que junto con promesas de libertad viene en asegurar nuevos e insospechados niveles de inseguridad popular (Stevenson, 2018), un miedo generalizado, un pánico colectivo resultado de las propias nuevas relaciones económicas (Garland, 2005).

Todo lo señalado tiene especial repercusión en la forma en que se organiza y se concibe el Estado, qué es lo que es permisible y cuál o cuáles son los límites infranqueables del Estado de Derecho. ¿Cuáles serán los pilares del Estado?, ¿qué derechos estimaremos absolutos, o a lo menos superiores a otros a la hora de ponderar? Todas estas son situaciones que van a variar en cuanto varíen los paradigmas sociales, la estructura misma de las instituciones puede modificarse, en forma revolucionaria cambiándolas de raíz, o a modo de reforma, variando en mayor o menor medida su composición interna.

Aquí, por necesidad, debemos detenernos en el efecto que tienen estos cambios en la visión de las garantías que conforman el debido proceso en el Estado de Derecho. La nueva lectura social y el nuevo enfoque político criminal apareja consigo una mirada del debido proceso diferente a lo que acostumbra a mirar la escuela garantista del derecho penal mínimo.

Es en lo que Jakobs llama "derecho penal del enemigo" (2003) que es posible observar el paulatino esclarecimiento del sentido que adquiere el derecho penal y como con ello se desvanecen las garantías para una clase de sujetos, para "los delincuentes" quienes son excluidos del común, son marginados del halo de protección del derecho, para ser desprovistos de la mayoría de las garantías que este le ofrece a los ciudadanos. De forma que, en una ambivalencia, vendrá el derecho a exigir al sujeto, en tanto persona, su responsabilidad individual, pero junto con ello lo expulsará de la comunidad como una fuente de peligros, un enemigo (Jakobs, 2003, pág. 21).

Constituirá esta la base de pensamiento de la nueva criminología del Estado Punitivo, de la Sociedad Disciplinaria; vendrá en observar a los sujetos a través de múltiples controles invisibles, que tratarán de adecuar al sujeto a las nuevas necesidades sociales y productivas, para actuar en caso de quebrantamiento como un brazo de control y segregación, tomará bajo su control al sujeto, al enemigo, para excluirlo en recintos de privación total que permitan suprimir la amenaza.

Todo esto, en una posición de retórica, por sobre una verdadera solución que sea eficiente, una verdadera situación de efectos especiales que administra el poder político con el fin de generar la apariencia de seguridad a los ciudadanos, una maquinaria orquestada para apaciguar miedos e inseguridades, que se sostiene sobre la base de los mismos miedos construidos en base a la marca, al estigma de un grupo específico de la población, de aquellos que no han podido incorporarse al movimiento del mercado (Mouzo, 2012, pág. 47).

En suma, el Estado asume una gran forma en la formación de un poder de represión punitiva, que es resultado del impuesto modelo económico; pero, también se vale de pequeños micro-poderes, que están fuera de su control directo, pero se alinean por medio de las disciplinas sociales y los valores socialmente

ensalzados, teniendo por objetivo el grupo de la población que más afectado se ve por las externalidades negativas del mercado, un control sobre los costos del neoliberalismo (Stevenson, 2018); configurando una red de control de mayor espectro, de más y mejor difusión, de permeabilidad más detallada, en la que se insertan con gran facilidad, y con privilegiado lugar como veremos, los medios de comunicación.

Se transforma el Estado, en lo que Mirjan Damaska (2000) conoce como un Estado Activista, en cuanto se fortalece el poder de injerencia Estatal, aun cuando para efectos económicos se convierte en un Estado Reactivo o disminuido. Esto porque para quienes están en posibilidades de incorporarse al mercado no deben existir restricciones, conforme imponen las doctrinas neoliberales; pero, para aquellos que quedan excluidos del mismo, debe aplicarse una política de control, en la cual el Estado debe influir, como gendarme del mercado. Y con ello, dos caras se pueden observar, la cara de los derechos y garantías civiles para quienes pueden acceder al mercado, y para los excluidos, para los pobres, el brazo firme del Estado, sin posibles límites, sin garantías; en síntesis, las garantías procesales del pobre, equiparado a delincuente en este nuevo paradigma social (Mouzo, 2012, pág. 46), deben ceder siempre frente a los intereses de Seguridad (del mercado y de sus usuarios/clientes).

## **CUARTA PARTE: MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y POLITICA CRIMINAL. LA CONFRONTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.**

### **1.- El lugar de los medios de comunicación en el Estado Punitivo y la Sociedad Disciplinaria:**

Tal como hemos adelantado en páginas anteriores, el lugar que tienen los medios de comunicación, de cara al ascenso del Estado Punitivo y en el seno de la Sociedad Disciplinaria es de alto privilegio.

Ello por un elemento crucial de los medios de comunicación cual es la masividad de los mismos, su extensión por la población y su capacidad de transmisión (López Portillo Vargas, 2004, pág. 22) y generación de ideas (pág. 23). Pero, también se refuerza en un verdadero círculo virtuoso por la misma economía neoliberal, de la cual los medios de comunicación no están exentos y son, por tanto, uno más de los mercados “libres” que se regulan por sí<sup>25</sup>, gracias a la mano invisible que empuja a todos los actores del mercado de la comunicación a velar por la conquista de auditorios que genera rentabilidad (Rosenberg, 2004).

En esta situación, los medios de comunicación se erigen como los verdaderos sostenedores del discurso social imperante, los transmisores de ideas y gestores de políticas públicas destinadas a la solución de los problemas que ellos mismos han puesto en la palestra, es decir, son la voz y conciencia de la sociedad, o, más bien de quienes tienen el control de los medios (Fuentes Osorio, 2005, pág. 37).

Son los medios de comunicación, y los agentes especializados en la recopilación, selección y transmisión de la información – los periodistas profesionales – quienes van configurando la realidad por medio de los reportajes e informaciones que van presentando al público. Con ello se transforman en el ojo omnipresente del *Leviatán*, con los avances tecnológicos del siglo XX y XXI se ha posibilitado una forma antes impensada de hacer periodismo, que traslada la información de todo el mundo al instante, que permite configurar una verdadera

---

<sup>25</sup> Al respecto, no podemos desconocer la existencia de una amplia regulación gremial, a nivel de controladores de medios, a nivel de medios en específico y de profesiones involucradas a ellos; p.ej. el código de ética del colegio de periodistas.

globalización de la información, que permite estar *literalmente* en cualquier lugar, en todo tiempo; una vigilancia social diseminada por el propio cuerpo de la sociedad, sin rostro, un *panóptico*.

Son los medios de comunicación la nueva plaza pública, el lugar donde se concreta el castigo social (Stippel, 2006, pág. 133) que se entiende debe aparejar a la sanción penal en el ideario del castigo expresivo (Kindhäuser & Mañalich, 2009, pág. 70), el nuevo aparato tecnológico de control y vigilancia que permite ver sin ser visto. Constituyeron, como indica Garland, una importante transformación del mundo por cuanto modifican la experiencia humana, así señala:

*"La visibilidad de eventos e individuos dejó de depender de la existencia de una experiencia local y directa compartida y, en cambio, pasó a depender de los medios de comunicación y sus decisiones respecto a qué transmitir y cómo hacerlo"* (Garland, 2005, pág. 153).

Sobre este último punto, sobre el poder de decisión que tienen los medios en relación que es lo que transmiten, que es lo que muestran y sobre todo como hacen esa transmisión, es importante destacar el trabajo de lo que se ha llamado la teoría de la *agenda setting*, que en grandes rasgos implica que las noticias nos dicen que pensar, pero van más allá y nos dicen como pensar en ello (Checa, Cabalin Quijada, & Lagos Lira, 2008, pág. 48), traspasando así el contenido de su propia agenda a la agenda pública (Rodríguez Díaz, 2004, pág. 16).

## **2.- Los medios de comunicación y su relación con la política criminal del Estado Punitivo.**

*"La descentralización, difusión y desinstitucionalización de las formas de control social caracteriza a la sociedad de masas en el capitalismo democrático. Estas formas caminan sobre la construcción colectiva de significados producidos mediante el discurso [...]".* (Melossi D. , 1992, pág. 164)

Al iniciar este apartado hemos querido usar esta misma frase que establece de la forma más gráfica posible, a juicio nuestro, la forma en que se articula el

poder en nuestra sociedad, que demuestra la relevancia de todos los actores en ella, como agentes del control social que antes describíamos en la lógica de Foucault como micropoderes. Esto por cuanto creemos que las formas en que se relacionan los medios de comunicación con la política criminal del Estado Punitivo tienen directa relación con esta lógica de control del discurso que otorga significados colectivos a los hechos, como dice Darío Melossi.

En esta línea, y sobre la misma idea López Portillo (2004, pág. 26) indica que “[...] *el discurso provee una base de etiquetamiento, de construcción maniquea que hace de las sociedades escenarios donde hay conductas que se castigan y conductas que se reconocen*”, lo que, en otras palabras, trata de definir que las conductas reprochables, y en su máxima expresión los delitos, son el resultado de diferentes controles que han replicado y transmitido un discurso de lo reprochable, de lo que se ajusta y se desajusta de la norma. Es decir, los medios de comunicación, como agentes transmisores del discurso “*funcionan como intérpretes que significan el desvío y al desviado, desde luego, en atención a los fines discursivos del Estado en su función de castigar.*” (López Portillo Vargas, 2004, pág. 27).

Aquí, ya es posible ver el impacto que crean los medios de comunicación en la sociedad toda, ello porque:

*“[...]la cultura de los medios de masas resulta eficaz precisamente porque no ha sido inventada por nadie, sino que es resultado de la competencia democrática [sic] en pos de la determinación de la esfera del significado social. Únicamente por esta razón la masa del pueblo puede reconocer como su cultura y, en consecuencia, se puede convertir en auto-control – que es el secreto de su eficacia”* (Melossi D. , 1992, pág. 247)

Es, de esta forma, que podemos ver como los medios se perfilan como verdaderos agentes “no oficiales” del control, como un micropoder, cuyo agente personal, cuya persona natural que concreta sus actitudes es el periodista, pues, como indica Quesada

*“Mediante el ejercicio profesional del periodismo, los medios informan de qué pasa en el mundo y facilitan que los usuarios puedan construir en sus mentes una determinada imagen de la realidad”* (Los medios de comunicación y la percepción de la inseguridad, 2008, pág. 15)

Pero, todo esto ya lo hemos dicho, la pregunta real a este punto es ¿cuál es la realidad que construyen los medios en el contexto de un Estado Punitivo? Y dicha pregunta puede ser respondida con una palabra, simple, pero llena de contenido: Inseguridad.

Como ya veíamos, la realidad siempre pasa por el cedazo de la prensa, nuestra realidad se construye desde lo que nos muestran y los medios de comunicación son actores privilegiados para ello. De ello que sea relevante el estudio de su producción con el fin de ver como se compagina con la política criminal del Estado Punitivo, la que decíamos tiene una clara orientación hacia el aumento del aparato punitivo del Estado, en sentido del endurecimiento e inflexibilidad de las penas, del aumento de los castigos reduciendo los límites de tolerancia y aumentando su intensidad.

Para lograr los objetivos antes dichos, el mercado de las comunicaciones, por razones que pasan desde decisiones políticas<sup>26</sup> hasta (y no sin relación con lo anterior) decisiones económicas, en cuanto a alcanzar mayores cuotas de audiencia que se traducen en réditos económicos para el medio en cuestión (Rosenberg, 2004, pág. 17).

Todo ello ha llevado a los medios de comunicación a una verdadera “ola” de noticias “criminales”, una verdadera sobrepoblación de noticias con violencia explícita que tiene por función 1.- ganar audiencia y 2.- incrementar la sensación de inseguridad (Quesada Pérez, 2008, pág. 18).

Esta inseguridad alcanza diversos resultados, toma diversas aristas y se apodera sobre dos ámbitos del sistema de aplicación de normas penales, en formas abiertamente antagónicas, como indica Barata *“Con el sacrificio de las garantías*

---

<sup>26</sup> Así, los medios relacionados al empresario Agustín Edward Eastman, por vocación de su dueño se relacionan ideológicamente con Fundación Paz Ciudadana y sus orientaciones de Seguridad Ciudadana. Ver (Stevenson, 2018)

*más elementales del derecho penal se quiere transmitir a la sociedad una imagen de eficacia policial y, en otros casos, presionar al juez en la apertura del periodo de instrucción” (2007, pág. 36).*

Es este el profundo sentido de inseguridad al que nos queremos referir, puesto que, por una parte viene en dar a los ciudadanos inseguridad sobre la propia realidad, creando un miedo creciente al delito, producto de la sobreabundancia de noticias sobre el tema que solo distorsionan la realidad; mientras que por otro lado viene en dar inseguridad sobre el Poder Judicial, sobre los jueces y el sistema penal completo, pues aparece como insuficiente para el “combate al delito”, aun cuando “se doblan y triplican los esfuerzos de las policías”.

Así, en suma, podemos apreciar que el ejercicio de los medios se orienta única y exclusivamente a la producción de una inseguridad generalizada sobre los puntos más sensibles del sistema penal, sobrepasando o derechamente abusando del legítimo derecho a informar que tienen, utilizando la libertad de información como un verdadero escudo contra cualquier pretensión de racionalidad, presentando el delito como “*algo ajeno a la sociedad, que siempre debe sorprender*” (Pontón Ceballos, 2008, pág. 124).

### **3.- Los “Juicios Paralelos”. La situación de la Libertad de Información.**

De esta forma, llegamos al punto crucial de nuestro trabajo, donde vemos enfrentados el Principio de Presunción de Inocencia con la Libertad de Información, ambos pilares de un Estado Democrático. Cuestión que como hemos visto, se ha visibilizado, sobre todo, en el ejercicio del periodismo en los medios de comunicación de masas.

Ante tal situación, la doctrina ha desarrollado un concepto, que define esta verdadera función jurisdiccional que vienen ejerciendo los medios en forma ilegal, pero claramente acorde a las orientaciones (no oficiales) de un Estado Punitivo. Han llamado a estos juicios mediáticos, a estos procesos penales ocurridos en espacios de comunicación de masa, los “juicios paralelos”.

Al respecto, Leturia siguiendo a Bravo, indica que los juicios paralelos son:

*“aquel conjunto de informaciones sobre un asunto sub iudice, con las que los medios de comunicación pretenden examinar y valorar el proceso, las pruebas practicadas y a las personas implicadas en los hechos sometidos a investigación”.* (2017, pág. 24)

Indica enseguida que:

*“supera la dicotomía justicia-prensa para convertirse en un conflicto entre la libertad de opinar e informar acerca de los procesos judiciales en curso y los derechos del acusado”.* (Leturia, 2017, pág. 24)

En otras palabras, conforme vemos en Leturia, los juicios paralelos son elementos presentes en las acciones comunicativas llevadas a cabo por y dentro de los medios que tienen por objeto examinar y valorar el proceso, sus pruebas y los sujetos procesales, lo que se traduce en una verdadera actividad judicial sobre la propia judicatura, una suerte de meta-proceso, que *sin base técnica* trata de emular los procesos judiciales con el objetivo de inducir *“a un veredicto anticipado de culpabilidad [...] lo que vulnera la presunción de inocencia [...]”* (Leturia, 2017).

Sin perjuicio de lo anterior, el concepto de *“sub iudice”*, es decir la necesidad de existir un proceso judicial, es matizado por el propio autor cuando señala *“[...] requiere la existencia de un proceso judicial entendido en sentido amplio. Es decir, abarcará la etapa judicial propiamente tal, la de sumario, e incluso el tiempo que transcurre entre la comisión del delito y el inicio de cualquier investigación oficial”* (Leturia, 2017, pág. 27); cuestión que, con las adaptaciones necesarias al léxico de nuestro sistema, implica que habrá juicio paralelo siempre que los medios de comunicación traten de examinar y valorar el proceso, las pruebas y los sujetos involucrados en un hecho con potencial de constituir un crimen o simple delito, desde que ocurre su comisión, hasta la verificación efectiva de la audiencia de juicio oral (si es que esta llega a ocurrir).

Estos juicios ocurren en el marco de la nueva sociedad Disciplinaria, toda vez que el periodismo actual no ha sido capaz de tomar consideración o internación de elementos propios de la Democracia. En otras palabras, es responsabilidad del periodista en el ejercicio de su profesión que esto suceda, porque no han sido

capaces como gremio de hacer eco profundo de las Garantías del Proceso, ni tampoco de los Derechos Humanos como elementos transversales a la sociedad, más allá de los límites del proceso.

En este sentido, debe observarse que como indica Marco Lara (2008) para el periodismo mexicano existen una serie de síntomas de precariedad intelectual, ética, laboral y profesional del grueso de los periodistas policiales (pág. 63), ello, con sus matices, es aplicable al resto de América Latina. Existe una situación de desconocimiento (negligente o doloso) del real sentido de nuestro sistema procesal, así como los derechos y garantías que involucra, más aún cuando se trata de una explicación correcta y una concepción adecuada del concepto y contenido de lo que llamamos Derechos Humanos.

Esto, la falta de claridad y precisión periodística a la hora de abordar temas relacionados a hechos con connotaciones de crímenes o delitos constituye el nicho sobre el que se sostiene el surgimiento de los juicios paralelos. En otras palabras, un juicio paralelo, tal como lo hemos definido en estas páginas, tiene su sostén en la falta de preparación que tienen, en forma general, los periodistas frente a las garantías procesales que sostienen el sistema procesal penal, y la errada concepción que transmiten de los Derechos Humanos. Lo que, por sí solo, constituye un grave problema en la mantención del Estado Democrático, toda vez que son los medios de comunicación los que van moldeando los intereses, opiniones y muchas veces la conducta de las masas (Checa, Cabalin Quijada, & Lagos Lira, 2008, pág. 48).

A este punto, y como ya hemos venido adelantado en varios pasajes anteriores, lo relevante es como estos procesos judiciales verificados en los medios, so pretexto del ejercicio de la libertad de información, dañan o atentan contra el principio de presunción de inocencia. Es decir, como es qué el juicio paralelo se constituye como el escenario mismo de colisión de estos pilares del Estado Democrático.

Al respecto recordaremos que el principio de presunción de inocencia se perfila como un principio que tiene dimensiones más allá de los límites del proceso, es decir, una dimensión extrajudicial que debería permear cada una de las áreas

de la relación de los ciudadanos. De esta forma debe incluirse la actividad de los medios de comunicación, como señala Barrero:

*“una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula no sólo a los poderes públicos sino también a algunos poderes privados (p.ej. el denominado poder mediático), y que es de aplicación inmediata”* (2001, pág. 180).

Sobre este punto es importante ver el inminente en el peligro que se somete al ciudadano acusado de un delito o simplemente detenido, puesto que como hemos visto en los puntos anteriores, los medios de comunicación con la mira en sus propios fines no se limitan en forma alguna con las garantías procesales contempladas por nuestro ordenamiento. Como señala Cortés:

*“la expresión juicio paralelo bien puede referirse, no sólo al hecho de que el proceso se trate de sustanciar en una sede alternativa heterodoxa, sino, además, con base en unas normas ignotas y espontáneamente creadas, que huyen de aquellas que han sido promulgadas por los cauces constitucional y legalmente establecidos”* (2003, pág. 140).

Aquí, entonces, el principal problema que vemos en esta situación. Un juicio paralelo viene en concordancia con los objetivos del Estado Punitivo, a ser un mecanismo de control social, que establece una penalidad alterna a la democráticamente establecida, viene a ser en términos de Sociedad Disciplinaria un mecanismo de micro-poder, que se caracteriza por emular las lógicas judiciales, pero que se aleja de las mismas en cuanto a sus limitaciones, con pretensiones de eficiencia y generando como correlato una sensación creciente de inseguridad en la población, inseguridad que se configura entorno a la figura del delito y del delincuente, que en su conjunto actúan como chivo expiatorio de los males de la economía neoliberal.

De esta forma, al decir de González, según Carrión (2008, pág. 12) *“el delito cumple una función socialmente útil al permitir que la ansiedad sea reemplazada por la indignación”*, de forma que, como el propio Wacquant indica *“la pobreza del Estado Social en el marco de la desregulación necesita exige la grandeza del Estado Penal”* (2010, pág. 49) situación que solo se vuelve realizable cuando la población percibe la delincuencia como un fenómeno que se escapa de las manos, como un verdadero fenómeno incontenible que requiere nuevas medias, una nueva *doxa penal*, potenciada por los medios que prescinden de toda limitación democrática.

## **CONCLUSIONES:**

Al entrar en el cierre de este ensayo que, como ya indicamos, tiene las modestas pretensiones de abrir el camino a una discusión que debiese tener un espacio mucho mayor, hemos de poner algunos puntos que siendo conclusiones de este trabajo, aparecen más bien como nuevas aperturas e interrogantes; y es grato que así sea, puesto que entendemos que este es un tema cuya delicadeza requiere una ardua e intensa discusión, un análisis mucho más pormenorizado de la mayoría de los puntos que se indicarán y, en definitiva, es una verdadera invitación a la investigación en las relaciones que tiene el periodismo con el Derecho y como esto configura (o distorsiona) directamente nuestra Democracia.

### **1.- Los medios de Comunicación, Libertad de Información y Democracia.**

#### **A.- Los medios de comunicación como defensores de la democracia.**

Como primer elemento de conclusión, y casi como un corolario no presupuestado de la misma, cabe destacar la posición que deberían asumir los medios de comunicación en el desarrollo de una verdadera sociedad democrática.

Como se explicó, resulta importante para una sana democracia, que los ciudadanos que la viven se encuentren efectivamente informados, que se desarrollen en ella con la cantidad de información de las actividades de los órganos públicos que les permita el desarrollo de una crítica y evaluación de sus actividades que realizan dichos órganos, sus hechos y abstenciones, su funcionamiento.

No es posible pensar en una democracia plena, sin acceso libre a la información, donde el Estado se abstenga del control de los medios y de sus publicaciones; pero que, además, esté abierto a la entrega de información a todo aquel que lo requiera, que tenga los niveles de transparencia y libertad de expresión que permitan una verdadera transmisión de toda la información relevante para el ciudadano.

Así, entonces, resulta menester para la democracia una efectiva defensa y ejercicio de la Libertad de Información. Y sobre este punto, son actores privilegiados (y por lo mismo de mayor interés de estudio) los medios de

comunicación, los que, por su masividad, por su impersonalidad, son un elemento de alto impacto en las masas del pueblo.

Ello nos abre la puerta para realizar una revisión crítica de los niveles normativos y los elementos que constituyen el marco regulador de la libertad de información en sus facetas de libertad de informar, tanto como la de ser informado.

### **B.- La libertad de información, requisitos para los medios de comunicación.**

Como se ha dicho, el Derecho a la libertad de información, y más ampliamente la libertad de expresión, no son derechos absolutos e ilimitados; está en el interior del contenido propio del Derecho a la Libertad de Información una consustancial limitación, constituida por el Deber de Veracidad.

De esta forma, los Medios de comunicación, de cara a su deber social en el ejercicio de la libertad de informar y con ello, de sostén de la Democracia, se ven compelidos por un importante deber de veracidad que debería limitar su actuar.

El correcto ejercicio de la Libertad de Información imprime un deber en el agente que informa, un deber de actuar con el recelo necesario para imprimir en la información un mínimo de veracidad; con ello se permite a los receptores de la información dar lugar a configurar correctamente su propia opinión, alejada de distorsiones cognitivas, hayan sido estas últimas intencionadas o no.

A este respecto, resulta un espacio especial de investigación no solo el contenido de dicho deber, cuestiones que deben ser revisadas por la ética profesional del gremio, sino (más importante para el mundo de los juristas) hasta dónde puede llegar el alcance normativo de dicho deber; o, si se quiere, saber si es posible llevar dicho deber a niveles de exigencia normativa y como esto afecta su ejercicio.

### **C.- La libertad de información, requisitos para el Estado.**

Con menor intensidad en este trabajo se ha hablado de los requisitos que impone la Libertad de Información para el Estado, sin perjuicio de ello, es evidente que un requisito para su real ejercicio, y consecuencia también del Deber de

Veracidad, es que el Estado esté abierto a transmitir la información de sus agentes y órganos; un Estado que sea transparente con su propia información es requisito fundamental de la Democracia.

En este punto nuestro país ha venido en un avance en tal dirección, con la Ley 20.285 sobre el Acceso a la Información Pública, la que sin dudas no es perfecta y tampoco soluciona todos los problemas que se generan sobre el acceso a la información de los agentes y órganos estatales.

Y, aunque ya existen intentos académicos de hacer una revisión de dicha normativa, no es menor el análisis que puede abrirse al momento de entender que este deber es una herramienta de autolimitación del propio Estado, pero que se presta al servicio de una Democracia plena. Es decir, será importante mirar cual es el alcance de dicho deber en el contexto de un Estado de Derecho y sus funciones para la democracia, en sentido de saber que tan profundo cala en los valores del Estado y como su concreción garantiza el ejercicio de la plena ciudadanía.

## **2.- Los medios de Comunicación y el Principio de presunción de inocencia.**

Al analizar el otro principio que ha servido de polo en este trabajo, a saber el Principio de presunción de inocencia, podemos observar que la relación de los medios de comunicación y el principio de presunción de inocencia se encuentra, en los hechos, dañada. Al respecto, los juicios paralelos han venido a dar la alerta de su transgresión y abandono.

El principio de presunción de inocencia es, por lejos, uno de los principios más trasgredido, olvidado o menospreciado por parte de las judicaturas mediáticas, quienes, con objetivos muy alejados de la justicia en el caso concreto, vienen a dar por ciertos los hechos que constituyen meras presunciones policiales y por dar por culpables a sujetos que, sin garantías, han sido sometidos a su escrutinio lego; es decir, en su mera existencia se constituyen en flagrantes trasgresiones al Principio de presunción de inocencia.

Así, un principio que debería ser un real limitador de la acción de todas las personas, en cuanto al trato que debe darse a todo ciudadano, y sobre todo a aquellos que se han visto expuestos a la acción punitiva del Estado, antes de su

condena, se ha convertido en el foco de los ataques de las judicaturas constituidas por los medios, que, haciendo eco de los sentires populares más guturales, expresan en el Principio de presunción de inocencia gran parte de los males y fracasos del sistema. Se observa que esta garantía, y las que le acompañan en el Debido proceso, son vistas como un beneficio para el delincuente, una afrenta contra la víctima, contra todos los ciudadanos honrados.

Se olvida que los medios de comunicación son servidores de la democracia, y con ello, deberían ser transmisores de información en forma responsable que permita a los ciudadanos comprender la realidad, en este caso jurídico.

De esta forma, una deseable relación entre los medios de comunicación y el Principio de Presunción de Inocencia, debería ir en orientación a educar y revalidar este principio, que como expresamos tiene un origen eminentemente contra fáctico, pues viene en defender un estatus que es socialmente dudoso, el estatus de inocencia de toda persona. Deberían los medios ser responsables de su rol social y hacer parte del avance democrático.

Deberán los medios orientarse en su acción, si quieren hacer una verdadera defensa de la democracia, orgánica, incluyendo este principio tan necesario por ser *“un principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno”* (Horvitz Lennon & López Masle, 2002, pág. 79), por las limitaciones del Debido Proceso. Entender la extensión que implica el Principio de presunción de inocencia.

Ante este desafío se abren nuevas preguntas, respecto al nivel de sujeción, las fórmulas que deberán cambiarse en el periodismo y los medios de comunicación, en definitiva, se abre un desafío de replantearse los medios de comunicación completamente orientados a la Defensa de la Democracia. Y con ello se podrá investigar como el mercado afecta o distorsiona esta posición.

### **3.- La aparente colisión de principios. La anomalía que introduce el Estado Punitivo.**

De esta forma, con objeto de resolver la pregunta que dio inicio a este trabajo<sup>27</sup>, podemos decir, con la cautela necesaria de quien inicia el camino, que la colisión entre el principio de presunción de inocencia y la libertad de información, es el resultado de una deformación que hacen los medios de comunicación de esta última, en tanto son uno de los aparatos del Estado Punitivo.

Todo por cuanto los medios de comunicación utilizan la libertad de información como un escudo para su acción, como una verdadera presunción de legalidad de sus actos, asumiendo su posición en el discurso social como neutra, esgrimiendo que la acción de los medios es la mera transmisión de contenidos, sin imprimir en ellos sesgo alguno. Posición errada, por cuanto, como se ha podido desarrollar en las páginas que anteceden, los medios de comunicación tienen un rol decisivo en la creación de las realidades como las entendemos en sociedad, tienen un inmenso poder para hacer de los hechos una realidad, y con ello transformar el discurso; es decir, los medios pueden ingresar o sacar contenidos de la agenda pública, y con ello pueden modificar lo que percibimos como la realidad.

Dicho rol, de creadores de realidad, les ser una herramienta ideal para el control social, para utilizar sus medios al servicio de uno o más fines sociales, los que son guiados, en nuestros tiempos, por las lógicas del mercado y de sus relaciones de poder. Es, en definitiva, el "libre" mercado el que toma la herramienta de control que significan los medios para dominarla y utilizarla de conformidad a sus intereses.

Como hemos dicho, el Estado Punitivo es una construcción que viene a enfrentarse a un supuesto pasado más "blando", viene en endurecer las actividades punitivas del Estado, en desmedro de su brazo social. Dicha construcción se sostiene desde el discurso creado y transmitido por los medios de comunicación y el miedo y la inseguridad que genera.

*"No ven que la lucha contra el crimen no es sino un pretexto conveniente y una plataforma propicia para una redefinición más amplia del*

---

<sup>27</sup> A saber, ¿es un elemento propio del juego de estos principios su confrontación y su naturaleza es su necesidad de ponderación?

*perímetro de las responsabilidades del Estado que opera simultáneamente en el plano económico, en el asistencial y en el penal"*  
(Wacquant, 2010, pág. 60)

De esta manera, peligrosamente, los medios de comunicación olvidan la función principal de la libertad de información, suprimiendo todo deber que incluye en la defensa de la democracia, para ser una herramienta al servicio del sistema político, económico y social implantado, erosionando el principio de presunción de inocencia (y otras muchas garantías personales), transformándose en un verdadero enemigo de la Democracia plena.

Ello no es un resultado azaroso, no es el resultado del devenir del destino o una fatalidad insalvable. Todo lo aquí expresado es el resultado del establecimiento del modelo económico neoliberal y su consecuente necesidad de un Estado Punitivo, que se arraigan en la construcción de una Sociedad Disciplinaria, cuestiones que en su conjunto desdibujan los límites de las instituciones con el fin de mantener una forma de relaciones de poder.

En suma, y quizás como la más aventurada conclusión, podemos indicar que resulta del todo problemático el intento de conjugar los principios aquí estudiados, si antes no se hace un cambio radical en el modelo social, puesto que como hemos visto, es el neoliberalismo el que necesita de esta colisión, o al menos el que la provoca.

Son los medios de comunicación el resultado de unas lógicas de poder que han volcado sus herramientas en la confección de sistemas de control difusos, son el mecanismo que se ha impuesto para controlar a las poblaciones y con ello mantener el *status quo*.

Sin perjuicio de ello, esta no es una situación insalvable, puesto que advertido el panorama en el que nos encontramos y con una verdadera profundización en los tópicos aquí expuestos, estimamos posible una torsión del destino que posibilite el establecimiento de una Democracia Plena, alejada de las tentaciones penales del Estado Punitivo; y en ello, el jurista y los medios de comunicación serán actores fundamentales.

Hacemos especial énfasis en la necesidad de amalgamar estos principios y hacer que su operatividad sea conjunta, pues sin ellos es imposible establecer una Democracia Plena; será el desafío para quienes siguen el poder invertir las lógicas totalizantes del mercado y un desafío también al periodismo para salir de los círculos de control del neoliberalismo, para poder abrirse a su verdadera vocación de control del Estado, control de la acción pública, control del poder político, económico y social.

Será cuando los medios abran sus puertas a las garantías del debido proceso y se autolimiten conforme a ellas el momento en que se conformen en fuerza verdadera al servicio de la Democracia Plena.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aritizabal Gómez, K. V., Alvarado Castro, Á. A., Anaya Suárez, E. J., Becerra Romero, J. A., & Escárraga, A. R. (2014). Alcance del Derecho a la Información de los Medios de Comunicación Masivos frente al Debido Proceso del los Implicados Penalmente. *Jurídicas CUC*, 197 - 232.
- Barata, F. (2007). Los medios, el crimen y la seguridad pública. *Violencia y Medios*, 23 - 42.
- Barata, F. (2009). La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo. *Análisis*(39), 217-236.
- Barrero Ortega, A. (2001). Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo. *Ámbitos*, 171 - 189.
- Bullemore, V. (2007). *Curso de Derecho Penal* (Segunda Edición ed., Vol. Tomo I). Chile: Legal Publishing.
- Carrión, F. (Septiembre de 2008). Violencia y medios de comunicación: populismo mediático. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(5), 7 - 10.
- Checa, L., Cabalin Quijada, C., & Lagos Lira, C. (2008). La implementación de la justicia penal juvenil según la prensa chilena. *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(5), 46 - 58.
- Contreras Vásquez, P. (2018). *El Derecho de Acceso a la Información en Chile*. Recuperado el 1 de Diciembre de 2018, de Pablo Contreras Vásquez - Apuntes de Derechos: <https://www.pcontreras.net/artiacuteculos.html>
- Cortés Bechiarelli, E. (2003). Juicios paralelos y Derechos Fundamentales del justiciable. *Anuario de la Facultad de Derecho*(21), 123 - 151.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Diez Ripollés, J. L. (2004). *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. Recuperado el 2 de Diciembre de 2018, de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Valladolid: Trotta.
- Foucault, M. (1988). *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. España: Siglo Veintiuno.
- Foucault, M. (1988). *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. España: Siglo Veintiuno.
- Foucault, M. (1995). *La Verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Fuentes Osorio, J. L. (2005). Los medios de comunicación y el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(07-16), 16:1 - 16:51. Recuperado el 28 de Noviembre de 2018, de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- Giraldo Díaz, R. (Enero - Junio de 2008). Prisión y Sociedad Disciplinaria. *Entramado*, 4(1), 82 - 96.
- Horvitz Lennon, M., & López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Jakobs, G. (2003). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. En M. Cancio Melia, & G. Jakobs, *Derecho penal del enemigo* (págs. 19 - 56).
- Kindhäuser, U., & Mañalich, J. (2009). *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. ARA Editores.
- Lara Klahr, M. (2008). "Eso de los derechos humanos, ¿de donde lo sacaron?" Los reporteros policiales mexicanos y su profesionalización. *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(5), 59-68.
- Leturia, F. (2017). La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española. *Ius et Praxis*(2), 21 -50.

- López Portillo Vargas, E. (2004). Medios y seguridad: reflexiones sobre la construcción de realidades. En M. Lara Klahr, & E. López Portillo Vargas, *Medios y Violencia. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo*. (págs. 21-37). México: INSYDE.
- Lutz, B. (Mayo - Agosto de 2013). Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social. *Espiral*, XX(57), 177 - 189.
- Melossi, D. (1980). Las estrategias del control social en el capitalismo. *Papers: Revista de Sociología*(13), 165-196.
- Melossi, D. (1992). *El Estado del Control Social*. México: Sigo Veintiuno Editores.
- Mir Puig, S. (2007). *Derecho penal. Parte General*. Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- Montalvo Abiol, J. C. (Julio de 2012). Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario? *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*(16), 105 - 125.
- Mouzo, K. (Marzo de 2012). Inseguridad y "populismo penal". *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(11), 43-51.
- Nieva Fenoll, J. (Enero de 2016). *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Recuperado el 1 de Diciembre de 2018, de InDret. Revista para el análisis del Derecho: [http://www.indret.com/pdf/1203\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1203_es.pdf)
- Nogueira Alcalá, H. (2002). *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada*. Santiago: Lexis Nexis.
- Pásara, L. (2003). El conflicto entre medios de comunicación y justicia. *Reforma Judicial; Revista mexicana de Justicia*, 79 - 91.
- Pavarini, M. (2002). *Control y Dominación*. (I. Muñagorri, Trad.) Argentina: Siglo XXI Editores.
- Pontón Ceballos, J. (Septiembre de 2008). Medios de comunicación y seguridad ciudadana. Diálogo con Francesc Barata. *Urvio. Revista latinoamericana de Seguridad Ciudadana*.(5), 121 -126.

- Quesada Pérez, M. (Abril de 2008). Los medios de comunicación y la percepción de la inseguridad. *Revista catalana de Seguretat Pública*, 15 - 28.
- Rodríguez Díaz, R. (2004). *Teoría de la Agenda-Setting: aplicación a la enseñanza universitaria*. Observatorio Europeo de Tendencias Sociales.
- Rosenberg, T. (2004). "Si sangra, encabeza las noticias". Los costos del sensacionalismo. En M. Lara Klahr, & E. López Portillo Vargas, *Medios y Violencia. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo* (págs. 13-19). México: INSYDE.
- Rosenberg, T. (2004). "Si sangra, encabeza las noticias". Los costos del sensacionalismo. En M. Lara Klahr, & E. López Portillo Vargas, *Medios y Violencia. Seguridad pública, noticias y construcción del miedo* (págs. 13-19). México: INSYDE.
- Sozzo, M. (2016). Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur. A modo de introducción. En M. Sozzo, *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. (págs. 9-28). Buenos Aires: CLACSO.
- Stevenson, A. (Mayo - Julio de 2018). La encrucijada de la libertad en el discurso de la Seguridad Ciudadana. *Heterodoxia*(1), 26 - 34.
- Stippel, J. (2006). *Las Cárceles y La Búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: LOM.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Manantial.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres*. (M. Polo, D. Roldán, & C. Pascual, Trads.) Barcelona: Gedisa.