

Esbozo de una epistemología medial para el Derecho penal

Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal

Sumario

-

El presente artículo tiene como objetivo presentar los rendimientos que una epistemología medial puede ofrecer a la comprensión del derecho penal y su evolución sociohistórica. Tras esbozar el utillaje analítico que la teoría de medios ofrece al derecho, se expone el modo en que los cambios mediáticos –el paso de la oralidad a la escritura impresa, y de ésta a los medios electrónicos y digitales– modifican el entorno cultural en el que el sistema penal se inserta, y a la postre transforman el mensaje mismo de la justicia penal. Así, la perspectiva medial revela que los mensajes del derecho penal moderno –legalidad, especialización, interpretación de textos, burocratización, etc.– sólo pudieron emerger en un entorno marcado por la cultura y la racionalidad del libro impreso; y que su “crisis” se relaciona con la irrupción de una nueva cultura digital, que estaría sometiendo a importantes tensiones las modernas nociones de justicia penal.

Abstract

-

This article explores the benefits that a media epistemology can offer to the understanding of criminal law and its socio-historical evolution. After outlining the theoretical tools that media theory offers to legal theory, the article explains how changes in media –the transition from orality to printed writing, and from printed writing to electronic and digital media– modify the cultural environment in which the penal system is inserted, and ultimately transform the very message of criminal justice. Thus, the media perspective reveals that the messages of modern criminal law –legality, specialization, interpretation, bureaucratization, etc.– could only emerge in the environment created by the culture of the printed media; and that its “crisis” is related to the irruption of a new digital culture, which would expose the modern notions of criminal justice to important tensions.

Abstrakt

-

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, die Leistungen, die eine mediale Epistemologie zum Verständnis des Strafrechts und seiner sozio-historischen Entwicklung beitragen kann. Nach einer Skizze des analytischen Instrumentariums, das die Medientheorie dem Recht zur Verfügung stellt, wird erörtert, wie der Medienwandel, der Übergang von der Mündlichkeit zu den Druckmedien, und von den Letzteren zu den elektronischen und digitalen Medien, das kulturelle Umfeld umgestalten, in das das Strafrechtssystem eingebettet ist, und letztlich die eigentliche Botschaft der Strafrechtspflege verändern. So zeigt die Medienperspektive, dass die Botschaften des modernen Strafrechts –Legalität, Spezialisierung, Textauslegung, Bürokratisierung usw.– nur in einem Umfeld entstehen konnten, das von der Kultur und Rationalität des gedruckten Buches geprägt war, und dass seine „Krise“ mit dem Einbruch einer neuen digitalen Kultur zusammenhängt, die die modernen Vorstellungen von Straffjustiz erheblichen Spannungen aussetzt.

Title: An outline of a medial epistemology for criminal law. And some hypotheses on the effects of digital culture on criminal justice

Titel: Skizze einer Medien-Epistemologie für das Strafrecht. Zugleich einige Hypothesen zu den Auswirkungen der digitalen Kultur auf die Strafrechtspflege

-

Palabras clave: medios, cultura penal, imprenta, escritura, medios digitales, castigo, política-criminal, estigma, proceso.

Keywords: *media, penal culture, press, writing, digital media, punishment, criminal policy, stigma, process.*

Stichwörter: *Medien, Strafrechtskultur, Druck, Schrift, digitale Medien, Strafe, Kriminalpolitik, Stigmatisierung, Strafverfahren*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.07

-

4.2021

Recepción

23/08/2021

-

Aceptación

19/09/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Los medios del Derecho penal

2.1. Teoría de medios y teoría del Derecho penal: una conexión por descubrir

2.2. Los medios como agentes de cambio antropológico y cultural

a. El ejemplo de las “noticias del día”

3. Co-evolución entre medios y justicia penal

3.1. Co-evolución por irritación y los medios como avances pre-adaptativos

3.2. El Derecho entre la oralidad y la escritura impresa

4. Algunas hipótesis sobre la influencia del medio digital en el Derecho penal

4.1. Irritaciones en la dimensión deliberativa de la político-criminal: las redes y el "disenso manufacturado"


4.2. Irritaciones la práctica punitiva: el medio digital y el castigo colaborativo

4.3. Irritaciones en la labor judicial: el juez y el ruido digital

5. Conclusión

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

«Y si alguna de nuestras instituciones parece no adaptarse a la tendencia de los tiempos, ¿por qué son aquéllas, y no ésta las que nos parecen desordenadas y extrañas?»

Neil POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 2005.

1. Introducción

El análisis sociohistórico del Derecho penal y su evolución ha adoptado clásicamente una forma bifocal, muy recurrente en la historiografía jurídica en general¹: se alude como factores de transformación a la influencia de los procesos político-económicos, por un lado, y de los procesos culturales o espirituales, por el otro. Así, el Derecho penal moderno tiende a explicarse como el efecto de la consolidación del Estado moderno, la industrialización y de la Ilustración², mientras que su actual crisis tiende a relacionarse con la globalización económico-política, el populismo y con la llamada “postmodernidad”, a menudo definida como una “*Gegenaufklärung*”³. Tras décadas de desarrollos en el ámbito de la teoría de medios, parece claro que esa doble perspectiva, aún siendo útil, resulta incompleta, y que ha de añadirse una tercera: el análisis de los cambios mediáticos, particularmente el surgimiento de la escritura, la imprenta, los medios electrónicos y los digitales, y su influencia en las diferentes transformaciones en la praxis y en la cultura jurídico-penal. En pocas palabras: transformaciones en la justicia penal que a menudo se atribuyen a factores políticos, económicos o culturales, podrían estar además conectados a factores mediáticos; el estudio de éstos últimos resulta condición necesaria para la correcta comprensión del fenómeno penal.

Partiendo de esa hipótesis, el presente artículo tiene como objetivo describir en qué consiste una aproximación al Derecho penal desde la perspectiva de la teoría de medios (2), esbozando de qué modo puede esta ofrecer una mejor comprensión de su evolución histórica (3); en segundo lugar, presentar algunas hipótesis sobre la irritación que el entorno digital está produciendo en el llamado Derecho penal moderno, particularmente en la praxis deliberativa, punitiva y judicial (4). El artículo no aspira a exhaustividad respecto de las diferentes formas de influencia de los medios de comunicación en la justicia penal, sino sólo a ofrecer una muestra de estas a efectos de demostrar la necesidad de una teoría de lo penal sensible al poder moldeador del medio.

* Autor de contacto: Javier Cigüela Sola, jciguela@ub.edu. El presente artículo se enmarca en un proyecto financiado por la Beca de la Fundación Alexander von Humboldt para investigadores experimentados.

¹ Así: BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, 1994, pp. 231 ss., quien habla de fuerzas políticas, económicas, psicológicas, nacionales y culturales, pero nada dice de los factores mediáticos; WEBER, *Economía y sociedad*, 2002, en su clásico análisis sociohistórico, tiende por su parte a adoptar una perspectiva donde la economía y la política aparecen como motores del cambio jurídico; en el ámbito de la teoría del Derecho, la obra más sensible a los factores mediáticos es claramente la de VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, pp. 149 ss.

² Cfr.: VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2015, pp. 18 ss.; por una síntesis de la perspectiva económica: BRANDARIZ, *Una economía política de la pena*, 2019.

³ Sobre el populismo, ver: CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *REDPC*, (22-12), 2020; también, PÉREZ DEL VALLE, «El derecho penal como instrumento de los populismos», en URIBE OTALORA (dir.), *Nuevos retos para la democracia liberal*, 2021, pp. 321 ss. Utilizan la expresión “*Gegenaufklärung*” (contra-ilustración), KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, 1991, p. 7; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ*, 1994, p. 193; en el ya clásico diagnóstico de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2001, se aglutinan factores económicos, psicosociales, culturales y políticos, muchos de los cuales, según creo, están muy conectados con cambios mediáticamente condicionados (principalmente los del Cap. 2).

2. Los medios del Derecho penal

2.1. Teoría de medios y teoría del Derecho penal: una conexión por descubrir

La teoría de medios es un campo de estudio que se desarrolla en los años 60, principalmente de la mano de los trabajos de la Escuela de Toronto, formada por un grupo de pensadores entre los que destacan H. INNIS, E. HAVELOCK y el más conocido M. MCLUHAN. Si bien ya en SÓCRATES y PLATÓN pueden hallarse interesantes reflexiones sobre el poder transformador de los medios de comunicación –en su caso la escritura, a la que observaron como un peligro para el conocimiento filosófico⁴–, no fue hasta la consolidación de los medios eléctricos en el siglo pasado que emergió un aparato conceptual destinado a comprender sus efectos. La tesis principal de la teoría de medios –condensada en el famoso aforismo de MCLUHAN, «the medium is the message»⁵– es la siguiente: los «medios no sólo transmiten mensajes, sino que producen el efecto de moldear nuestra pensamiento, percepción, memoria y comunicación»⁶. Además de ofrecer nuevas posibilidades técnicas, resulta que los medios transforman tanto las formas individuales de pensar, percibir y valorar como las instituciones sociales y la propia cultura⁷; también, según se ha de sostener aquí, el Derecho penal.

No es extraño que una “conciencia medial” propiamente dicha no surgiese hasta el siglo XX, pues los medios mismos tienden a permanecer invisibles para sus usuarios, de modo que estos apenas son conscientes de su influencia. No sólo porque se trata de realidades tan envolventes que apenas podemos percibir las, sino además porque los medios están programados para conducir la atención del usuario a los contenidos que transmiten, ocultando los efectos propios: al mirar la televisión miramos lo que esta muestra, y no la televisión misma; al leer un libro nuestra atención se dirige a su contenido, no al libro mismo; lo mismo con el Smartphone y con la propia palabra hablada⁸. Sin embargo, lo que la teoría de medios revela es que es precisamente cada uno de esos medios y no (o no sólo) sus contenidos lo que modifica al usuario y a la postre toda la cultura. En ese sentido, señala POSTMAN que «cada tecnología tiene su propia agenda. Es una metáfora que espera ser descubierta»⁹.

La invisibilidad del medio en favor de sus contenidos no es algo que ocurra sólo a nivel psicológico-individual. También en términos socioculturales se ha tendido a minusvalorar a los medios como realidades triviales, como meros “transmisores”. Según ASSMANN, el pensamiento filosófico moderno centró su atención tradicionalmente en los sujetos de la comunicación (la “conciencia”, el “espíritu”, el “yo”, etc.), y más tardíamente en los objetos comunicados o en los símbolos a través de los cuales comunicamos. El siglo XX vio ese tránsito –del “sujeto” al “símbolo”– en la evolución desde las clásicas *Geisteswissenschaften* (*Humanidades*) a las modernas *Kulturwissenschaften* (*Estudios culturales*), lo que en Alemania se tiende a escenificar

⁴ Sobre ello: HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996; MEYROWITZ, «Media evolution and cultural change», en HALL *et. al.*, *Handbook of Cultural Sociology*, 2010, p. 53, refiriéndose a SÓCRATES como primer teórico de medios.

⁵ MCLUHAN/FIORE, *El medio es el mensaje. Un inventario de efectos*, 2015.

⁶ KRÄMER, *Medium, Messenger, Transmission*, 2015, p. 14; ONG, *Orality and Literacy*, 1982, p. 81: «Technologies are not mere exterior aids but also interior transformations of consciousness».

⁷ ONG, *Orality and Literacy*, 1982, p. 81: «Technologies are artificial, but—paradox again—artificiality is natural to human being».

⁸ En palabras de MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 30, «el mensaje de cualquier medio o tecnología es el cambio de escala o ritmo o patrón que introduce en los asuntos humanos».

⁹ POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 2005, p. 84.

como el paso de KANT a CASSIRER y su concepción del ser humano como animal simbólico¹⁰. Ese paso coloca al universo simbólico en un lugar de *mediación* entre sujeto y mundo, hasta el punto de que no hay pensamiento ni acción humanas que puedan explicarse sin referencia a las diferentes formas simbólicas que lo componen. También el Derecho, y concretamente el penal, presta a ese universo sus propios símbolos. La pena, su símbolo nuclear¹¹, operaría por ello como transmisor de mensajes: no sólo transmite un reproche, sino que además comunica información relativa al *poder* (de quien lo impone), la *verdad* (de los hechos castigados), la *subjetividad* (del sujeto responsable), y por encima de todo un *estigma* (una degradación del estatus social de su destinatario).

La definición de la pena o incluso el delito como comunicación simbólica capta adecuadamente el rasgo comunicativo del Derecho penal, pero dice poco respecto de su funcionamiento y evolución sociohistórica. Para una adecuada comprensión del fenómeno es necesario complementar la teoría de la “representación simbólica” de CASSIRER con una teoría de la “representación medial”¹², pues los símbolos, incluidos los penales, se transmiten y almacenan en la memoria colectiva *necesariamente* a través de soportes materiales que acaban por condicionar el contenido simbólico transmitido. Son, en fin, los medios mismos –orales, escritos, impresos o digitales, en formas híbridas¹³– los que *portan* los símbolos, y en ese sentido es necesario comprender el rol que aquellos ejercen en el proceso de comunicación. Por seguir con el mismo ejemplo: el símbolo “pena” opera de muy diverso modo –esto es: comunica mensajes diversos– en función de si se transmite mediante el rumor oral, si lo hace mediante una sentencia escrita difundida en prensa o si lo hace, como se verá, mediante el tipo de publicidad que emerge de internet y las redes sociales; para empezar, el efecto estigmatizador es radicalmente diferente. Obviamente el mensaje del castigo depende también de la configuración del sistema penal, de su formulación lingüística, de los discursos que le dan forma y del tipo de comunicación que encarna; la cuestión es que ninguno de esos niveles de análisis captura adecuadamente las transformaciones producidas por la especificidad del medio en cuestión.

En esa línea, si bien tanto la sociología penal como la criminología –no tanto la política criminal, menos aún la filosofía del derecho penal¹⁴– han prestado atención al rol de los medios en el

¹⁰ CASSIRER, *Antropología filosófica*, 1945, p. 49.

¹¹ Sobre todo: PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 51 y s.; también DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 111; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 25; muy temprano, PRIMORATZ «Punishment as Language», *Philosophy*, (64-248), 1989, pp. 187-205, entre otros.

¹² Sobre la distinción y la insuficiencia del planteamiento de CASSIRER, véase ASSMANN, *Introduction to Cultural Studies*, 2012, p. 56. Coetáneo de CASSIRER fue Walter BENJAMIN quien, en su tesis sobre los efectos de la reproductibilidad técnica sobre las obras de arte, anticipó algunas de las tesis principales de la teoría de medios. Para BENJAMIN el “aura” y la sacralidad de los objetos radica en su unicidad, la cual los hace merecedores del rito y la veneración; a *sensu contrario*, el “aura” se pierde tan pronto como los objetos mismos se vuelven masivamente reproducibles, pues los originales se vuelven indistinguibles de las copias, y resulta que éstas carecen del “aquí y ahora” que caracteriza al objeto de culto. Si bien BENJAMIN –como también otros pensadores de la Escuela de Frankfurt, destacadamente ADORNO– estaba pensando en el modo en que determinados cambios en la creación y reproducción artística modificarían el campo político, la idea de que el medio de reproducción tiene un impacto en la percepción simbólica, tiene un alto impacto en el campo del derecho. En esa línea, por ej., la moderna secularización del Derecho, la pérdida de su “aura” religiosa en favor de un aura “más política”, estaría relacionada con la influencia de reproductibilidad técnica ofrecida por la imprenta.

¹³ CHADWICK, *The Hybrid Media System: Politics and Power*, 2013; ya, MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 76.

¹⁴ Encontramos alguna excepción, las cuales no ofrecen, en todo caso, un examen exhaustivo: HILGEBRANDT, «Criminal Law and Technology in a Data-Driven Society», en DUBBER/HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014. La mayor parte de aproximaciones desde el Derecho penal son, en todo caso, demasiado específicas, focalizadas o bien en las formas de criminalidad típicas de la sociedad digital, o bien en la influencia de los juicios

funcionamiento del Derecho penal, lo cierto es que lo han hecho centrándose en los contenidos y muy poco en la influencia de los medios en sí, como también poniendo casi exclusivamente el foco en la televisión¹⁵. Los estudios sobre los efectos del cine o los videojuegos violentos en la criminalidad, o sobre el “*agenda setting*” y “*framing effect*”, por poner dos ejemplos, son estudios sobre los contenidos que tienden a pasar por alto que los medios generan efectos por sí mismos¹⁶. Así las cosas, la “conciencia medial” sigue estando en este terreno bastante dispersa, y el objetivo del presente artículo es precisamente colaborar en su conformación. En fin, también para el Derecho penal los medios portan mensajes (autónomos respecto de sus contenidos) y la cuestión es, entonces, descubrir cuáles.

2.2. Los medios como agentes de cambio antropológico y cultural

Los efectos de los medios se manifiestan al menos en dos dimensiones, la antropológica y la sociocultural. La dimensión antropológica fue enfatizada por MCLUHAN al describir los medios de comunicación como «extensiones del ser humano»¹⁷, las cuales «modifican los índices sensoriales, o pautas de percepción, regularmente y sin encontrar resistencia»¹⁸. Toda revolución mediática transforma el equilibrio pre-existente entre los diferentes sentidos¹⁹: las culturas orales producen “espacios acústicos”, y por tanto seres humanos cuya interacción con el mundo, con la colectividad y con las normas es esencialmente auditiva, llena de musas, holística, cíclica y corpórea; mientras que la escritura y más radicalmente la imprenta produjeron paulatinamente “espacios visuales” y al *homo typograficus*, cuya interacción con el mundo –también con el Derecho– es primordialmente visual, individualista, estática y abstracta²⁰; el *homo digitalis* es, por su parte, un ser acoplado a una pantalla, y sus sentidos procesan compulsivamente un torrente tan vasto de imágenes y sonidos que las sensibilidades que ello genera en poco se

paralelos en el proceso. Así, por ej., HILGENDORF, «Die Neuen Medien und das Strafrecht», *ZStW*, (113-4), 2001; o las contribuciones en MURMANN (Hrsg.), *Strafrecht und Medien*, 2016.

¹⁵ Ello ocurre, por ej., en MOORE, *Crime and the Media*, 2014; JEWKES, *Media & Crime*, 2015; MARTIN, *Crime, Media and Culture*, 2019. Mayor sensibilidad al poder del medio muestra: CARRABINE, *Crime, Culture and The Media*, 2008. En la obra de referencia de la sociología penal en las últimas décadas, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (2005) de David GARLAND, encontramos algunas reflexiones interesantes relacionadas con la influencia de los medios en la cultura penal, e incluso un pasaje claramente inspirado en la teoría de medios (pp. 152 ss., con referencia a la obra de J. MEYROWITZ). Entre nosotros, el análisis más completo sobre los efectos de los contenidos mediáticos sigue siendo el de FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *RECPC*, (7-16), 2005; también, PAREDES CASTAÑÓN, «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (24), 2018; VARONA, «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, (1), 2011.

¹⁶ Todo ello a pesar de que, por ej., conceptos fundamentales para la criminología como el de “pánico moral” fueron tomados directamente de la obra de MCLUHAN, sobre ello: MCLAUGHLIN, «See also Young, 1971: Marshall McLuhan, moral panics and moral indignation», *Theoretical Criminology*, (18- 4), 2014, pp. 422-431; ver MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 100.

¹⁷ Así reza el subtítulo de la obra *Understanding Media. The Extensions of Man*, 1964. La expresión la había tomado MCLUHAN del antropólogo cultural Edward T. HALL, ver: MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg. Génesis del “homo typographicus”*, 1993, p. 18.

¹⁸ MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 39; GOODY, *La domesticación del pensamiento salvaje*, 1985, p. 22, en relación con la diferencia entre el pensamiento salvaje y el moderno: «La diferencia no es tanto de pensamiento o inteligencia como de mecánica de los actos comunicativos».

¹⁹ MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg*, 1993, p. 17; la idea de que la percepción está social y mediáticamente condicionada fue también tímidamente esbozada por BENJAMIN, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, 2017, p. 56 s.: «El modo en que se organiza la percepción humana –el medio en que se lleva a cabo– no solo está condicionado de manera natural sino también histórica».

²⁰ MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg*, 1993, p. 17; HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996, p. 98.

parecen a las del estático y limitado libro –entre otras características, son más fugaces, instantáneas, dinámicas, emotivas y conectivas²¹–.

Los medios moldean a sus usuarios, pero también tienen efectos performativos en la cultura y en las diferentes formas de organización social, política y jurídica²². Este es el aspecto de la teoría de medios que más interesa para el abordaje de la tesis sobre la coevolución entre medios de comunicación y Derecho penal. Operen en el campo semántico que operen (la Religión, el Derecho, la Moral, etc.), los símbolos culturales existen tan sólo en la medida en que son transmitidos a través de determinados medios y almacenados en la memoria cultural: las reglas tribales se almacenan en la memoria de la colectividad que habla a través del rito y el relato transmitidos boca a oreja, generación tras generación²³; del mismo modo que las leyes en sociedades con escritura se almacenan en códigos y se transmiten mediante canales de difusión como los boletines oficiales, la prensa escrita o más actualmente las redes sociales –se independizan, por tanto, de la memoria biológica–. La tesis fundamental es que los medios de almacenamiento y transmisión condicionan los contenidos simbólicos que acaban por considerarse *cultura*, y en última instancia *Derecho*: así, el Derecho tribal, marcado por las necesidades memorísticas que se desprenden de su transmisión oral, está forzado a condensarse en unas pocas fórmulas simples, poéticas y proverbiales de fácil retención y transmisión; una vez esas presiones desaparecieron con la escritura, el Derecho pudo independizarse de la poesía y adquirir el carácter expansivo, abstracto, sistemático y complejo que hoy le conocemos. Los medios funcionan, en fin, como filtro en relación con *qué* y *cómo* algo es reactualizado en la memoria cultural y en la identidad normativa de la sociedad; lo que quiere decir, a su vez, que condicionan la creación y funcionamiento del Derecho (como praxis cultural)²⁴.

Con todo, para comprender los efectos de los medios no es suficiente con el análisis de la infraestructura mediática. El motivo es que el impacto sociocultural de la tecnología es también dependiente del uso que se hace de ella, del modo en que es integrada en la interacción cotidiana y de las funcionalidades que acaban por consolidarse, en perjuicio de otras, tras largos procesos evolutivos dependientes de factores culturales, económicos y políticos²⁵. Si bien a la teoría de medios se le ha criticado un cierto determinismo tecnológico, es necesario descartar cualquier tesis que vaya en esa dirección: las tecnologías de la comunicación no dibujan una línea, sino un campo, limitado, cierto es, pero en el que caben múltiples realizaciones –y, por tanto, matizaciones en el mensaje²⁶–.

²¹ POE, *A history of Communications*, 2011, pp. 222 ss.; STADLER, *The digital condition*, 2018; VESTING, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis*, 2021, § 9.

²² MEYROWITZ, «Medium theory», en CROWLEY/MITCHELL (eds.), *Communication Theory Today*, 1994, p. 51; ASSMANN, *Introduction to Cultural Studies*, 2012, pp. 58 ss.

²³ El ejemplo más vivo son los relatos homéricos, que contenían en sí mismos todo el conocimiento que la Grecia pre-literaria debía almacenar para perdurar a pesar del paso del tiempo: vid. HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978, pp. 4 ss.; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 13 ss.; VESTING, *Die Medien des Rechts I: Sprache*, 2011, § 5/1.

²⁴ Al respecto, fundamental: KAHN, *The cultural study of law*, 1999.

²⁵ COULDRY/HEPP, *The mediated construction of reality*, 2017, p. 5: «We need (...) to consider media both as technologies including infrastructures and as processes of sense-making»; GOODY, *La domesticación del pensamiento salvaje*, 1985, p. 20, aludiendo a factores políticos y religiosos.

²⁶ Así, VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, §277.

a. *El ejemplo de las “noticias del día”*

Para comprender de qué modo los medios funcionan como filtro de contenidos sociales relevantes para el Derecho penal podemos detenernos en el ejemplo de las noticias del día. Según Neil POSTMAN:

«The information, the content, or, if you will, the "stuff" that makes up what is called "the news of the day" did not exist –could not exist– in a world that lacked the media to give it expression. I do not mean that things like fires, wars, murders and love affairs did not, ever and always, happen in places all over the world. I mean that lacking a technology to advertise them, people could not attend to them, could not include them in their daily business. Such information simply could not exist as part of the content of culture. This idea that there is a content called "the news of the day" was entirely created by the telegraph (and since amplified by newer media), which made it possible to move decontextualized information over vast spaces at incredible speed. The news of the day is a figment of our technological imagination. It is, quite precisely, a media event»²⁷.

Las noticias del día constituyen, por lo tanto, un perfecto ejemplo de evento mediático. Como tal, tiene efectos en la sociedad en su conjunto, ya que acelera los ritmos de comunicación y de desplazamiento de la atención pública “de un tema a otro”, produce la «ceremonia masiva»²⁸ o «ritual mediático»²⁹ diario de escuchar o ver las noticias a cierta hora, entre otras cosas. Pero también despliega efectos en la cultura penal: como ha expresado GARLAND, los medios eléctricos hicieron que problemas locales se experimentasen como generales, acercando al espectador a realidades delictivas y a peligros que antes desconocía y que de repente formaron parte de su día a día³⁰. El mundo se iba convirtiendo, también en lo que respecta a la percepción del fenómeno criminal, en una angustiada «aldea global»³¹, y la sensación de incertidumbre y de inseguridad existencial que caracterizaría al individuo contemporáneo bien puede deberse al hecho de que, ahora ya claramente en la era digital, no hay lugar donde esconderse de las noticias y su característico foco en el drama criminal. También a nivel institucional se produce una transformación: las “noticias del día”, que en la era digital se han comprimido en “noticias a tiempo real” consumidas compulsivamente, dirigen la atención de las agencias penales a lo que ellas mismas muestran, pues las imágenes que aparecen en pantalla acaban por constituir –como advirtió DEBORD³²– lo que los participantes en la interacción (público, gobierno, policías, etc.) entienden como “realidad” sobre la que configurar las propias agendas. El medio cambia, por tanto, el modo en que nos relacionamos con nuestro entorno social, modificando la orientación espaciotemporal y creando nuevos patrones de representación de la realidad social y criminal; y cambia, como consecuencia, la cultura penal, en la medida en que se dirigen al derecho expectativas de adaptación a las formas sociales específicas que emergen del medio en cuestión.

²⁷ POSTMAN, *Amusing ourselves to death*, 2005, p. 8.

²⁸ ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, p. 60 (en relación con la lectura diaria del periódico).

²⁹ COULDRY, *Media rituals*, 2005; COULDRY/HEPP, *The mediated construction of reality*, 2017, p. 105, sobre los medios como “metrónomos” de la vida social.

³⁰ GARLAND, *La cultura del control*, 2005, pp. 152 ss.

³¹ Expresión ya popular acuñada por: McLuhan, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 110.

³² DEBORD, *Sociedad del espectáculo*, 2015, § 18; en sentido similar, PAREDES CASTAÑÓN, *Teorder* 2018, nº 24, p. 112, quien se refiere al poder los medios para acotar el ámbito de lo “decible”.

3. Co-evolución entre medios y justicia penal

Si bien la epistemología medial ha tendido a pasar inadvertida para la ciencia penal, no ha sido ese el caso para la sociología jurídica³³. Así, tanto la obra de LUHMANN como la monumental tetralogía de Thomas VESTING constituyen el punto de partida esencial para la comprensión del carácter mediáticamente condicionado del Derecho. A continuación, se presenta un esbozo del modelo evolutivo que presentan para el derecho, con la vista puesta en su aplicación a la esfera de la justicia penal en el punto 4.

3.1. Co-evolución por irritación y los medios como avances pre-adaptativos

Los sistemas sociales co-evolucionan, lo que quiere decir básicamente que, como organismos (sociales) vivos y dinámicos, se van adaptando a las variaciones que cada uno de ellos detecta en el entorno. Se trata, según LUHMANN, de un juego dinámico entre «variación», «selección» y «estabilización». Cuando el sistema del Derecho observa variaciones en su entorno (sea económico, político o mediático), y es irritado por ellas, se ve presionado a modificar estructuras internas (a menudo: símbolos) que permitan una estabilización dinámica del sistema, esto es, que hagan posible su funcionamiento normal (reproducción autopoietica, en el argot) en las nuevas circunstancias sociales³⁴. Aterrizando el esquema a nuestro campo: tanto la televisión como muy radicalmente los medios digitales han venido imponiendo formas de comunicación audiovisuales, dinámicas e impactantes (*variación*); como respuesta adaptativa, el sistema penal viene seleccionando qué datos publicar en redes, qué juicios retransmitir televisivamente o incluso on-line (ej. del *Procès*) y de qué modo comunicar los mensajes judiciales (*selección*); todo ello con la pretensión de adaptarse al sistema social en el que está incrustado, de responder a las nuevas expectativas de sus destinatarios, pero a la vez manteniendo (hasta donde puede) una cierta autonomía en relación a sus propios lenguajes y sus tiempos (*estabilización*)³⁵. En el lenguaje de JAKOBS, el sistema del Derecho constituye una realización del sistema social al que pertenece –por ello reacciona a las variaciones–, pero no puede convertirse en un “mero lacayo” de la sociedad³⁶, por ello cultiva su propia autonomía y selecciona qué es digno de incorporación y qué debe ser descartado como ruido pasajero. En este esquema, los cambios mediáticos –como los económicos o los políticos– constituyen fuente de constantes de variaciones, lo que se convierte en auténtica irritación en momentos de bruscas revoluciones mediáticas, tales como la aparición de la imprenta y más recientemente de internet.

Pero los medios no sólo irritan al sistema jurídico(-penal) al promover nuevos patrones socioculturales y sensibilidades, sino que también ofrecen lo que VESTING ha definido –siguiendo a PARSONS– como «avances pre-adaptativos»³⁷, esto es: innovaciones o logros evolucionarios que

³³ VESTING, *Die Medien des Rechts I-II-III-IV*, 2011-2015; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 239.

³⁴ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 243 ss.; *Complejidad y modernidad*, 1998, pp. 96 ss. El esquema “variación”, “selección” y “estabilización” está ya esbozado en WEBER, *Economía y sociedad*, 2002, p. 514, para quien las variaciones más importantes serían de tipo económico y político.

³⁵ Es así como hay que comprender la «función retardaria» del Derecho a la que se refiere, con cita interna a MÖLLERS, PAWLIK, «Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken», en KINDHÄUSER et. al. (Hrsg.), *Das Strafrecht der Gesellschaft. FS-Jakobs*, 2019, p. 230.

³⁶ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1996, p. 15; VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, p. 163: «la evolución del derecho no puede ser tratada como una variable de la evolución de un ‘no derecho’, como mero reflejo de la evolución societaria, cultural y política».

³⁷ VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, pp. 167 ss.; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 243 ss.

laten en el tejido social dispuestos a ser posteriormente incorporados en el campo del Derecho, modificándose en el sentido antes descrito la comunicación simbólica que en él tiene lugar. Desde esta perspectiva, la aparición de medios como la escritura o la imprenta no siempre produce consecuencias directas o inmediatas en el Derecho; más bien lo que ocurre es que laten en el tejido social, abriendo un campo de posibilidades que en algún momento posterior serán aprovechadas ante situaciones o exigencias sociales novedosas. La escritura del Derecho en la Antigua Grecia, por ej., ocurrió mucho después de que existiera la escritura misma, y lo hizo para satisfacer necesidades de estabilidad y certidumbre en un momento histórico en el que las relaciones políticas y económicas se iban haciendo tan complejas que no podían gobernarse mediante el derecho oral tradicional³⁸; del mismo modo que, en el siglo XX, la retransmisión televisiva de macro-juicios como el de Eichmann se asoció a la necesidad de «llegar a los corazones del público»³⁹ y dejar en él una impresión duradera, precisamente cuando la mentalidad televisiva comenzó a exigir un tipo de comunicación visual que la clásica cobertura a través de la prensa no podía ofrecer –los juicios de Núremberg, de hecho, fueron paradigmáticos de la cultura impresa, y fueron vistos por muchos como una decepción en lo relativo a su influencia pública⁴⁰–. Lo interesante es que tanto en un caso como en otro, el propio mensaje jurídico se transformó al entrar en contacto con el nuevo medio: al convertirse en ley escrita el Derecho de la Antigua Grecia cambió respecto de lo fue mientras se transmitió como relato oral –se volvió más unificado, sistemático, abstracto, rígido y complejo, más «moderno», por tanto⁴¹–; del mismo modo que el juicio de Eichmann encarnó un tipo de justicia –un mensaje– substancialmente diferente a la de los juicios de Núremberg –más televisivo, espectacular, victimocéntrico y emotivo⁴²–. En otras palabras: el medio esconde una agenda propia para la comunicación jurídica, que a menudo sólo es descubierta *a posteriori*.

3.2. El Derecho entre la oralidad y la escritura impresa

A tales efectos, una epistemología medial implica la observación de la evolución del Derecho penal desde el prisma de las revoluciones mediáticas, específicamente el tránsito de la oralidad a la escritura en el mundo antiguo, la irrupción de la imprenta en el moderno, y la de los medios electrónicos y digitales en el contemporáneo. Desde dicha perspectiva, por tanto, buena parte de

³⁸ GAGARIN, *Writting Greek Law*, 2008, pp. 67 ss.

³⁹ Así lo expresó el fiscal israelí del caso Eichmann, Gideon Hausnet. Su argumento en favor de una cobertura televisiva centrada en las historias de las víctimas fue que los juicios de Núremberg fueron eficientes en términos de hacer justicia, sin embargo, no llegaron al “corazón de los hombres”, vid. OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 2000, p. 91. Visto desde la teoría de medios, la decisión de Hausner se explica como una adaptación al nuevo entorno televisivo, el cual genera una mentalidad sensible al espectáculo y que siente tedio ante el juicio documental y burocratizado. Sobre ello, CIGÜELA SOLA, «Arendt en Jerusalén: una mente tipográfica contra la espectacularización de la justicia», en *LH a Mirentxu Corcoy*, 2022 (en prensa).

⁴⁰ Dichos juicios fueron considerados demasiado pesados por parte del público: la novelista Rebecca West, quien lo cubrió para el *New York Times*, escribió sobre ellos que fueron “insufriblemente tediosos”: «this reaction was not uncommon», comenta OSIEL (*Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 2000, p. 91), «as one reporter notes: ‘it was the larger crime in history and it promised the greatest courtroom spectacle. [But] what ensued was an excruciatingly long and complex trial that failed to mesmerize a distracted world. Its mass of evidence created boredom»; sobre ello: FELMAN, «A Ghost in the House of Justice: Death and the Language of the Law», en SARAT/SIMON, *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, 2003, pp. 290 ss.

⁴¹ GAGARIN, *Writting Greek Law*, 2008, pp. 10 ss. y 92.

⁴² Si la teoría de medios ha caracterizado el discurso televisivo como dramático, espectacularizador, emotivo, descontextualizador, banalizador y tan rico en imágenes como precario en lenguaje, lo cierto es que esas fueron precisamente las características que algunos analistas educados en la cultura impresa –destacadamente H. ARENDT– reprocharon al juicio, y especialmente a los fiscales. «Whoever planned this auditorium ... has a theater in mind», escribió ARENDT, a la vez que reprochó el constante intento de los fiscales de transformar el juicio en un «show trial», vid., *Eichmann in Jerusalem*, 1963, pp. 4-9.

lo que se ha entendido como Derecho tribal puede comprenderse como producto de entornos socioculturales marcados por la comunicación oral: esa es la razón por la que sociedades tan diversas como la Grecia pre-literaria (reflejada en la obra homérica) y las tribus y reinos germánicos, tuvieron “Derechos” formalmente tan similares. En primer lugar, en una sociedad sin escritura las leyes están profundamente marcadas por su necesaria transmisión oral: las conductas se regulan básicamente mediante «refranes y proverbios»⁴³ que se repiten incesantemente y se ritualizan para facilitar su memorización, pues la memoria de la colectividad es la única forma de transmitir el *ethos* social en ausencia de registro documental⁴⁴. En una sociedad así uno aprende a no matar escuchando relatos en los que el homicida recibe un castigo de los dioses o una desgracia natural. En ese sentido, la ley no se puede observar, ni analizar, ni diferenciar del mito, como tampoco sufre grandes innovaciones (esto requiere de la escritura como avance pre-adaptativo); sin embargo se mantiene con ella una relación orgánica, comunitaria y sensitiva, todas ellas prestaciones que recibe del medio hablado –el desapego que los modernos sentimos hacia la ley tiene como precondition una avanzada textualización, mientras que para el individuo tribal la ley aparece como un «eco del alma»⁴⁵ –. También el juicio en sociedad aparece como una «maquinaria oral»⁴⁶, donde las partes hablan frente al *demos* y el comité de ancianos –depositarios de una tradición, a su vez, oral– y en la que vence quien pronuncie su justicia de forma más convincente frente a una audiencia, a la que corresponde aclamar en favor del vencedor. En fin, las características que tradicionalmente se asocian a la justicia tribal, su carácter simplificado, emotivo, flexible, ritual, personalista, poético, popular o mítico, son características asociadas a su transmisión a través de la palabra hablada. Tan pronto como las normas pasaron a un formato escrito, aquella justicia se fue transformando en otra más racional, rígida, formal, especializada, abstracta y conectada no tanto al *mito* (oral) como a una *historia* (escrita).

En esa línea, buena parte de lo que entendemos como características del Derecho moderno, también del penal, constituyen prestaciones de la tecnología de la escritura y del tipo específico de cultura que surgió de ella. La escritura estabilizó el Derecho en signos externos y perdurables, le otorgó rigidez, liberándolo de las presiones memorísticas propias de la oralidad. El Derecho dejó de ser algo que la comunidad conservaba y repetía oral y ritualmente, para pasar a ser una tarea altamente especializada, a cargo de una élite lecto-escritora crecientemente separada de la sociedad, representante de una nueva idea de razón jurídico-textual. La *textualización* del Derecho⁴⁷ hizo surgir, a su vez, una multiplicidad de *diferenciacines* (signo/sentido, Derecho/costumbre; texto/contexto, derecho natural/positivo, etc.) a partir de las cuales se hizo posible lo que constituye el principal motor evolutivo del Derecho, a saber: la interpretación, esto es, la asignación de nuevos sentidos a unos signos escritos, y la adaptación de estos a

⁴³ ONG, *Oralidad y escritura*, 2016, p. 80.

⁴⁴ HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996, p. 103 y s. El carácter proverbial de los imperativos de justicia se halla tanto en la *Iliada* como en la *Odisea*, y tanto en ellas como en Hesíodo los proverbios tienen un origen divino; también, BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, p. 62 [id. 59: «The expression of legal rules in poetic images helped to stamp them on the memory. (...) The law was contained in a multitude of proverbs»].

⁴⁵ TAYLOR, *The Masks of Society*, 1966, p. 4.

⁴⁶ HAVELOCK. *The Greek Concept of Justice*, 1978, p. 135, 136. La justicia oral, añade, «no consiste en un conjunto de principios preexistentes o en un conjunto de reglas impuestas por jueces a la luz de dichos principios», sino en «un símbolo o proceso vehiculado a través de la persuasión y la convicción orales»; similar, GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 15 ss. (p. 16: «The oral and performative nature of the process being depicted is clear»); TODD, «Law and oratory at Athens», en GAGARIN/COHEN (eds.) *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, pp. 97 ss.

⁴⁷ HEINZ-LADEUR, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, 2016.

circunstancias sociales novedosas –y en último término al caso concreto⁴⁸–. Ese juego entre signo y sentido, estabilidad y apertura semántica, tradición e innovación, resume buena parte de la evolución del Derecho desde la Antigua Grecia. A partir de entonces la sociedad iba a remontarse siempre a un texto “originario” (un *corpus iuris*, una Constitución, etc.), pero a su vez iba a abrirse al cambio mediante la labor re-interpretativa⁴⁹. La escritura diferenció al Derecho de la sociedad también en lo relativo a la producción de nuevos espacios y tiempos. Frente al carácter asambleario y congregacional del juicio oral, ejercido en un espacio comunitario lleno de ruidos⁵⁰, la escritura genera espacios de justicia –las Cortes– separados de la sociedad, «recortados y destacados del mundo habitual»⁵¹, preparados para dar cabida a los nuevos ingredientes textuales (códigos, documentos, pinceles, ribetes, protocolos) que se superponen a la comunicación oral. De ellos va a emerger una nueva idea de justicia, menos dependiente del sentir popular (al menos en lo explícito) y más conectada a una racionalidad textual especializada (coherencia argumentativa, literalidad, sistematicidad, etc.). Los textos hicieron surgir, a su vez, un nuevo régimen temporal para el Derecho, un constante aplazamiento de la decisión, absolutamente crucial tanto para la contención de las prácticas vengativas como para el surgimiento de la noción de presunción de inocencia. Si bien estos logros evolutivos se sitúan en el plano moral, están claramente conectados con la distancia, tecnológicamente fundada, que emerge entre el conflicto y la aplicación de una ley escrita que es menester interpretar⁵².

Estas prestaciones, apenas esbozadas, sólo fueron completamente desarrolladas tras la invención y expansión de la imprenta, pues hasta bien entrada la modernidad la escritura fue un logro evolutivo con muy poca implantación social, y por lo tanto con una influencia decisiva pero limitada. Ahora bien, una vez la cultura impresa desplegó todos sus efectos, coincidiendo con una cierta alfabetización social, quedaron afianzados los mimbres socioculturales en los que el Derecho penal moderno pudo emerger⁵³. En la línea de lo que ha sostenido VESTING, muchos de los logros evolutivos que se atribuyen a la Ilustración –como fenómeno cultural– son anteriormente logros de la escritura impresa –fenómeno mediático–: la capacidad individual de reflexionar sobre y distanciarse del contenido de las normas, la nueva sensibilidad hacia el dolor y el rechazo hacia la tortura y otras formas de castigo cruel, el respeto a la individualidad y las libertades civiles, la cultura de la culpa, todo ello está relacionado con la nueva «interioridad subjetiva» que surgió de la mano de la literatura moderna y la reforma protestante, sucesos estos,

⁴⁸ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 254 ss.; también, THOMAS, «Writing, Law, and Written Law», en GAGARIN/COHEN (eds.) *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, p. 42; la dogmática penal, como hermenéutica de los símbolos (escritos) se inserta claramente en esa tradición, vid. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, p. 134.

⁴⁹ VESTING, *Die Medien des Rechts II: Schrift*, 2011, § 2/2.; sobre ello en relación con la escolástica de los siglos XI y XII, en los cuales se “textualizó” (es decir: se compiló, sistematizó y comentó) el Derecho romano y canónico, modificando radicalmente el estado de cosas propio del Derecho oral germánico que imperó desde el siglo VI: BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 85 y ss.; también, GARCÍA DE LA TORRE, *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, tesis doctoral inédita, UPF, 2020, Cap. I. El origen de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho, que VESTING (*Rechtstheorie*, 2005, § 278) sitúa en el humanismo, lo encontramos por tanto mucho antes, precisamente en las élites universitarias y eclesiales que desarrollaron el método escolástico de análisis del Derecho.

⁵⁰ HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978 p. 136; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 17 s.

⁵¹ HUIZINGA, *Homo ludens*, 1972, p. 97.

⁵² HILGEBRANDT, en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 181: «Though a notion like the presumption of innocence is a moral notion, it is also connected with this distance, with the delay between the criminal charge and the conviction or the acquittal. In a society without a script and or one beyond the printing press our current understanding of the presumption of innocence may not work, because there is no res judicata, no imposed jurisdiction, no monopoly of violence; no need to interpret a text that is fixed on matter».

⁵³ HILGEBRANDT, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 174 ss.

a su vez, radicalmente conectados al surgimiento del libro impreso⁵⁴. También el surgimiento de una «esfera pública» de discusión y deliberación en el siglo XIX⁵⁵, la misma que actualmente es considerada por una parte de la ciencia penal –especialmente por K. GÜNTHER⁵⁶– como precondición de la legítima atribución de culpabilidad, se ha conectado con la impresión y difusión de prensa escrita. En fin, desde una epistemología medial incluso la moderna cultura de la legalidad –*lex scripta*, seguridad jurídica, accesibilidad de la ley a sus destinatarios– se revela como el producto principal que la cultura de la imprenta aguardaba para el Derecho⁵⁷. Esto es: resulta impensable sin una infraestructura mediática muy específica y, como en seguida se argumentará, actualmente en crisis.

4. Algunas hipótesis sobre la influencia del medio digital en el Derecho penal

La cultura jurídica basada en la escritura impresa y que se acaba de esbozar, sufrió una primera convulsión en los años 30 a raíz de la irrupción de los medios eléctricos⁵⁸. En los años 60 y de la mano del medio televisivo, se consolidó una “sociedad del espectáculo” que llevó esa crisis por otros derroteros. La última gran revolución mediática ha venido de la mano de internet y las tecnologías digitales, cuya expansión en las últimas décadas está transformando todas las dimensiones de la vida personal y social, a un ritmo e intensidad en muchos sentidos angustiante; está transformando, además, al resto de tecnologías de la comunicación, las cuales se vienen adaptando a la súbita hegemonía que la cultura digital está adquiriendo (no se escribe igual desde que existe internet, ni la televisión ha mantenido intactos sus lenguajes y formatos). La revolución cognitiva y sociocultural que ello supone está a la altura de la invención de la escritura o la imprenta: si éstas superpusieron al mundo de la oralidad un nuevo mundo textual, lleno de «signos a descifrar»⁵⁹ (en el cual, además, se instaló el propio Derecho), los medios digitales estarían superponiendo a todo ello un nuevo reino de lo virtual, con una acumulación sin precedentes de códigos, datos e imágenes consumidos a un ritmo vertiginoso. En oposición a la cultura que emergió del libro impreso, caracterizada por los teóricos de medios como cerrada, secuencial, rígida, fronteriza, especializada, reflexiva, racional y tantos otros atributos de lo que llamamos modernidad, la cultura que emerge de lo digital es radicalmente distinta: su carácter abierto, acumulativo, flexible, a-fronterizo, reticular, espontáneo, emotivo e interactivo nos

⁵⁴ VESTING, *Medien des Rechts III: Buchdruck*, 2013, § 5/1; HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, 2007, p. 35, quien relaciona el declive del castigo como imposición de dolor físico y otras formas de tortura con la nueva sensibilidad que surgió de la lectura de novelas durante el siglo XVIII: producto cultural principal de la cultura impresa, las novelas generaron una nueva psicología, empática y sensible a las emociones ajenas, para la cual el castigo corporal fue deviniendo bárbaro e inaceptable, empujando a formas más “abstractas” de castigo, destacadamente la prisión; EISENSTEIN, *The Printing Press as an Agent of Change*, 1979; MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 2006, pp. 185 s.

⁵⁵ HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990; HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2011, § III a.

⁵⁶ GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005.

⁵⁷ Así, el expresivo pasaje del propio BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2008, pp. 23 s., quien exhibiendo una cierta conciencia medial atribuye a la imprenta la no sólo el hacer depositario de las leyes al público, e incluso la disminución de la atrocidad de los delitos.

⁵⁸ Sobre la relación entre los convulsos años 30 y los medios eléctricos: MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, pp. 307 s.; HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1986, pp. 56 s.; también; VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 1/3. y ss. El medio impreso, por su parte, había contribuido durante el siglo XIX al surgimiento de un sentimiento nacionalista y a una enorme difusión de propaganda racista y antisemita presentada bajo el velo de textos científicos: al respecto ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, pp. 63 ss.

⁵⁹ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2006, pp. 35 ss.

coloca, como *homo digitalis*⁶⁰, en las antípodas del *typographicus*. Lejos, por tanto, del “sujeto” del Derecho moderno.

Desde el punto de vista de una epistemología medial, resulta obvio que los símbolos penales –como parte de la sociedad y la cultura– no escapan a la influencia de ese nuevo mundo, y que la labor del legislador penal, el abogado, el juez o incluso el académico está sufriendo graves irritaciones por el nuevo entorno mediático en el que cada uno de ellos –de nosotros– ejerce su función. En términos generales, la hipótesis es que buena parte de *las crisis* del Derecho penal –la de la presunción de inocencia, la del principio del hecho, la de la racionalidad político-criminal, la de la confianza en el sistema jurídico, etc.– están conectadas con una cierta obsolescencia de las modernas nociones de justicia. En otras palabras, que éstas han estado (más o menos) vigentes en un entorno mediático y cultural marcado por la cultura del libro impreso, y tan pronto como dicho entorno se ha transformado, aquellas han comenzado a mostrar signos de contraculturalidad y, por tanto, a verse sometidas a fuertes tensiones. A continuación, esbozaré más detalladamente esa hipótesis, poniendo el foco en tres dimensiones de la justicia penal: en la praxis deliberativa en materia político-criminal, en la práctica punitiva y en la labor judicial penal.

4.1. Irritaciones en la dimensión deliberativa de la política-criminal: las redes y el “disenso manufacturado”

A día de hoy es dominante la tesis de que la legitimidad del Derecho penal, como sistema que legisla e impone penas, tiene como preconditione la existencia de un sistema político libre e inclusivo, en el que los ciudadanos deliberan y reflexionan sobre el contenido de las normas y las políticas públicas penales, en un intercambio dinámico entre los roles de autor y destinatario de normas (en lenguaje de medios: de escritor y lector)⁶¹. La legitimidad del sistema político, por su parte, tiene sus propias condiciones. Sólo cuando existe un entorno propicio para la reflexión racional, la deliberación y el libre y honesto intercambio de perspectivas entre los diferentes partícipes del discurso es posible generar el tipo de *outputs* que a la postre han de ser considerados legítimos. Este paradigma, última mutación de la Ilustración en su intento de defender una racionalidad común, piensa lo político como una cuestión dialógica y no (o no sólo) como equilibrios estratégicos de poder: al dialogar aprendo sobre otros puntos de vista, advierto problemas que me parecían irrelevantes, relativizo mis propias opiniones y me expongo a ser convencido por el poder del mejor argumento. Los escenarios dialógicos inclusivos permiten obtener dos rendimientos fundamentales para la democracia: por un lado, la reducción del disenso, en el sentido de que las posiciones políticas de quienes se hablan y se escuchan tienden a acercarse, mientras que las de quienes se combaten estratégicamente sin escucharse tienden a alejarse y a mantenerse en sus propios burbujas y sesgos de confirmación⁶²; por otro, el aumento de legitimidad (percibida), pues una decisión sometida al debate público inclusivo tiende a ser vista como legítima a pesar de los resultados que pueda tener (“nos equivocamos, pero nos equivocamos todos”, dirían los participantes). El pegamento que une a los individuos y que los lleva a dialogar entre sí es la idea de ciudadanía: quienes dialogan se visualizan a sí mismos por lo que tienen en común –miembros de una ciudad–, y no por lo que tienen de diferente –la raza,

⁶⁰ STADLER, *The Digital Condition*, 2018; LOGAN, *Understanding New Media*, 2016; CASTELLS, *La Galaxia Internet*, 2001; sobre las implicaciones en el ámbito del derecho: VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015; HEINZ-LADEUR, *Das Recht der Netzwerkgesellschaft*, 2015.

⁶¹ Por todos: GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245 ss.

⁶² Sobre ello: HAIDT, *The Righteous Mind*, 2012.

el género, la clase social⁶³-. Como se adelantó, el surgimiento de dicha esfera pública de discusión fue una prestación de la escritura impresa: la idea misma de “esfera pública” es una virtualidad, cuya primera (y precaria) concreción histórico-material la hallamos en los grupos de discusión que emergieron durante el siglo XVIII alrededor de los primeros periódicos y revistas especializadas, que hicieron surgir una noción de lo “público” anteriormente inexistente⁶⁴.

El propio HABERMAS es consciente, en fin, de que construir una sociedad sobre la base de ese paradigma es una empresa ardua⁶⁵. Muchas de las dificultades tienen que ver con que a menudo es la propia constitución mediática de la sociedad la que conspira contra la consecución de una deliberación libre e inclusiva: por ej., cuando una élite o facción censura determinados discursos o monopoliza los medios de acceso a la esfera pública, o cuando los intervinientes no respetan las mínimas reglas del discurso y utilizan argumentos tramposos. Si bien las patologías de la esfera pública moderna –esto es: de la que emergió de la cultura impresa– tenían que ver con su carácter infra-inclusivo (sólo varones los burgueses tenían acceso a los contenidos textuales de la deliberación)⁶⁶, las dificultades a partir de la segunda mitad del siglo XX cambiaron de signo: desde los años 80, la esfera pública democrática se fue degradando por la influencia de la televisión privada y “la mercantilización de la atención pública” que ella supuso; también por el cambio en las reglas del discurso público, el cual se ha ido asemejando progresivamente al formato simple, breve, dramático y entretenido propio del mundo del entretenimiento y el espectáculo⁶⁷. Como sostuvo DEBORD, el espectáculo es «lo opuesto al diálogo»⁶⁸.

Si uno observa, por ejemplo, el modo en que se desarrollan las “tertulias televisivas” relativas a asuntos penales, verá que en ellas no hay nada que se parezca a una deliberación: todo lo que allí encontramos es una teatralización espectacular en la que cada tertuliano busca satisfacer a su tribu (derecha/izquierda; conservadurismo/progresismo; etc.) a costa de ridiculizar y humillar al contrario, con una total indiferencia hacia las razones que éste pueda ofrecer, y con la presión de generar la suficiente polémica como para mantener los niveles de audiencia. Ganar en esas tertulias no es convencer al contrario o aprender algo de él. Ganar significa un video viral en *Youtube* subido por un compañero de tribu en la que el otro aparece humillado –en lenguaje coloquial, se trata de la “cultura del ¡Zasca!”-. Sin embargo, incluso las tertulias televisivas han cambiado radicalmente tras la irrupción de las redes digitales: los debates televisivos especializados y “densos” argumentalmente que todavía existían en los años 80 y 90 han perecido en favor de tertulias altamente dramatizadas y sensacionalistas; la razón del cambio, según la teoría de medios, es que el propio lenguaje televisivo, que antes tenía que competir con lo impreso (y por lo tanto imitar sus formatos), ahora compete con Internet, lo que le obliga a formatos más agresivos.

Las redes sociales están sometiendo a nuevas e intensas tensiones al ideal discursivo, y poco a poco se viene relativizando su descripción inicial como motor democratizador: la lógica de las redes es algorítmica y popular, pero no necesariamente democrática⁶⁹. En primer lugar, los

⁶³ Las referencias fundamentales: HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1998, especialmente Cap. VII y VIII; sobre la cuestión de la ciudadanía, ver pp. 632 ss.; ARENDT, *La condición humana*, 1993, pp. 59 ss.

⁶⁴ HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990.

⁶⁵ HABERMAS, «Political Communication in Media Society», *Communication Theory*, (16-4), 2006.

⁶⁶ HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.; STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 12 ss.

⁶⁷ Sobre esta transformación, fundamental: POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death*, 2005; WILLIAMS, *Television: Technology and Cultural Form*, 1974; GARLAND, *La cultura del control*, 2005, p. 103; ALBRECHT, *ZStW*, (111), 1999, p. 888; VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 4/3.2; p. 155 ff. HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.

⁶⁸ DEBORD, *Sociedad del espectáculo*, 2015, § 18.

⁶⁹ STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 127 ss., quien argumenta que los nuevos medios han consolidado una

contenidos digitales no están sometidos a filtro editorial alguno que garantice su calidad discursiva o periodística, sino que son procesados por códigos algorítmicos corporativos, los cuales determinan su visibilidad en función de criterios de popularidad del emisor (se habla de *influencers*) y coincidencia; *a priori*, no obstante, cualquier usuario puede informar, comentar y compartir contenidos en la red, lo que genera beneficios en términos de apertura y participación en la producción de sentido, y riesgos en lo relativo a la calidad y veracidad de los contenidos⁷⁰. Por otra parte, los algoritmos personalizan la información: a diferencia de los medios de masas tradicionales, que se dirigían simultáneamente a una audiencia masiva,⁷¹ el discurso digital se dirige individualmente a cada usuario, el cual recibe comunicaciones acordes a la identidad digital que un sofisticado sistema de vigilancia registra sobre él. Se trata de un bucle de retroalimentación: la información se adapta al usuario, y a la vez el usuario va siendo moldeado por el algoritmo. Con ello, el imaginario penal colectivo, esto es, el conjunto de símbolos mediante los cuales se comunica que algo es “peligroso”, “seguro”, “criminal” o que está “prohibido”, se fragmenta progresivamente en múltiples burbujas⁷². De ese modo, la propia existencia de una “esfera pública común” sobre la que construir consensos colectivos corre el riesgo de resquebrajarse en favor de una visión “agonista” de la misma⁷³, confirmando por la vía tecnológica una lectura *schmittiana* de lo político como antagonismo, reivindicada –*contra Habermas*– por teóricos del populismo como Chantal MOUFFLE⁷⁴. De modo que, si el efecto patológico de los medios de masas tradicionales (periódicos y televisión) era que producían una especie de «consenso manufacturado»⁷⁵, en este caso el temor es que los medios digitales estén produciendo algo así como un “disenso manufacturado”: las diferentes tribus digitales están llamadas a no ponerse de acuerdo, en la medida en que no comparten un mundo en común y, además, el que cada una tiene resulta a menudo incomprensible para el resto.

La comunicación digital no sólo se caracteriza por la fragmentación algorítmicamente producida, sino también por la presión por la viralidad. Si bien en la sociedad oral la simplificación del mensaje legal en refranes o proverbios era una respuesta a la presión mnemotécnica, en la actual era digital la presión está relacionada con la exigencia de que los contenidos sean virales, esto es, fácil y rápidamente reproducibles. La viralidad de un contenido (la noticia de un crimen, la

especie de «post-democracia», donde lo que se produce es una «participación sin ejercicio real de poder» por parte de los usuarios; en pocas palabras, las redes están abiertas a todo el que tenga medios para conectarse a ellas, sin embargo las reglas algorítmicas que las gobiernan están controladas por una élite hiper-extractiva; fundamental, HINDMAN, *The Myth of Digital Democracy*, 2009.

⁷⁰ Se ha de tener en cuenta que el problema de la *fake news* es complejo y no se puede circunscribir a la influencia de las redes, ver: MIRÓ-LINARES/AGUERRI, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», *European Journal of Criminology*, 2021.

⁷¹ En palabras de ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, a “comunidades imaginadas”, definidas precisamente por compartir un mundo en común mediáticamente constituido.

⁷² PARISER, *The Filter Bubble*, 2012; SUNSTEIN, *Republic.com 2.0.*, 2009; STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 101 s.

⁷³ Así, HABERMAS, *Communication Theory*, (16-4), 2006, p. 423: «In the context of liberal regimes, the rise of millions of fragmented chat rooms across the world tend instead to lead to the fragmentation of large but politically focused mass audiences into a huge number of isolated issue publics»; HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.

⁷⁴ MOUFFE, *On the Political*, 2005, pp. 13 ss., quien reivindica la teoría de SCHMITT según la cual lo político se constituye en torno al antagonismo entre amigo y enemigo; si embargo, para MOUFFE y a diferencia de SCHMITT, la política se constituye no antagónica sino “agónicamente”, lo que quiere decir que la relación entre el “nosotros” y el “ellos” es de adversarios, no enemigos, los cuales comparten un “espacio simbólico común” (p. 20), lo cual, igual que en el planteamiento discursivo de HABERMAS, tiene pre-condiciones mediáticas determinadas; siguiendo a MOUFFE, LACLAU, *La Razón Populista*, 2018, pp. 212, quien se suma a la crítica del “sueño del consenso racional” habermasiano; también, FRASER, «Rethinking the Public Sphere», *Social Text*, (25-26), 1990, pp. 56-80.

⁷⁵ HERMAN/CHOMSKY, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, 1988.

imagen de un criminal, una propuesta política) está relacionada con la codificación algorítmica, y esta es variable, dinámica y difícil de describir en términos generales –además de incontrolable para el usuario⁷⁶–. Un vistazo a las tendencias de *twitter* o a los mensajes virales de *Whatsapp* revela que la comunicación exitosa –en el ámbito penal– tiende a adoptar formas extremas, agresivas, poco matizadas, con alta carga emotiva, con primacía de la perspectiva de la víctima y con escasa complejidad discursiva⁷⁷. En las redes sociales, cualquier intento de argumentación matizada, de construcción de consensos o de comprensión del adversario (aquí: el delincuente) es fácilmente caricaturizable con argumentos *ad hominem*; los memes, las *shitstorms*, los *stickers* y los eslóganes circulan mucho más masivamente que los argumentos o los análisis en profundidad –que también los hay, no obstante, en las redes–. En ese sentido, la doctrina ha tendido a atribuir la *esloganización* del discurso penal a una estrategia populista de conectar la legislación con las intuiciones y con el «sentido común» popular⁷⁸. Sin negar lo anterior, la hipótesis sería que la utilización de fórmulas simples e impactantes (“*Life means Life*”, “*Three Strikes*”, “*Zero Tolerance*”, “*No means no*”, “*victims first*”, “*Black lives Matter*”, “*sólo sí es sí*”) revela además un “efecto adaptación” de la cultura penal al nuevo entorno mediático y a las formas de comunicación rápida, a modo de «descarga emotiva instantánea»⁷⁹ que éste promueve.

Otro efecto transversal de los medios digitales en la cultura penal tiene que ver con un proceso de “popularización” en la comunicación, de hecho, análogo al que produjo la imprenta en la Edad Media. Si el medio impreso abrió la creación, distribución y consumo de contenidos políticos y culturales a una población más amplia que en la exclusivista era del manuscrito⁸⁰, los medios digitales la han abierto de manera mucho más indiscriminada, generando canales de participación en la producción y negociación de sentidos que anteriormente no existían. La creciente importancia de los “gestores atípicos de la moral” en la política penal tiene mucho que ver con ese proceso y con la cultura del ciberactivismo o *hashtag activism* que ha emergido en las últimas décadas. Mientras la atención pública estaba monopolizada por los periódicos y la televisión, la posibilidad de atraer atención hacia una causa estaba muy limitada por los filtros editoriales, de modo que emprender una cruzada moral tenía costes elevados. Los nuevos medios minimizan drásticamente esos costes, no sólo porque cualquiera puede publicar videos o mensajes en Facebook o Twitter y poner en marcha pánicos morales virales, sino también porque la propia red social pone a disposición del cruzado un enjambre infinito de potenciales simpatizantes, con los que además puede interactuar instantáneamente y organizarse para presionar a políticos, periodistas y otros profesionales, y en el extremo –no infrecuente– linchamientos contra quienes funcionan como “chivos expiatorios” del mal contra el que se combate (sea la inmigración, el patriarcado, el comunismo y un largo etcétera)⁸¹. El horizonte de toda esta actividad digital no es sólo cambiar la legislación y aumentar la protección del colectivo

⁷⁶ STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 104 ss.

⁷⁷ HAN, *En el enjambre*, 2014; EL MISMO, *Digitale Rationalität und das Ende des kommunikativen Handelns*, 2013; VESTING, *Die Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 4/3.2.

⁷⁸ PRATT, *Penal populism*, 2006, p. 22.

⁷⁹ HAN, *En el enjambre*, 2014, pp. 13 ss. Al respecto decía un ingenioso periodista que «cuando desbordan Twitter y recalán en WhatsApp, los tuits más exitosos ya están maduros para transportarse al Congreso, donde los diputados los interpretan entre aspavientos»; «el Congreso – concluía– es el Estudio Estadio de Twitter, el resumen semanal de los tuits más aclamados, ingeniosos o agresivos repetidos al micrófono por sus autores, los diputados» (JABOIS, M., «Fase 0 en el Congreso, y bajando», *El País*, 20 de Mayo de 2020).

⁸⁰ Cfr. EISENSTEIN, *The Printing Press as an Agent of Change*, 1979; VESTING, *Die Medien des Rechts III: Buchdruck*, 2015, § 2/1.2.

⁸¹ Sobre todo ello, fundamental: CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture*, 2018, pp. 63 ss.; HIER, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing agenda», *Crime, Media, Culture*, (15-2), 2019, pp. 379 ss.

vulnerable a costa de una mayor criminalización del opresor, sino también utilizar los símbolos penales para vencer en las guerras culturales⁸².

El medio digital ha hecho emerger, en suma, un enjambre de individuos fluidamente interconectados a través de pantallas, constituidos por identidades a la vez vaporosas y excluyentes y por burbujas informativas, más orientados al entretenimiento emotivo-agresivo que a la participación deliberativa. En un contexto así, el delincuente tiende a aparecer no como ciudadano sino como enemigo, en su condición de extranjero, varón dominante, marginado social, élite corrupta, etc.; mientras que la víctima aparece como una voz incensurable, como arma de batalla político-cultural cuya imagen hay que martirizar en las redes sociales, incluso en contra de su propia voluntad (como ocurrió en el caso de la madre del llamado “pescaito”)⁸³. La hipótesis es, en este punto, que existe un nexo a menudo inadvertido entre estas tendencias político-criminales, que tienden a ser aglutinadas –no sin cierta razón– bajo el rótulo de populismo penal,⁸⁴ y la irrupción de los medios digitales: a éstos se les atribuye habitualmente un potencial democratizador, sin embargo, manifiestan una tendencia a fragmentar y polarizar emocionalmente a las audiencias y por lo tanto conducen a un (nuevo) alejamiento del contexto deliberativo ideal.

4.2. Irritaciones en la práctica punitiva: el medio digital y el castigo colaborativo

También la pena –como símbolo de reproche– sufre intensas irritaciones al entrar en contacto con el entorno digital. En primer lugar, y en cierto modo actualizando muchos de los rasgos que tuvo en las culturas orales, el castigo ha sufrido un proceso de “popularización” y “privatización” que tensiona el carácter público y garantista que se le atribuye desde la modernidad⁸⁵. En síntesis, estarían ocurriendo dos fenómenos yuxtapuestos: por un lado, un proceso por el que el entorno mediático –principalmente las redes, en simbiosis con medios de masas más tradicionales– ofrece a sus usuarios un sistema de “justicia paralela” al sistema penal estatal, que a veces lo complementa y otras veces lo desplaza; por otro, un proceso en virtud del cual el propio castigo estatal está *digitalizándose*, y en esa medida está transformando su contenido comunicativo, concretamente, la naturaleza y alcance del estigma. Como resultado, la gestión del proceso de estigmatización está hoy en manos de una especie de leviatán híbrido donde se mezcla lo *público*, lo *privado* y lo *popular*, en el que el Estado es sólo un agente más de un *continuum* formado por las redes, los buscadores y el resto de medios, las corporaciones (principalmente las tecnológicas), como también renovados gestores atípicos de la moral y por supuesto las propias audiencias y las víctimas.

Dentro del espectro de las prácticas punitivas, los efectos de la cultura digital se observan principalmente en los procesos de justicia paralela resultantes en acosos, linchamientos o acusaciones populares –lo que se ha venido llamando “cultura de la cancelación”–. Su hibridación con el proceso penal formal es compleja y variable: en ocasiones el juicio paralelo se adelanta e incluso hace surgir al proceso público, a veces funciona simultáneamente, a veces

⁸² WILENMANN, «Framing meaning through Criminalization», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019.

⁸³ Sobre el dispositivo de la “victimización”, GIGLIOLI, *Crítica de la víctima*, 2017.

⁸⁴ PRATT, *Penal populism*, 2006; LARRAURI, “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *RJD*, (55) 2006, pp. 15-22; ampliamente: CIGÜELA SOLA, *REDPC*, (22-12), 2020.

⁸⁵ LAGESON/MARUNA, «Digital degradation: Stigma management in the internet age», *Punishment & Society*, (20-1), 2018, p. 115: «the internet has created a space for a partial return to the sort of public engagement in the punishment process described by Durkheim».

llega más tarde y una vez el sujeto ha sido declarado inocente, y en otras tiene lugar sin que el caso llegue jamás a conocimiento de un Tribunal. Estos procesos no deben confundirse con prácticas institucionalizadas de justicia popular como el jurado o los procesos de justicia restaurativa; tampoco se trata de actos de violencia arbitraria, ni de disturbios u otras formas de violencia colectiva aparentemente irracionales. Al contrario, las prácticas de justicia paralela, siendo informales o contra-institucionales, se auto-conciben como actos legitimados por el grupo social al que dicen representar (“la nación”, “las mujeres”, “las víctimas”, “el barrio”, etc.). Como ha documentado Sarah E. LAGESON, quienes los ejecutan suelen hacerlo con el pretexto de que las instituciones públicas no responden a las necesidades reales de la comunidad y de las víctimas, por ser ineficientes, indulgentes o elitistas, razón por la cual la propia “comunidad” –a menudo: el enjambre digital– debe protegerse a sí misma aplicando sus propios métodos de justicia⁸⁶. De algún modo, los juicios paralelos serían la extensión en el ámbito penal de toda una cultura “colaborativa” típicamente digital: del mismo modo que uno busca simpatizantes en las redes para causas benéficas o para una iniciativa empresarial (*crowdfunding*, en argot), lo busca para movilizar el castigo informal de un infractor (*crowdpunishing*, en este caso).

Esta transformación tiene mucho que ver con los efectos tanto psicológicos como culturales del medio digital: para una mente moldeada por la espontaneidad, la agilidad y la falta de filtros de dicho medio, la expectativa de tener que pasar por el lento y burocrático proceso penal formal, con sus exigencias probatorias, sus garantías para el acusado, sus largas esperas y sus requerimientos formales, constituye una alternativa crecientemente contracultural. ¿Qué razón habría para esperar años a que un juez determine si tengo razón y el otro merece un castigo, cuando puedo movilizar, en apenas unos minutos y a través de las redes, a un enjambre de simpatizantes anónimos para que me reconozca como víctima, declare al agresor como culpable y presione para que le despidan del trabajo, le acosen y le linchen en la hoguera digital? Efectivamente hay muchas razones, todas las que fundamentan el carácter garantista y público del proceso penal, entre ellas que nadie sabe qué normas son las que se aplican, conforme a qué pruebas, ni qué legitimidad tiene un grupo de usuarios de Twitter para administrar el estigma penal. El problema es que esas razones han dejado de resultar sugerentes para mucha gente, y buena parte de ese desapego respecto de las instituciones forma parte del mensaje que el medio digital porta consigo en lo relativo a la administración de bienes y servicios (también los públicos)⁸⁷. La hipótesis sería que de las redes emerge un tipo de subjetividad que, aun cuando no renuncia a exigir al Estado protección y reconocimiento, contempla de modo creciente alternativas mediante las cuales agilizar sus reclamos. Así, redes como Facebook o Twitter ejercen a la perfección el papel de “comunidad sustitutiva”, tanto en lo relativo a la vigilancia de la criminalidad, la “cancelación” del adversario, como también en relación con el soporte emocional, todo ello sin apenas mediaciones, instituciones, cargas probatorias o procedimentales, a golpe de *clicks* y *likes*⁸⁸.

Allá donde –como en EE.UU.– el propio Estado digitaliza el conjunto de operaciones policiales y judiciales, y además las publicita bajo el pretexto de garantizar el acceso a la información pública,

⁸⁶ Fundamental: LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, sobre las racionalizaciones de quienes emplean métodos de justicia paralela: pp. 91 ss.; una justificación clásica desde el prisma de la izquierda política: FOUCAULT, «On popular justice: A discussion with Maoists», en *Power-Knowledge*, 1977, p. 32.

⁸⁷ En ese sentido, GARAPON/LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018.

⁸⁸ CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture*, 2018, p. 259, quienes sostienen que las redes no sólo facilitan el acceso a las instituciones que están a cargo de perseguir el crimen (y por lo tanto estimulan una cultura de la denuncia), sino que además generan un acceso directo a un enjambre digital que actúa en sí mismo como autoridad substitutiva.

lo que hace es contribuir a la privatización y popularización de la gestión del estigma penal. Con ello, como ha destacado LAGESON, los datos relativos a la justicia penal pasan a convertirse en mercancías al servicio de la incipiente industria del dato, la cual los colecta, sistematiza y vende a otras empresas interesadas en dicha información (compañías de seguros, bancos, farmacéuticas, etc.); como también en información a explotar por colectivos que ejercen como *digilantes*, esto es, creadores de contenido (*bloggers, youtubers*), operadores *web* y administradores de redes sociales que se auto-atribuyen la función de “proteger los barrios” por medio de la recolección, sistematización y publicación de todo tipo de información relacionada con la seguridad penal (identidades de agresores, espacios y calles inseguras, propuestas políticas discutidas en tiempo real, etc.)⁸⁹. Este fenómeno, aún anecdótico en Europa, ha adquirido en Estados Unidos una dimensión escalofriante, con cientos y miles de *webs* y grupos de Facebook informando sobre la identidad de personas arrestadas, acusadas o condenadas por un delito, las cuales quedan socialmente degradadas y perjudicadas a la hora de obtener trabajos, vivienda o vínculos sociales. Detrás del fenómeno de recolección y publicación de datos estigmatizadores hay, además, todo un entramado económico, con empresas especializadas en borrar el estigma digital a cambio de grandes sumas de dinero, a menudo con pocos visos de éxito⁹⁰.

El mensaje del medio digital es, por tanto, la popularización y privatización de la justicia penal tanto a nivel sancionatorio como a nivel preventivo-policial. Esa hibridación de lógicas, medios y audiencias en la gestión del estigma penal conduce a un constante choque de normatividades: la normatividad jurídico-pública, definida por espacios fronterizos (el Estado), procesos burocratizados y garantías y conceptos rígidos (esto es: escritos), colisiona y compite frente a una normatividad algorítmica que diluye los contornos clásicos del castigo y, de algún modo, los hace implosionar. Frente a aquella opone un estigma caracterizado de modo muy diverso: (i) *des-espacializado*, pues internet desconoce fronteras, y la plaza pública en la que se avergüenza al condenado es hoy la propia «pantalla global»⁹¹; (ii) *des-burocratizado*, pues las normas y procesos son sustituidos por el algoritmo y la comunidad digital; (iii) *imprescriptible*, pues los medios digitales tienden a ser medios sin olvido; (iv) con lógicas de selección diversas, ya que los juicios digitales no siempre responden al clásico modelo “*top-down*”, sino que circulan igualmente bajo las reglas de la viralidad, las cuales implican que el mensaje se reproducirá más cuanto más célebre o público sea el “señalado”, como también cuanto más encaje el caso en cuestión en las lógicas de las guerras culturales y la polarización⁹²; (v) con reglas laxas no pre-definidas, que

⁸⁹ LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, pp. 91 ss.

⁹⁰ LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, pp. 137 ss. El curso de acontecimientos tiende a ser el siguiente: la policía o los juzgados publican la información y la foto de sus arrestos y otras operaciones, y todo ello es replicado y diseminado rápidamente por cientos de *webs* privadas, tanto a pequeña escala (“*digilantes* locales”) como a gran escala (grandes repositorios de información como Mugshots.com). Dado el interés que despierta el fenómeno en las redes, como también la habilidad de los gestores de páginas web para situarse en las primeras filas de buscadores, la identidad de personas arrestadas o acusadas (muchas de ellas nunca condenadas) queda accesible con tan sólo teclear el nombre en google. Algunas de estas webs (por ej. Arrests.com) tienen un formato abiertamente *voyeurístico*, de modo que los usuarios pueden comentar las fotos de los arrestados e incluso etiquetarlas como “*Scary*” o “*hotties*”; la gran mayoría, no obstante, usan cuidadosos “*disclaimers*”, incidiendo en que no se responsabilizan de la veracidad de los datos publicados, y que lo hacen al amparo (confirmado judicialmente) de la primera enmienda. Borrar el estigma digital es prácticamente inaccesible para la mayor parte de afectados (requiere dinero, habilidades tecnológicas y abogados especializados), y las empresas cobran por borrar los datos de algunas plataformas, pero apenas son capaces de impedir que sean replicadas por otras.

⁹¹ LIPOVETSKY/SERROY, *La pantalla global*, 2009.

⁹² JEWKES, *Media & Crime*, 2015, pp. 57 ss.; HAN, *En el enjambre*, 1014, p. 16, habla del espacio digital como uno de “jerarquías allanadas”, donde también se señala al de arriba; sobre las guerras culturales y la penalidad, CIGÜELA SOLA, *REDPC*, (22-12), 2020; CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 90 ss.

emergen *ad hoc* del propio *chat* digital multitudinario, en un sentido muy similar al que se producía en las sociedades orales, es decir, en función de la correlación de fuerzas y de la capacidad persuasiva de los intervinientes en la comunicación; (vi) y con una economía también radicalmente distinta, pues los costes de estigmatización son potencialmente nulos (uno puede participar incluso desde el anonimato), y el enjambre puede movilizarse en cuestión de minutos y conseguir que su objetivo sufra una instantánea degradación social. En suma, el medio digital estaría contribuyendo al surgimiento de una nueva sensibilidad hacia la justicia penal: menos institucional, especializada, legalista, garantista, vertical y culpabilística, y más popular, algorítmicamente conducida, corporativa, agonística, horizontal y vergonzante. No se trata, desde luego, de idealizar al “buen y viejo Derecho penal liberal”, sino de alertar sobre lo siguiente: a los problemas que ya le conocemos (selectividad, desproporcionalidad, lentitud), se están añadiendo otros nuevos, con características y orígenes distintos.

Las consecuencias jurídico-prácticas que ello tiene son evidentes. Nominaré sólo una, creo que la principal: lo anterior conduce a que el semi-automatismo con que los jueces consideran que los juicios paralelos (incluso los más graves)⁹⁵ son irrelevantes para la integridad y validez del proceso sea cada vez más insostenible, por excesivamente formalista. Por ello, no sólo es necesario repensar el equilibrio en estos casos entre libertad de información y derechos del acusado, sino que, en la línea apuntada por SILVA SÁNCHEZ⁹⁴, resulta necesario explorar en qué casos el estigma del castigo popular es suficiente aflicción como para que el castigo estatal resulte total o parcialmente injustificado. Lo anterior es más cierto cuanto más imputable sea el juicio paralelo a una excesiva e inadecuada publicitación del caso por parte de las propias instituciones estatales; en estos casos se añadiría, a la equivalencia funcional entre aflicciones, una segunda razón para atenuar, a saber, que el Estado que provoca injustificadamente un juicio paralelo altamente estigmatizador pierde legitimidad para castigar posteriormente al sujeto que lo sufre.

4.3. Irritaciones en la labor judicial: el juez y el ruido digital

La nueva ecología mediática que surge tras la irrupción de los medios digitales podría estar afectando también a la labor judicial, concretamente a la capacidad del juez de independizarse de las corrientes de opinión; esa es, al menos, la tesis que una epistemología medial está llamada a explorar⁹⁵. Lo cierto es que la idea de independencia judicial sólo pudo emerger en estadios de avanzada textualización del Derecho: el juez como funcionario especializado en la lectura e interpretación de textos, también en la argumentación y motivación escrita, refleja un tipo de racionalidad jurídica claramente deudora de la escritura. Ésta cimentó la idea de que el juez está vinculado al “texto legal” y no al sentir popular, la tradición o las necesidades comunitarias. Lo cierto es que la idea de independencia judicial es completamente ajena, incluso extravagante, para las sociedades preliterarias, esto es, aquellas cuya interacción es primordialmente oral. En ausencia de registros escritos o procesos probatorios documentales, el proceso en sociedades orales (como las tribus) es necesariamente un proceso popular y poco especializado: en ellos la presencia de la colectividad tiene como objetivo facilitar la retención del mensaje, pues «la memoria del público es la única forma de atestiguar la promesa o el acuerdo»⁹⁶. Lo que ocurre, conforme a la tesis aquí expuesta, es que ello condiciona la naturaleza misma del juicio, pues al desarrollarse en “espacios acústicos y simultáneos”, donde los grupos sociales interactúan,

⁹⁵ Al respecto, el excelente análisis de: SIMÓN CASTELLANO, «Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario», *Revista De Derecho Político*, (1-110), 2021, pp. 185-228.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 116.

⁹⁵ RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1121 ss.

⁹⁶ HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978, p. 137.

hablan y se pronuncian en favor de una u otra decisión, el acto mismo se vuelve intensamente dependiente de la presión popular. BOHANANN evidencia el papel de la audiencia al comentar un juicio comunitario en la tribu de los Tiv, muy similar a los juicios de la Grecia preliteraria, como también al Derecho medieval de los pueblos germánicos⁹⁷:

«Concurrence of the litigants never occurs without concurrence of the entire community: no one is ready to make concessions while any portion of public opinion still supports him. It is the opinion of the community which forces concurrence. Judging, like all other activities of Tiv leaders, consists largely in the timely suggestion of what the majority thinks is right or desirable»⁹⁸.

No es, en fin, que la presión popular moldee la aplicación de un Derecho que estaría ya predefinido (esto sólo es posible con la escritura), sino que el Derecho mismo sólo es realizado cuando se aplica en forma de compromiso *ad hoc* entre la tradición (oral), las necesidades situacionales y el respaldo popular expresado mediante ruidos. Parafraseando a GAGARIN, el juicio oral constituye básicamente una performance oral comunitaria y, en esa medida, sus actores –especialmente los decisores– están «condicionados por la audiencia y su respuesta»⁹⁹. La escrituración del Derecho cambió el paradigma en lo relativo al rol del juez: de la mano de la cultura legal impresa, el juez dejó de ser un especialista en “sentir” estados de ánimo populares y consensos para convertirse en un experto en el tratamiento de los textos escritos y en la justa aplicación del Derecho. Hasta cierto punto, la escritura desplazó la atención del juez desde el ruido tribal hacia el texto legal¹⁰⁰. Este desplazamiento tuvo además una expresión tanto en los espacios como en los tiempos de la labor judicial: si el juez oral decide en el mismo momento y en medio del ruido comunitario, el juez de la cultura escrita lo hace aislado en una oficina administrativa, “entre papeles”, en la que se toma el tiempo necesario para interpretar los textos, repensar las pruebas y redactar la sentencia, tomando cierta distancia respecto de las pasiones y emociones sociales –y a la vez mitigándolas con el mero paso del tiempo–. La idea de que el Derecho siempre “llega tarde”, a menudo vista como patología, constituye una prestación característica del Derecho escrito a la pacificación social; la reacción instantánea forma parte del reino tecnológico, lo propio del jurídico es la alta selectividad de reclamos, la maduración de los temas y a menudo la no-reacción como respuesta¹⁰¹. Según este paradigma, la conexión entre la labor judicial y el sistema social es de tipo abstracto –las interpretaciones del texto legal tienen que ser acordes con el *Zeitgeist*, sea lo que sea lo que esto indique¹⁰²–, y poco tiene que ver con la influencia directa y concreta que la audiencia tenía sobre la decisión del juez de la cultura oral.

⁹⁷ BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 52 y 58 [en relación con el juicio: «The outcome was usually subject to interpretation by consensus of the community»]; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 18 ss.

⁹⁸ BOHANNAN, *Justice and Judgement among the Tiv*, 1957, p. 65.

⁹⁹ GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 17 s. («dikazon –to perform a dike– designates from the beginning a verbal process or speech act»; p. 22: “It is well recognized that the audience is a crucial participant in any performance: every performer performs for an audience and his performance is conditioned by his audience and its response»); también, WINTER, «The Aboriginal Political Structure of Bwamba», en MIDDLETON/TAIT (eds.), *Tribes Without Rulers*, 1958, pp. 145 s.

¹⁰⁰ Fundamental, sobre ese tránsito en la baja Edad Media y su influencia en el origen del derecho Occidental: BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 121 ss.

¹⁰¹ BOHANAM, «The Different Realms of Law», *American Anthropologist New Series*, (67-6), Part 2: *The Ethnography of Law*, 1965, pp. 33 ss.

¹⁰² Así, Ruth BADER-GINSBURG, al afirmar que los jueces «pueden tener en cuenta el clima de la época, sí, pero no la temperatura del día, no lo que los periódicos están reportando» (*Nomination of Ruth Bader Ginsburg, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the Comm. on the Judiciary, 103rd Cong. 303, 1993*). Una revisión detallada, y a pesar de ello poco operativa, del concepto de *Zeitgeist*, en PAWLIK, «Das Strafrecht der Gesellschaft», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Jakobs*, 2019, pp. 217 – 256.

Pues bien, también en este ámbito se observa una cierta irritación. La hipótesis sería que los medios digitales están incrustando la decisión judicial en un nuevo “espacio de ruidos simultáneos” y, con ello, haciéndolo más sensible a la presión popular: en este caso no se trata del ruido acústico de la comunidad tribal, sino del ruido producido en redes sociales y sus múltiples “ecos” en el sistema social y político¹⁰⁵. Así lo expresó Jeremy FOGEL, antiguo Juez Federal en EE.UU.:

«I don't know of any judges who wake up and read Twitter and figure that's how they're going to decide their cases that day. But what's happened is it's harder and harder to insulate yourself from what's going on in the community. You see the stuff people are saying and the ways people are receiving things, and in some ways, it imbeds itself in your consciousness»¹⁰⁴.

Lo que las anteriores palabras reflejan es básicamente las dificultades que la labor judicial encuentra al entrar en contacto con un entorno mediático radicalmente distinto de aquel que hizo emerger la noción de autonomía del juez. La preocupación por la presión popular, constante desde la consolidación de la prensa y la televisión, adquiere rasgos distintivos cuando de lo que se trata es de la influencia de los medios digitales. La tecnología digital (móviles inteligentes, *tablets*, etc.) invade el espacio judicial¹⁰⁵ –como invade las casas, las aulas o los Parlamentos–, y con ello introduce un ingrediente que antes no estaba: de repente es posible “sentir” en tiempo real la reacción popular a las declaraciones de acusados y testigos, a los gestos del juez, también las reacciones de los gestores atípicos de la moral y las víctimas al curso del proceso. Aparecen, en fin, todo un cúmulo de ruidos que envuelven al juicio, los cuales modifican la estructura de incentivos que opera en la mente de sus actores. De nuevo, el ingrediente de hipereposición mediática cambia el contenido del mensaje judicial. Pensemos en el llamado juicio del *Procès*, perfecto campo de experimentación al respecto: sabiéndose observados por audiencias difusas y fragmentadas, los participantes adaptaron su comportamiento al nuevo entorno, de modo que los jueces fueron más exquisitos de lo normal en el trato con el acusado y los abogados, algunos acusados dedicaron buena parte de sus palabras a convencer a “sus audiencias” más que a defenderse, y la acusación particular –que pertenecía a un partido político– convirtió el juicio en un acto de campaña¹⁰⁶. Al debate sobre el “texto legal” (si un delito u otro, si una garantía u otra, etc.) se añade, al ser retransmitido digitalmente, una nueva dimensión: la relativa a la batalla por las representaciones sociales que emergen instantáneamente en la red, respecto de las cuales el proceso deviene una especie de instrumento y “escenario”.

¹⁰⁵ La noción de “ruido” se está popularizando gracias a la reciente obra de KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Noise: a Flow in Human Judgement*, 2021, quienes la emplean para hacer referencia a todo el conjunto de factores externos y contingentes que influyen en la decisión (dedican un capítulo a analizar la enorme fluctuación que existe en la individualización de la pena, es decir, la diferencia de castigos para conductas idénticas en EEUU). La hipótesis para analizar sería que el “ruido” que influye en decisiones judiciales o legislativas proviene en buena medida de los medios, y su alcance depende del medio en cuestión (podría aventurarse, por ej., que la cobertura en prensa tiene un alcance diverso a la cobertura *on-line*, entre otras cosas).

¹⁰⁴ Citado en: RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1131 s.

¹⁰⁵ RAVID, «Tweeting #Justice», *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, (35-1), 2017, p. 46, quien alude al modo en que, por ej. en Israel, existen regulaciones que prohíben la retransmisión *online* de determinados juicios, y sin embargo esa prohibición no alcanza a prohibir que los periodistas compartan tweets en vivo.

¹⁰⁶ El mejor análisis al respecto se puede encontrar en las crónicas de Guillem MARTÍNEZ, particularmente en: «Su pantalla amiga», *Ctxt*, (13.02.2019); también su entrevista a uno de los abogados defensores, Javier Melero, quien calificó las formas del Tribunal como “extraordinarias” (ver: <https://ctxt.es/es/20190410/Politica/25546/Guillem-Martinez-juicio-proces-defensa-Melero-rebelion-mossos.htm>); desde el Derecho penal, reflexiona al respecto: QUINTERO OLIVARES, «La Sentencia catalana y la desobediencia», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (26), 2019, pp. 114 ss.

En fin, la hipótesis en este aspecto es que, igual que sucedió con anteriores medios, el contacto del proceso con el medio digital está llamado a transformar los mensajes que aquél emite: tanto el ruido digital producido en tiempo real como la hiperexposición del juicio modifican la estructura de incentivos de los actores, los cuales operan “cercados” por audiencias difusas con una enorme capacidad de impacto en la opinión pública y la agenda política¹⁰⁷; y el proceso mismo, que antes era esencialmente una batalla en diferido por la interpretación de los textos y los hechos pasados, pasa a convertirse además en el escenario de una pugna por las representaciones sociales que emergen en tiempo real.

5. Conclusión

(i) La hipótesis aquí expuesta es que la evolución del Derecho penal es incomprendible sin una epistemología medial, la cual parte de la comprensión de que los medios de comunicación –desde la palabra hablada hasta las redes digitales, pasando por la escritura y la imprenta– modifican los entornos socioculturales en los que el Derecho penal se inserta y, en esa medida, terminan por condicionar el tipo de comunicaciones simbólicas de la justicia penal. Si bien la tesis tiene el impacto más directo en los saberes penales descriptivos –la historia y la sociología del Derecho penal, la criminología–, también resulta interesante en términos normativos –político-criminales y dogmáticos, por tanto–, pues sólo se puede discutir correctamente sobre la debida constitución de la norma penal cuando existe una suficiente comprensión del terreno social y cultural en el que ella opera.

(ii) Para ello es necesario, en primer lugar, entender que la evolución del Derecho penal no depende siempre de fuerzas motrices internas al sistema, sino que a menudo obedece a factores relacionados con transformaciones en el entorno mediático. Los cambios mediáticos irritan al sistema jurídico y lo obligan a generar respuestas adaptativas altamente selectivas, y a su vez le ofrecen prestaciones (*avances pre-adaptativos*) que en algún momento podrán ser aprovechadas para un mejor funcionamiento. La otra cara de la moneda es que los atributos del medio en cuestión acaban transformando las comunicaciones jurídicas, en el sentido de que define el campo de condiciones de eficacia del Derecho mismo. Los símbolos penales producidos en fase deliberativa, procesal o punitiva están llamados a aprovechar la capacidad de difusión e impacto de la televisión o las redes, pero como contracara es de esperar que los mensajes mismos sufran modificaciones substanciales, en sintonía con el nuevo entorno mediático emergente.

(iii) Desde esta perspectiva, el Derecho penal moderno se muestra como un conjunto de formas jurídicas que tienen como pre-condición de posibilidad la cultura que emergió del medio impreso: la idea de presunción de inocencia, el principio de legalidad, la política-criminal como deliberación, entre otros elementos, aparecen como prestaciones evolutivas que la cultura penal recibió progresivamente de la escritura impresa, inimaginables mientras la norma se transmitió por medio de la palabra hablada. De este modo, la justicia penal moderna no estaría sólo

¹⁰⁷ Si bien hay numerosos estudios empíricos que demuestran que las sentencias fluctúan por la presencia de sesgos, como también la tendencia a sentencias más punitivas en momentos de alto ruido mediático, es necesario analizar si ello ocurre también, e incluso en mayor medida, cuando el ruido en cuestión tiene las particularidades de la comunicación digital –instantaneidad, hiperexposición de la identidad de los actores y acumulación acelerada de indignación, entre otras–. Como extensión es necesario repensar, en tercer lugar, las políticas de diseño institucional, pues los estudios empíricos reflejan que los jueces penales que lo son por sistemas de nombramiento parlamentario resisten mejor a las presiones populares que aquellos que son elegidos popularmente, los cuales emiten sentencias más punitivas en momentos de alto ruido mediático que los primeros; sobre ello RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1178 s.

relacionada con factores culturales (Ilustración), políticos (nacimiento del Estado) o económicos (capitalismo), sino también con la revolución mediática y cultural que supuso la difusión masiva de libros, y con el desplazamiento de la atención pública hacia textos que era menester crear e interpretar (códigos, ensayos, literatura, manuales, etc.).

(iv) La última hipótesis explorada tiene que ver con la crisis de dicha cultura escrita, esto es, con la llegada de un nuevo paradigma cultural, ligada al medio digital, cuya irrupción está transformando de abajo a arriba todas las instituciones de la sociedad. En esa línea, buena parte de las llamadas “crisis del derecho penal moderno” se explican por que en el nuevo entorno digital nuestras nociones de justicia se vuelven crecientemente obsoletas: en este nuevo entorno la deliberación político-criminal se convierte en una especie de “espectáculo del disenso”, con un público fragmentado por algoritmos de búsqueda que producen una “realidad de imágenes” a su medida, orientadas al consumo compulsivo y no al diálogo intersubjetivo; el castigo se populariza y se privatiza, en la medida en que su efecto principal (el estigma) pasa a ser gestionado por un sistema híbrido donde las redes, las empresas tecnológicas y las propias audiencias colaboran con el Estado (a menudo lo reemplazan) en el ejercicio de una especie de castigo colaborativo, con lógicas y normas substancialmente diversas a las del proceso público; y el nuevo entorno cambia, por último, el proceso mismo, en la medida en que lo convierte en el “escenario” de una pugna por las representaciones sociales que emergen en tiempo real, y que colocan al decisor en medio de un ruido social capaz de condicionar la elaboración y recepción del mensaje judicial. Estos son, en fin, sólo algunos de los mensajes que los medios esconden para la justicia penal, y el objetivo de la epistemología medial no es otro que descubrirlos.

6. Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ*, 1994, pp. 193 ss.

ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

ARENDT, Hanna, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993.

————— *Eichmann in Jerusalem*, The Viking Press, New York, 1963.

ASSMANN, Aleida, *Introduction to Cultural Studies. Topics, Concepts, Issues*, Schmidt Verlag, Berlin, 2012.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Tecnos, Madrid, 2008.

BENJAMIN, Walter, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, La Marca, Buenos Aires, 2017.

BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

BOHANNAN, Paul, «The Different Realms of Law», *American Anthropologist New Series*, (67-6), Part 2: *The Ethnography of Law*, 1965, pp. 33 ss.

————— *Justice and Judgement among the Tiv*, Oxford University Press, Oxford, 1957.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *La economía política de la pena*, Iustel, Madrid, 2019.

CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture. Microaggressions, Safe Spaces, and the New Culture Wars*, Palgrave Macmillan, London, 2018.

CARRABINE, Eamonn, *Crime, Culture and The Media*, Polity Press, Cambridge, 2008.

CASSIRER, Ernst, *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.

CASTELL, Manuel, *La Galaxia Internet*, DeBolsillo, Barcelona, 2001.

CHADWICK, Andrew, *The Hybrid Media System: Politics and Power*, Oxford University Press, London, 2013

CIGÜELA SOLA, Javier, «Arendt en Jerusalén: una mente tipográfica contra la espectacularización de la justicia», en *Libro Homenaje a Mirentxu Corcoy*, 2022 (en prensa).

—————, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *REDPC*, (22-12), 2020.

CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 86 ss.

COULDRY, Nick, *Media rituals*, Routledge, London, 2005.

COULDRY, Nick/HEPP, Andreas, *The mediated construction of reality*, Polity Press, Cambridge, 2017.

DEBORD, Guy, *Sociedad del espectáculo*, Pre-textos, Valencia, 2015.

DUFF, Antony, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2018.

EISENSTEIN, Elisabeth, *The Printing Press as an Agent of Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

FELMAN, Shoshana, «A Ghost in the House of Justice: Death and the Language of the Law», en SARAT/SIMON, *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 290 ss.

FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

————— «On popular justice: A discussion with Maoists», en EL MISMO, *Power-Knowledge*, Vintage Books, New York, 1977.

FRASER, Nancy, «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», *Social Text*, (25/26), 1990, 56-80.

GAGARIN, Michael (2008), *Writing Greek Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.

GARAPON, Antoine/LASSEGUE, Jean, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018.

GARCÍA DE LA TORRE, *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, Tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2020.

GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GIGLIOLI, Daniele, *Crítica de la víctima*, Herder, Barcelona, 2017.

GOODY, Jack, *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*, Alianza, Madrid, 1990.

————— *La domesticación del pensamiento salvaje*, Akal, Madrid, 1985.

GÜNTHER, Klaus, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

HABERMAS, Jürgen, «Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research», *Communication Theory*, (16-4), 2006, pp. 411 ss.

————— *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998.

————— *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990.

HAIDT, Jonathan, *The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion*, Allen Lane, London, 2012.

HAN, Byung-Chul, *En el enjambre*, Herder, Barcelona, 2014.

————— *Digitale Rationalität und das Ende des kommunikativen Handelns*, Matthes & Seitz, Berlin, 2013.

HAVELOCK, Eric A., *La musa aprende a escribir. Reflexiones sobre oralidad y escritura desde la Antigüedad hasta el presente*, Paidós, Barcelona, 1996.

————— *The Greek Concept of Justice: From Its Shadow in Homer to Its Substance in Plato*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

HEINZ-LADEUR, Karl, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, Velbrück Wissenschaft, Weilerwist, 2016.

————— *Das Recht der Netzwerkgesellschaft (Hsgb. Vesting und Augsburg)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

HERMAN, Edward/CHOMSKY, Noam, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. Pantheon Books, New York, 1988.

HIER, Sean, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing agenda», *Crime, Media, Culture: An International Journal*, (15-2), 2019, pp. 379 ss.

HILGEBRANDT, Mireille, «Criminal Law and Technology in a Data-Driven Society», en DUBBER/HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Cambridge, 2014.

HILGENDORF, Eric, «Die Neuen Medien und das Strafrecht», *ZStW*, (113-4), 2001.

HINDMAN, Matthew, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton University Press, New Jersey-Oxford, 2009.

HONNETH, Axel, *Recht der Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 2011.

HUIZINGA, Johan, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 1972.

HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, W.W. Norton & Company, London, 2007.

FUENTES OSORIO, Juan L., «Los medios de comunicación y el derecho penal», *RECPC*, (7-16), 2005.

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, München, 2004.

————— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JEWKES, Yvonne, *Media & Crime*, 3ª ed., Sage, London, 2015.

KAHN, Paul, *The cultural study of law*, Chicago Univ. Press, Chicago, 1999.

KAHNEMAN, Daniel/SIBONY, Olivier/SUNSTEIN, Cass, *Noise: a Flow in Human Judgement*, Little Brown Spark, New York, 2021.

KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Olejnik, Buenos Aires, 2018.

KRÄMER, Sybille, *Medium, Messenger, Transmission. An Approach to Media Philosophy*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2015.

LOGAN, Robert, *Understanding New Media. Extending Marshall McLuhan*, Peter Lang, New York, 2016.

LACLAU, Ernesto, *La Razón Populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2018.

LAGESON, Sarah E., *Digital Punishment. Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2020.

LAGESON, Sarah E./MARUNA, Shadd, «Digital degradation: Stigma management in the internet age», *Punishment & Society*, (20-1), 2018, pp. 113 ss.

LARRAURI, Elena, «Populismo punitivo y cómo resistirlo», *RJD*, (55), 2006, pp. 15 ss.

LIPOVETSKY, Gilles/SERROY, Jean, *La pantalla global*, Anagrama, Barcelona, 2009.

LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad*, Trotta, Madrid, 1998.

————— *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993.

MARTIN, Greg, *Crime, Media and Culture*, Routledge, London, 2019.

MARTÍNEZ, Guillem, «Su pantalla amiga», *Ctxt*, 13.02.2019.

MCLAUGHLIN, Eugene, «See also Young, 1971: Marshall McLuhan, moral panics and moral indignation», *Theoretical Criminology*, (18-4), 2014, pp. 422 ss.

MCLUHAN, Marshall, *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*, Paidós, Barcelona, 1996.

————— *Galaxia Gutenberg. Génesis del "homo typographicus"*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1993.

MCLUHAN, Marshall/FIORE, Quentin, *El medio es el mensaje. Un inventario de efectos*, La Marca, Buenos Aires, 2015.

MEYROWITZ, Joshua, «Media evolution and cultural change», en HALL/GRINDSTAFF/MING-CHENG, *Handbook of Cultural Sociology*, Routledge, London/New York, 2010.

————— «Medium theory», en CROWLEY/MITCHELL (eds.), *Communication Theory Today*, Polity Press, Cambridge, 1994.

MIRÓ-LINARES, Fernando/AGUERRI, Jesús, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», *European Journal of Criminology*, 2021, pp. 1 ss.

MOORE, Sarah E. H., *Crime and the Media*, Red Globe Press, London, 2014.

MOUFFE, Chantal, *On the Political*, Routledge, London, 2005.

MURMANN, Uwe, *Strafrecht und Medien*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2016.

ONG, Walter J., *Orality and Literacy, The Technologizing of the Word*, Routledge, London, 1982.

OSIEL, Mark, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Routledge, London, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (24), 2018, pp. 92 ss.

PARISER, Eli, *The Filter Bubble*, Penguin, London, 2012.

PAWLIK, Michael, «Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken», en KINDHÄUSER /KREB/PAWLIK/STUCKEMBERG (eds.), *Das Strafrecht der Gesellschaft. FS-Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 217 ss.

————— *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «El derecho penal como instrumento de los populismos», en URIBE OTALORA (dir.), *Nuevos retos para la democracia liberal. Nacionalismos y populismos en Europa*, Tirant, Valencia, 2021, pp. 321 ss.

POE, Marshall T., *A history of Communications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

POSTMAN, Neil, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, Penguin, London, 2005.

PRATT, John, *Penal populism*, Routledge, London/New York, 2006.

PRIMORATZ, Igor, «Punishment as Language», *Philosophy*, (64-248), 1989, pp. 187 ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La Sentencia catalana y la desobediencia», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (26), 2019, pp. 114 ss.

RAVID, Itay, «Judging by the cover: On the relationship between media coverage on crime and harshness in sentencing», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1121 ss.

————— «Tweeting #Justice: Audio-Visual Coverage of Court Proceedings in a World of Shifting Technology», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, (35), 2017, pp. 41 ss.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

————— *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SIMÓN CASTELLANO, Pere, «Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario», *Revista De Derecho Político*, (1-110), 2021, pp. 185 ss.

STADLER, Felix, *The Digital Condition*, Polity Press, Cambridge, 2018.

SUNSTEIN, Cass R., *Republic.com 2.0.*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

THOMAS, Rosalind, «Writing, Law, and Written Law», en GAGARIN/COHEN (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

TODD, Stephen C., «Law and oratory at Athens», en GAGARIN/COHEN (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 97 ss.

VARONA, Daniel, «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 ss.

VESTING, Thomas, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2021.

————— *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2015.

————— *Medien des Rechts III: Buchdruck*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2013.

————— *Medien des Rechts II: Schrift*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2011.

————— *Medien des Rechts I: Sprache*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2011.

————— *Rechtstheorie*, 1ª ed., C.H. Beck, München, 2007.

VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin, 2015.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

WILENMANN, Javier, «Framing meaning through Criminalization: A Test for Theory of Criminalization», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019, pp. 3 ss.

WILLIAMS, Raymond, *Television: Technology and Cultural Form*, Routledge, London, 1974.

WINTER, Edward, «The Aboriginal Political Structure of Bwamba», en MIDDLETON/TAIT (eds.), *Tribes Without Rulers*, Routledge/Kegan Paul, London, 1958, pp. 145 ss.