

Los medios del derecho penal.
Política, castigo y discurso penal en la era digital

Javier Cigüela Sola

E D I T O R I A L T R O T T A

CONTENIDO

<i>Siglas</i>	11
<i>Introducción</i>	13

Parte I MÉTODO.

UNA TEORÍA DE LOS MEDIOS DEL DERECHO PENAL

Capítulo 1. Teoría de medios, análisis cultural y sociología del derecho penal	29
Capítulo 2. Conceptos fundamentales para una teoría medial del derecho penal	38

Parte II EVOLUCIÓN.

DE LA JUSTICIA ORAL A LA JUSTICIA DIGITAL

Capítulo 1. Oralidad: la ley como «eco del alma»	57
Capítulo 2. Escritura: la ley como «comunicación extendida»	81
Capítulo 3. Imprenta: la ley en la era de la reproductibilidad técnica....	111
Capítulo 4. Los medios eléctricos y digitales: la ley en un mundo de imágenes y algoritmos	149

Parte III
CRISIS.

POLÍTICA, CASTIGO Y DISCURSO PENAL EN LA ERA DIGITAL

Capítulo 1. La política penal en la esfera pública audiovisual: de la cultura punitiva televisiva a la digital	195
Capítulo 2. La cultura del castigo en la era digital: espectáculo judicial, estigma digital y justicia enjambrada	262
Capítulo 3. El discurso penal en la era digital: las nuevas formas de producción normativa y científica	323
<i>Bibliografía</i>	387
<i>Índice analítico</i>	415
<i>Índice de autores</i>	419
<i>Índice general</i>	423

INTRODUCCIÓN

Sobre «medios y derecho penal» es ya mucho lo que se ha escrito y dicho. La palabra «y» indica un rumbo equivocado. Cualquiera que trate el tema como un tema-«y» yerra el tiro, concretamente al asumir una separación de las áreas y mirar ahora de aquí para allá y viceversa, es decir, del derecho penal a los medios y de los medios al derecho penal. El derecho penal de una era determinada por los medios es un derecho penal determinado por los medios. Cambia —condicionado mediáticamente— su estructura. Este derecho penal merece la máxima atención. En los libros y cursos que prometen informar sobre derecho penal, este derecho penal aún no se encuentra¹.

Klaus Marxen

Con estas enfáticas palabras diagnosticaba el jurista alemán Klaus Marxen, en el cambio de siglo, el modo en que la ciencia penal ha tendido a eludir la auténtica naturaleza de la relación entre justicia penal y medios. Se trata del mismo diagnóstico que la erudita Cornelia Vismann realizara el mismo año para la ciencia jurídica en general, al afirmar que «los estudios legales carecen de toda reflexión sobre sus instrumentos»². De entrada no debería uno sorprenderse en exceso, pues los medios de comunicación, de la palabra hablada a la pantalla digital, están por definición diseñados para dirigir nuestra atención hacia lo que ellos transmiten y, por ello, a ser observados como herramientas «neutras» que llevan la in-

1. «Über 'Medien und Strafrecht' ist schon sehr viel geschrieben und gesagt worden. Das Wörtchen 'und' signalisiert eine falsche Weichenstellung. Das Thema verfehlt, wer es als 'Und'-Thema behandelt, nämlich so, daß eine Trennung der Bereiche vorausgesetzt und nun von hier nach dort und umgekehrt geblickt wird, also vom Strafrecht auf die Medien und von den Medien auf das Strafrecht. Das Strafrecht dieses medienbestimmten Zeitalters ist ein medienbestimmtes Strafrecht. Es verändert —medienbedingt— seine Struktur. Dieses Strafrecht verdient allergrößte Aufmerksamkeit. In Büchern und Lehrveranstaltungen, die versprechen, über Strafrecht zu informieren, ist dieses Strafrecht bislang noch nicht anzutreffen» («Strafrecht im Medienzeitalter»: *JZ* 6/2000, p. 299).

2. C. Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, Fischer, Fráncfort d. M., 2000, p. 28, quien se refería como instrumentos a los medios escritos, concretamente a los documentos (*Akten*), materia prima de toda actividad jurídica.

formación de aquí para allá. Los medios, en fin, «están ahí para enfocar, y no para ser enfocados»³. Por su ubicua presencia, tienen asegurada una cierta invisibilidad; y los juristas, tanto como los demás, vivimos tan inmersos en gráficas y pantallas que la inclinación natural es ignorar los efectos que todo ello despliega en el modo en que percibimos e interactuamos con el mundo, también con los órdenes normativos.

En cierto modo lo que esta obra pretende es precisamente recorrer el camino inverso. Es decir, mostrar que tanto los medios mismos como las técnicas culturales que traen consigo (manuscritos, documentos, códigos, algoritmos, tuits) constituyen la base de toda comunicación legal, y en esa medida los cambios que se producen en dichas técnicas condicionan los itinerarios evolutivos de los discursos y de las prácticas del derecho. Esa labor de extrañamiento, esa es la hipótesis, debería abrir nuevas formas de observar tanto la evolución sociohistórica o de «larga duración»⁴ de las formas jurídicas generales (Parte II) como también, en segundo lugar, abrir nuevas vías interpretativas para las crisis penales que vienen diagnosticándose desde los años noventa, como el auge de los populismos penales, el retorno del estigma público, la proliferación de los juicios mediáticos o la erosión de la legalidad penal (Parte III).

Sobre ese telón de fondo, lo cierto es que la afirmación de Vismann no es tan cierta hoy como lo fue en el 2000: y es que la propia ciencia jurídica alemana ha producido desde entonces una considerable cantidad de literatura dedicada a explicar específicamente la *medialidad* del derecho, en un sentido que va mucho más allá de los clásicos análisis que ponen «una cosa junto a la otra» en el sentido expuesto. Prueba de ello es el monumental esfuerzo de Thomas Vesting por re-escribir la evolución del derecho a partir del rol que en ella ha jugado la propia evolución de los medios de comunicación⁵; pero también otras aportaciones que, desde prismas diversos, exploran el impacto de los formatos mediales en la configuración del discurso jurídico⁶. Esa literatura, junto con otras más próximas al análisis cultural y a la sociología penal, constituirá en lo que sigue un referente fundamental.

Algo diferente, en cambio, ha de constatarse respecto de las ciencias penales en sentido estricto. Y es que, aunque en las últimas dos décadas haya aparecido una gran cantidad de bibliografía, en diversas lenguas,

3. A. Assmann, *Introduction to cultural studies. Topics, Concepts, Issues*, Schmidt, Berlín, 2012, p. 56.

4. F. Braudel, *La historia y las ciencias sociales*, Alianza, Madrid, 1970, pp. 97 ss.

5. Th. Vesting, *Legal Theory and the Media of Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, p. xi.

6. De momento, las aportaciones de la propia Cornelia Vismann; la obra colectiva, A. Funke y K. Lachmayer (eds.), *Formate des Rechtswissenschaft*, Velbrück, Erlangen, 2017; y el resto de referencias que aparecen en § 4.

sobre «medios y justicia penal» o *Media & Crime*, en ella preside una forma de ver el problema en la que los medios ejercen una influencia externa, de irritación, sobre el derecho penal (la «y» de Marxen), sin llegar por ello a calibrar hasta qué punto los medios configuran los símbolos penales desde el inicio y en el corazón mismo de su creación y transmisión⁷; o bien, cuando se aproximan a ello, se quedan en el bosquejo⁸, se centran demasiado en la televisión⁹, o lo hacen con objetos de interés parciales¹⁰. Los trabajos monográficos que sí se acercan al objetivo aquí perseguido están, por su parte, muy orientados al impacto de la tecnología digital en la actividad judicial¹¹, y esa es la razón, entre otras, por la que aquí se pondrá el foco en otras dimensiones que observan el fenómeno penal desde un punto de vista más general. Aprovechando en todo caso todo el recorrido ya realizado por esas aproximaciones, el objetivo de la presente obra es de algún modo integrarlas en una exploración teórico-social que entienda los medios no solo como *irritación*, sino además como *conformación* de los símbolos jurídicos.

Con todo, en el origen de la obra no solo se halla una pretensión teórica. También la ha estimulado el intento de explicar el presente, particularmente el agitado estado de cosas que vivimos desde hace unas décadas en el campo de la justicia penal. La intuición de partida es que están pasando algunas cosas novedosas e incluso disruptivas, y que de algún modo entramos en una fase relativamente distinta a la que los diagnósticos canónicos vienen describiendo desde la década de los años 2000, cuando la digitalización todavía no había colonizado nuestras vidas y aún hablábamos sobre todo de globalización o neoliberalismo. Interesan las

7. Es el caso de los estudios al uso sobre *agenda setting* y *framing* en el campo penal, con las excepciones que irán señalándose, destacadamente: E. Carrabine, *Crime, Culture and the Media*, Polity, Cambridge, 2008, pp. 172 ss.

8. Como ocurre con el propio K. Marxen, «Strafrecht im Medienzeitalter».

9. También, K. F. Aas, «The ad and the form: punitiveness and technological culture», en Brown *et al.*, *The New Punitiveness*, Willan, Portland, 2013, pp. 150 ss., quien muestra una gran sensibilidad medial en su análisis de la comunicación política en materia penal, sin embargo dibuja un panorama relativamente superado por los medios digitales; lo mismo ocurre con el clásico análisis de D. Garland (*La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 152 ss., 261 ss.), sobre el que volveré repetidamente.

10. A título de ejemplo, por el momento: M. Hildebrandt, «Legal and Technological Normativity: more (and less) than twin sisters»: *Techné* 12/3 (2008), pp. (transformación de las normas en los nuevos contextos tecnológicos); S. Lageson, *Digital Punishment. Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, OUP, Nueva York, 2020 (rol del estigma penal en la sociedad digital).

11. A. Garapon y J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, París, 2018; K. F. Aas, *Sentencing in the Information Age: From Faust to Macintosh*, Glasshous, Londres, 2005.

novedades en tres campos. El primero es el de las transformaciones que la comunicación digital ha producido en la esfera pública y a la postre en la propia política penal: si la doctrina canónica explicó las crisis políticas del último tercio de siglo xx en torno a las tesis de la «cultura del control» o la «expansión del derecho penal», aquí exploraré herramientas teóricas que den cuenta de algunos giros político-criminales más recientes, como la polarización de la discusión penal, la hiperactividad legislativa o la disolución de lo material en lo simbólico en materia de producción legal. La hipótesis aquí es que buena parte de esos giros tienen que ver con adaptaciones de la política penal al nuevo entorno digital.

En segundo lugar, me aproximaré a lo que podemos identificar como una reestructuración de la relación entre derecho penal y sociedad. Y es que el público digital parecería estar implicándose en algunos asuntos penales a niveles que desde luego no llegó el público televisivo, mucho menos el de la letra impresa. No se trata, o no solo, del aparente aumento exponencial del interés social por la criminalidad y su castigo, visible con un somero vistazo a Netflix, YouTube o X; resulta que el público ha comenzado a adquirir un rol participante en la gestión cotidiana del castigo, mediante movilizaciones, señalamientos públicos, ciberactivismos, y toda una panoplia de eventos y acciones en red con enorme capacidad de moldear el momento sociopolítico. En fin, allá donde el derecho penal formal toca nervios antropológicos y morales (sexo, política, migración, religión), se le vuelve difícil controlar su propia agenda, y la producción de *sentido* parece apuntar más a la imagen de una *matrix* comunicativa que a una jerarquía con estructuras y hegemonías claras.

Y de fondo, en tercer lugar, se retrata una crisis que afecta también a la epistemología del derecho. Es decir, a la materia prima que sirve de base para los procesos discursivos en materia tanto de producción legal como de investigación científica. Si en esa *matrix* la producción y transmisión de información están cada vez más marcadas por algoritmos predictivos, tecnologías de automatización, inteligencias artificiales y computadoras, la intuición es que ello estaría colocando al derecho, a *su discurso*, también más allá de lo que pudimos entrever a comienzos de los años 2000. Ello nos llevará a explorar concepciones de la justicia que hibridan racionalidades tecnológico-predictivas, por un lado, y las marcadas por la programación y el diseño *ex ante*, por otro. En fin, muchas de las operaciones estructurales de la justicia penal están migrando desde el documento escrito hasta el programa algorítmico, y esa migración promete cambios políticos y culturales que deben ser investigados.

Con todo lo anterior como horizonte, la obra se divide en tres partes, de tamaño desigual:

i) La Parte I, «Método», es la más breve, y en ella se expone la metodología de exploración escogida, que reúne instrumentos analíticos de disciplinas diversas, como la teoría de medios, el análisis cultural y la teoría social, las cuales dialogan —especialmente conforme avanza la obra— con las ciencias penales en sentido estricto (sociología penal, política criminal, criminología y filosofía del derecho penal).

ii) La Parte II, «Evolución», explora de modo algo más extenso la coevolución entre derecho y medios de comunicación, sobre la base de que buena parte de las innovaciones culturales en el campo de la justicia (el concepto de «lo justo», la codificación, su conexión con una esfera pública o la sistematización legal) fueron posibles solo tras determinados logros evolutivos en el campo de los medios. En ese sentido, se ofrecerá un marco explicativo del desarrollo sociohistórico del derecho, dividido en cuatro etapas (oralidad, escritura, imprenta, y medios eléctricos y digitales), con el doble objetivo de: favorecer la comprensión de la relación evolutiva que manifiestan las formas jurídicas respecto de los cambios sociales y culturales más amplios; y dotar de sentido genealógico a las transformaciones en la cultura penal que serán analizadas en la Parte III, y en su caso conectarlas con corrientes sociales de fondo.

iii) La última —y más larga— Parte III, «Crisis», aterriza el análisis en el devenir de la cultura penal contemporánea y particularmente en sus convulsas últimas décadas. El objetivo, que sirve en realidad de *telos* a toda la obra, es explorar qué parte de las múltiples *crisis* del derecho penal están relacionadas con transformaciones que la televisión y más recientemente los medios digitales están produciendo sobre la cultura penal que heredamos de la moderna cultura impresa (como vinculada a textos legales, al conocimiento experto y a una discusión pública racional). Esta parte, necesariamente selectiva respecto de las posibles investigaciones abiertas en la segunda, restringe el foco a tres constelaciones de crisis. En primer lugar, se abordarán un conjunto de crisis políticas del derecho penal, y se propondrá una relectura del auge de una cultura punitiva en las últimas décadas como un reflejo de las patologías de las esferas públicas televisivas y digitales (III.1); en segundo lugar, se indagará en las transformaciones que la cultura audiovisual viene produciendo sobre el orden simbólico del castigo, visible en fenómenos como los juicios mediáticos, el estigma digital y la justicia paralela o enjambrada (III.2); por último, se explorarán una serie de cambios discursivos, tanto en el orden legal, donde el «nuevo» derecho penal que asoma (hiperlegislativo, altamente simbólico, popular y fragmentario) parece reflejar algunas corrientes de fondo de la sociedad digital, como desde el punto de vista científico, dadas las transformaciones que el nuevo ecosistema está causando en nuestra forma de producir saber penal, en nuestros intereses científicos y, por último, en su transmisión en las aulas universitarias (III.3).