

EL SISTEMA PENAL Y LA LIBERTAD DE PRENSA

THE PENAL SYSTEM AND THE FREEDOM OF THE PRESS

MARIO CATERINI
Università della Calabria

Fecha de recepción: 6-11-14

Fecha de aceptación: 23-9-15

Resumen: *El ensayo trata de la influencia, ejercida por los medios de comunicación, sobre las políticas legislativas de los fenómenos delictivos, con especial atención a los riesgos que dicha influencia puede causar en relación con la violación de algunos principios fundamentales de los sistemas democráticos modernos, en particular con respecto al Derecho penal. El trabajo se centra en el énfasis puesto por los medios de comunicación en los riesgos y la creación engañosa de miedos colectivos, en particular los que afectan los fenómenos delictivos. Se exige un papel central de la cultura del Derecho penal a la hora de realizar un posible proceso de paideia político-criminal adecuado a las necesidades democráticas y de los medios de comunicación post-modernas, con el fin de dar forma al contenido ontológico de los niveles mínimos de conocimiento de los ciudadanos, tales como la internalización de los valores fundamentales que constituyen el ethos de las sociedades civiles contemporáneas.*

Abstract: *The essay is about the influence exerted by media on the legislative policies about criminal phenomena, with special reference to the risks that such influence might cause as regards the violation of some fundamental principles of modern democratic systems, that is the principles of criminal law. The work is focused on the emphasis put by media on the risks and the specious creation of collective worries, particularly those connected with criminal phenomena. A central role of criminal law culture is required for within a possible process of political-criminal paideia meeting democratic and mass media postmodern needs, in order to try to shape the ontological content of citizens' minimum levels of knowledge, such as the internalization of those fundamental values forming the ethos of today's civil societies.*

Palabras clave: medios de comunicación, libertad de prensa, democracia, política criminal, legalidad penal
Keywords: mass media, freedom of the press, democracy, criminal policy, criminal legality

Collective fear stimulates herd instinct, and tends to produce ferocity toward those who are not regarded as members of the herd.

BERTRAND RUSSELL
*Unpopular Essays*¹

1. LA PERCEPCIÓN MEDIÁTICA DE LA INSEGURIDAD

Según un conocido aforismo, todo aquello en lo cual se cree existe, y solamente esto². El rol de los medios masivos de comunicación en la percepción de un cierto fenómeno, resulta desde hace tiempo cada vez más determinante, y eso por supuesto vale de manera decisiva también para los riesgos relacionados con los fenómenos criminales y las exigencias de seguridad relacionadas³. El riesgo es un producto socio-cultural, bajo el aspecto de la producción

¹ “El miedo colectivo estimula el instinto de manada, y tiende a producir ferocidad contra aquellos que no son considerados miembros de la manada”. B. RUSSELL, *Unpopular Essays*, London, 1950, traducción española por F. Mazía, *Ensayos impopulares*, Barcelona, 2004.

² H. VON HOFMANNSTHAL, *Buch der Freunde*, 2ª ed. 1929 a cargo de R.A. Schröder, traducción española por M.Á. Vega, *El libro de los amigos. Relatos*, Madrid, 1991, p. 114; edición italiana de G. Bemporad, *Il libro degli amici*, Milán, 1985, p. 22.

³ En la literatura penal el derecho a la seguridad ha sido objeto de muchas investigaciones; sin ninguna exhaustividad, en la literatura española más reciente vid. S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dirs.), D. CARPIO BRIZ (coord.), *La seguridad pública ante el derecho penal*, Madrid, 2011, *passim*; M.J. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Madrid, 2010, *passim*; A.I. PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid, 2007, *passim*; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, N. SANZ MULAS (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, 2005, *passim*; F. MUÑOZ CONDE, “El nuevo derecho penal autoritario”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, M. GURDIEL SIERRA, E. CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 803 ss.; del mismo escritor, *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 25 ss.; J.M. ZUGALDIA ESPINAR, “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruis Antón*, cit., p. 1121 ss.; M. ACALE SÁNCHEZ, “Del código penal de la democracia al código penal de la seguridad”, en F. PÉREZ

objetiva (*risk-production*) y también bajo el aspecto de la percepción subjetiva (*risk-perception*)⁴; en este último caso se puede decir que el riesgo lo construye la sociedad⁵. Buena parte de los riesgos contemporáneos, de hecho, son poco o para nada auto-evidentes y no incurren en el conocimiento directo de los ciudadanos, pero a menudo son los resultados que se derivan de un saber en cuyo ámbito se puede atribuir a los medios de comunicación de masas un rol decisivo en cuanto representan una herramienta de control social⁶.

ÁLVAREZ (coord.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1204; M. GARCÍA ARÁN, "El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2005, p. 39 ss.; G. PORTILLA CONTRERAS, "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo", *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, pp. 43 ss.; J.L. DíEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículos n. 06-03, 2004; R. SAEZ VALCARCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, p. 3 y ss. En la literatura penal italiana y alemana, entre los muchos investigaciones más importantes, vid. A. BARATTA, "Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti", *Democrazia e diritto*, 2000, 19 ss.; M. DONINI, "Sicurezza e diritto penale", *Cassazione penale*, 2008, p. 3558 y ss.; W. HASSEMER, "Sicurezza mediante il diritto penale", *Critica del diritto*, 2008, p. 15 ss.; D. PULITANÒ, "Sicurezza e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 547 y ss.

⁴ Sobre la percepción de los riesgos vid. L. SAVADORI, R. RUMINATI, *Nuovi rischi, vecchie paure*, Bologna, 2005, spec. p. 44 ss.; P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, Londres, 2000, *passim*. Sobre la más conocida 'sociedad del riesgo' y la profunda alteración de la estructura del sistema penal en contradicción con sus principios fundamentales, véase F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2001, *passim*, espec. p. 387 y ss., p. 415 y ss. Para un análisis del riesgo desde una perspectiva penal en la doctrina española, ver M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, 1999, *passim*; B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Cizur Menor, 2001; S. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003; V. GÓMEZ MARTÍN, "Libertad, seguridad y 'sociedad del riesgo'", en M. CORCOY BIDASOLO, V. GÓMEZ MARTÍN, S. MIR PUIG (coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 59 ss.; F. NAVARRO CARDOSO, "El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", en F. PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, cit., p. 1321 ss.; en la doctrina italiana más reciente ver C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, *passim*, espec. p. 4 ss., p. 168 ss.

⁵ Cfr. U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción española por J. Navarro Pérez, et al., 1ª ed., Barcelona, 1998; edición italiana *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, p. 35 ss., espec. p. 337; G. AMENDOLA, "Qualità della vita, bene comune, rischio accettabile: i topoi retorici e/o le strettoie concettuali della valutazione d'impatto ambientale", en F. BEATO (ed.), *La valutazione dell'impatto ambientale. Un approccio integrato*, Milano, 1995, p. 20 ss.

⁶ Sobre los medios de comunicación de masas como herramientas de control social, en un sistema solo aparentemente libre, en general vid. J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1962), traducción

Las investigaciones empíricas del *risk-analysis*, han demostrado además que el hiato entre el riesgo real (a menudo difícilmente identificable o mensurable) y el riesgo percibido, toma énfasis por la impracticabilidad de poner como objeto de investigación a sujetos ‘racionales’; porque, en realidad, la información que las personas obtienen está distorsionada por la propia naturaleza del proceso a través del que se obtiene⁷. La percepción del riesgo, entonces, es, por muchos lados, irracional, o mejor dicho, ‘arracional’, ya que está influenciada por lógicas distintas de aquella de la efectiva existencia del riesgo, lógicas donde los medios masivos de comunicación tienen un peso determinante, al poder reducir o engrandecer un riesgo, dramatizarlo o disminuirlo⁸.

El riesgo percibido es, entonces, una construcción social de una realidad, donde a menudo la fuente reside en los medios de comunicación⁹. Por lo demás, el proceso de formación de tal percepción, bien mirado, no es lineal (hechos - *mass media* - ciudadanos), sino que tiene una naturaleza circular e inter-relacional, entre fuentes que se autoalimentan¹⁰. Los medios de comunicación, desde el sentido y la experiencia común, toman los riesgos que parecen interesar a los ciudadanos y, después, con su forma de representarlos, condicionan y refuerzan una cierta percepción del riesgo; percepción, que ulteriormente enfatizan los medios de comunicación, que apelan al sentido común precedentemente reforzado por los mismos medios, conformando un tornado ascendente, un círculo vicioso, a menudo difícilmente detenible¹¹.

española por A. Domènech, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, 2ª ed., Barcelona, 2004, *passim*. Para los aspectos más puramente socio-criminológicos vid. D. GARLAND, *The culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2001, traducción española por M. Sozzo, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 1ª ed., Barcelona, 2006, p. 152 ss.

⁷ L. SAVADORI, R. RUMINATI, *Nuovi rischi*, cit., p. 73.

⁸ U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Cambridge 1994, versión española por J. Albores, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, 1ª ed. 1997, 2ª ed. 2001, p. 13 ss.

⁹ Sobre el fenómeno general de espectacularización del crimen, recientemente vid E.R. ZAFFARONI, M. BAILONE, “Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación”, en E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (eds.), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padua, 2014, 125 ss.

¹⁰ G. PRIULLA, *Raccontar guai. Che cosa ci minaccia. Che cosa ci preoccupa*, Soveria Mannelli, 2005, p. 63.

¹¹ Con una particular atención al fenómeno criminal y a la capacidad de los medios de comunicación de masas que ofrecen modelos interpretativos deformantes, vid. R.V.

En esta circularidad se introduce también la ‘respuesta pública’ solicitada por la demanda ‘autopoietica’ que proviene de los medios de comunicación y de la percepción social del riesgo¹². Con respecto al fenómeno criminal, esta ‘respuesta pública’ puede ser de carácter político, que reside en la discusión y formación de nuevas normas dirigidas [a menudo solo aparentemente] a afrontar el riesgo percibido, o puede ser de carácter judicial, que consiste en los procesos llevados a cabo por la magistratura, más conocido como ‘derecho viviente’, donde no raramente se fuerza la interpretación de la norma para rendir cuentas ante una presumible opinión pública. La ‘respuesta pública’, por otra parte, provoca efectos socio-políticos, que a su vez reciben una ulterior cobertura mediática y suscitan otra percepción social, que muchas veces reclama una nueva ‘respuesta pública’. Así pues, son muchos los autores de la percepción del riesgo, según un mecanismo de recíprocas interferencias, en las que el resultado final, por lo general, no depende del comportamiento de uno solo de esos actores, sino de la alianza y a veces del enfrentamiento entre ellos, donde, según los casos, algunos cubren el rol de ‘protagonista’ y otros el de simple ‘relleno’. Al final se trata de una lucha para imponer una cierta interpretación de la realidad¹³. Una lucha en la cual el sistema de comunicación de masas desempeña un papel fundamental, mientras que el usuario *uti singuli* no desempeña ninguno.

El poder de los medios de comunicación de masas se funda, en primer lugar, sobre la selección de las noticias (*agenda setting*)¹⁴. Mientras el derecho se conforma discriminando entre lícito/ilícito, los medios de comunicación

ERICKSON, “Mass Media, Crime, Law, and Justice. An Institutional Approach”, *The British Journal of Criminology*, vol. 31, 1991, p. 219 y ss.; quien sostiene que los medios de información no son capaces de crear opiniones o convicciones de la nada, sino que estimulan y desarrollan las aptitudes de los ciudadanos, siguiendo un modelo inter-relacional donde los ‘media’ ofrecen una interpretación de la realidad que se combina con la del ciudadano.

¹² G. PRIULLA, *Raccontar guai*, cit., p. 63.

¹³ R. ERICSON, P. BARANEK, J. CHAN, *Negotiating Control. A Study of News Sources*, Toronto, 1989.

¹⁴ Ver M. MCCOMBS, *Setting the agenda. The mass media and public opinion*, Cambridge, 2004, traducción española por Ó. Fontrudona López, *Estableciendo la agenda. El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Barcelona, 2006; T. SÁDABA, J. RODRÍGUEZ VIRGILL, “La construcción de la agenda de los medios. El debate del estatut en la prensa española”, *Ámbitos*, núm. 16, 2007, p. 187 ss. Sobre este tema, en la literatura en idioma italiano, vid. R. MARINI, *Mass media e discussione pubblica. Le teorie dell’agenda setting*, Roma-Bari, 2011; S. BENTIVEGNA (ed.), *Mediare la realtà. Mass media, sistema politico e opinione pubblica*, Milano, 2002, en particular la primera parte, con los escritos de M. MCCOMBS, D. SHAW, *La funzione di agenda-setting dei mass media*; M. BENTON, P.J. FRAZIER, *La funzione di agenda-setting dei*

al contrario, lo hacen basándose en el código información/no información¹⁵. Si es evidente que, sea lo que fuere, una selección debe existir, el problema está en los criterios seguidos¹⁶. En los sistemas capitalistas la lógica es comercial, o sea se seleccionan aquellas noticias que resultan más apetecibles, más vendibles, que por lo general coinciden con aquellas que tocan la fibra emocional, típicas de algunos fenómenos criminales¹⁷. Los *mass media* se autolegitiman en cuanto no temen otra sanción que no sea la del mercado, de los lectores/espectadores¹⁸. De este modo, la información se vuelve en una mercancía que debe producir el mayor provecho posible¹⁹. Todas las potenciales noticias que no tienen esta aptitud – y quizás son la mayor parte de ellas – son ignoradas por los medios de comunicación de masas, incluso si se trata de fenómenos o riesgos fundamentales para la convivencia civil, que decaen en un limbo mediático destinado a la absoluta marginalidad o indiferencia²⁰.

mass media ai tre livelli di "complessità" dell'informazione; S. IYENGAR, D. KINDER, *L'effetto di agenda-setting*.

¹⁵ N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Fráncfort d. M., 1981, traducción italiana por R. De Giorgi, M. SILBERNAGL, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bolonia, 1990, p. 62; Idem, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen, 1995, p. 17.

¹⁶ Se ha sostenido que la influencia más fuerte de los medios de comunicación sobre la política y sus electores no acontece mediante la imposición de contenidos ideológicos, sino a causa de los procesos selectivos de la información, inspirados en lógicas internas al propio sistema mediático; cfr. E. CANIGLIA, *Berlusconi, Perot e Collor come political outsider. Media, marketing e sondaggi nella costruzione del consenso politico*, Soveria Mannelli, 2000, p. 180.

¹⁷ D. GARLAND, *The culture*, cit.

¹⁸ A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, París, 1996, traducción española por M.M. Escrivá de Romani, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Barcelona, 1997. *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Milán, 1996, p. 75 ss.

¹⁹ D. MCQUAIL, *Mass communication theory*, Londres, 1985, traducción española por P. Ducher, *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*, Barcelona, 1999, *passim*, spec. p. 287 ss., pone de relieve como, a pesar de los tantos cambios que han afectado directamente a los medios de comunicación de masas, las fuerzas en juego son siempre las mismas y persiguen siempre las mismas cosas: ganancias y poder.

²⁰ G. GIOSTRA, "Processo penale e mass media", *Criminalia*, 2007, p. 66, pone en evidencia que para la representación mediática de la justicia penal, a menudo hay una doble selección: un primer filtro por parte de los operadores que tienen ciertas y determinadas informaciones reservadas que, por distintos intereses, algunas hacen públicas y otras no; un segundo filtro por parte de la prensa. Sobre esta cuestión, vid. también T. PADOVANI, "Informazione e giustizia penale: dolenti note", *Diritto penale e processo*, 2008, p. 691; quien habla de una información 'sincrónica', que vive el "(n. d. t.): drama de las fuentes" y que "(n. d. t.): colapsa sobre la acusación, que es en realidad la única fuente y representa al mismo tiempo el baricentro hermenéutico".

A menudo sucede que las noticias más ‘rentables’ se enfatizan, se exageran y se repiten según un mecanismo de amplificación exponencial dirigido a sobre-estimular a los destinatarios de la información para evitar el síndrome de abstinencia, o de todos modos a intervenir inexorablemente, poco a poco, a medida que disminuye el componente dramático o emocional de la noticia, a favor de otros riesgos amplificados por los medios de comunicación²¹. La redundante enfatización mediática de los riesgos más ‘comercializables’, puede determinar la creación de alarmas sociales ‘arracionales’, una especie de pánico colectivo que a menudo no tiene un fundamento efectivo: se trata de la más conocida paradoja del miedo donde la emoción se exagera con respecto a la realidad²². Esto pasa en detrimento de los daños o perjuicios de fenómenos más importantes, pero carentes de *appeal* mediático, que necesitarían una mayor atención socio-política. Con la ulterior consecuencia de una inapropiada repartición de los recursos, puesto que la clase política cuanto más impregnada esté de cultura populista más atención prestará (en la producción normativa y en el destino de las inversiones) a los riesgos más aparentes y no a los más graves²³.

²¹ D. GARLAND, *The culture*, cit., habla de una opinión pública sobre la justicia penal que se funda en una información imprecisa, emotivamente modulada, que devuelve una percepción distorsionada del efectivo fenómeno criminal.

²² Sobre el tema del miedo a la criminalidad, la literatura es bastante amplia. Para una investigación filosófica reciente en España vid. A. GARCÍA RUIZ, *La gobernanza del miedo. Ideología de la seguridad y criminalización de la pobreza*, Cànoves, 2013, *passim*; Sobre el tema vid., además, R. CORNELLI, *Miedo, criminalidad y orden*, Buenos Aires, 2012, *passim*; G.V. TRAVAINI, *Paura e criminalità. Dalla conoscenza all'intervento*, Milán, 2002, *passim*, espec. p. 19 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, G.V. TRAVAINI, “Criminalità e paura: una relazione complessa”, *Difesa sociale*, 2003, p. 51 ss.; R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milán, 2008, *passim*; J. SIMON, *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, 2007, traducido al español por V. de los Ángeles Boschiroli, *Gobernar a través del delito*, Barcelona, 2012, *passim*; y respecto a un reciente intento de superación del miedo mediante políticas de seguridad orientadas en un sentido democrático, véanse A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milán, 2013.

²³ Sobre el tema en Vid. general, ver J. ANTÓN-MELLÓN, *et. al.*, *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contra-reformas del sistema penal en España (1995-2005)*, Universidad de Barcelona, consultable en su página web <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/populismo_punitivo.pdf>; E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia*, núm 55, 2006, p. 15 ss.; L. PERES NETO, *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència política i de Dret públic, Tesis doctoral consultable en su página web <<http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2010/tdx-1222110-180745/lpn1de1.pdf>>; en la literatura italiana G. PRIULLA, *Raccontar guai*, cit., p. 67 ss.

En ese contexto, donde la emotividad asume un rol de parámetro de las opciones, el miedo juega un papel fundamental de control social. Desde un punto de vista sociológico, el miedo no está conectado a la posibilidad de que específicos elementos de peligro se difundan realmente en un ambiente social, sino a «la interpretación y legitimación colectiva de indicios más o menos arbitrarios de peligro como pruebas indiscutibles de una amenaza a la estabilidad o existencia de una sociedad»²⁴. En el tránsito de los indicios arbitrarios a la prueba cierta de la existencia de un riesgo, anida la posibilidad de control social por parte de las *élites*, el poder de instrumentalizar o construir escenarios para generar miedo y obtener así consenso político. El miedo, en particular en lo que concierne a criminalidad, es una sensación muy fuerte y elemental, hasta al punto de poderse manipular y, así, difundir fácilmente en la colectividad²⁵. Si el miedo como instrumento de persuasión de masas hoy tiene orígenes teóricos nobles y destacables²⁶, a través de la capilaridad de los medios de comunicación de masas, domina cada vez más la escena política y condiciona las elecciones legislativas, enfocadas hacia los fenómenos que generan miedo y están orientadas a atraer consenso²⁷.

El miedo puede ser instrumentalizado, manipulado, catalizado o incluso construido y los protagonistas, cuando eso acontece, por lo general son las

²⁴ A. DAL LAGO, "La tautología della paura", *Rassegna italiana di sociologia*, 1999, p. 9.

²⁵ Sobre el rol del miedo hacia el crimen como instrumento de *governance*, vid. J. SIMON, *Gobernar a través del delito*, cit. Además, sobre la manipulación de la inseguridad, vid. F. BARATA, "Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media ante la inseguridad ciudadana", en I. MUÑAGORRI LAGUÍA (coord.), *La protección de la seguridad ciudadana*, Oñati, 1995, p. 83 ss.; del mismo escritor, "Mass media y criminalidad en la sociedad de riesgo", *Alter. Revista internacional de teoría filosofía y sociología del derecho*, México, 2006, 2; "Alarmismos sociales y medios de comunicación", en *Perspectivas y enfoques sobre percepción de seguridad ciudadana. Artículos especializados*, Bogotá, 2010, p. 13 ss., disponible en <www.ccb.org.co>; R.V. ERICSON, *Crime in an insecure World*, Cambridge, 2007, *passim*.

²⁶ Para el uso político del miedo en el pensamiento de Hobbes, Montesquieu y Tocqueville, vid. C. ROBIN, *Paura. La política del dominio*, Milán, 2005, p. 41 y ss., p. 81 y ss., p. 91 y ss.

²⁷ "(n. del t.): Las élites [] en cuanto protectoras oficiales de la seguridad de la comunidad, deciden cuáles amenazas sean más relevantes [], definen la naturaleza de la amenaza, de dónde proviene y cómo debe ser combatida, movilizándolo a la población en contra"; cfr., de nuevo, C. ROBIN, *Paura*, cit., p. 199. En la perspectiva político-criminal se habla de las campañas de *law & order* para recuperar o reforzar el consenso; cfr. C.A. PALIERO, "La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 523 ss.; en general vid. sobre el rol del consenso en el Derecho penal, Idem, *Consenso sociale e diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 ss.

élites políticas, económicas y mediáticas. No siempre es fácil individualizar al autor del injerto del recorrido circular sobredicho (percepción del riesgo – cobertura mediática – respuesta pública); podría ser el sistema económico-mediático por intereses comerciales, o también una facción política para tener consenso²⁸. De todas formas, una vez iniciado el circuito, el rol de los medios de comunicación de masas es imprescindible en cuanto necesario para la percepción colectiva del riesgo y para generar el difundido sentimiento de miedo. Si después el poder político logra controlar los medios de comunicación – a través de sus imposiciones o concentraciones de la propiedad –, el sistema democrático se altera ulteriormente, en cuanto las fuerzas políticas logran que la opinión pública solicite las reformas que ellas mismas desean²⁹.

2. EL MARKETING POLÍTICO-CRIMINAL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS

La incidencia de los medios de comunicación de masas en la política criminal en los últimos tiempos está cada vez más ligada al modo de hacer política. El declive de las contraposiciones ideológicas y el menguar del más conocido “voto militante”, de hecho, han llevado en muchos casos a la afirmación de los conocidos como partidos ‘coge todo’, los cuáles, a falta de una fractura ideológica, para tener consenso y marcar las diferencias, se entregan a técnicas cada vez más equiparables a las del *marketing* a través de un análisis del ‘mercado’ electoral³⁰. La idea de fondo, tomada del *marketing concept* y de una filosofía estrictamente comercial, es aquella de las organizaciones políticas que, como las empresas, alcanzan mejor sus objetivos a través del *customer satisfaction*, que se obtiene colocando las necesidades de los electores, tal como aquellas de los consumidores, al inicio y no al final del proceso de producción. El ‘producto’ político está representado por ideas que se funden en los programas electorales y después en las acciones del gobierno y en las

²⁸ “(n. d. t.): ¿Para qué sirve nuestro miedo, aparte de para conseguir votos, conseguir audiencia televisiva y vender pésimos libros?” cfr. V. ZUCCONI, “Gli strumenti del terrore”, *D la Repubblica delle donne*, suplemento de *La Repubblica*, 31 de julio de 2004, p. 16.

²⁹ Sobre el tema vid. F. PALAZZO, “Mezzi di comunicazione e giustizia penale”, *Politica del diritto*, 2009, pp. 202-2003; G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 66.

³⁰ La teoría de los partidos ‘coge todo’ llega de O. KIRCHHEIMER, “The Transformation of the Western European Party System”, en J. LA PALOMBARA, M. WEINER (eds.), *Political Parties and Political Development*, Princeton, 1966, p. 177 ss., ahora en G. SIVINI (ed.), *Sociologia dei partiti politici*, Bolonia, 1971, p. 177 ss., en particular p. 192.

leyes³¹. Estas ideas, según esta concepción, no deben ser el fruto proveniente de las ideologías, sino el resultado posterior a una investigación sobre el ‘mercado’ electoral: “es necesario darle a los electores lo que quieren”.

Desde las organizaciones *product-oriented* (partidos de masas con una fuerte connotación ideológica, dirigidos a imponer a los electores una cierta visión del mundo), se pasó a las *sales-oriented* (el partido ‘coge todo’, que sabe ‘venderse bien’, muy atento a los medios de comunicación, pero no completamente *marketed*), para terminar en algunos casos con las organizaciones propiamente *market-oriented* (dirigidas a captar las opiniones y las expectativas de los electores y traducirlas en programas políticos, votaciones, acciones de gobierno y leyes)³².

La tendencia que se ha desarrollado, sobre todo en los países occidentales, es la de partidos políticos que desempeñan cada vez menos una función ideológico-pedagógica y cada vez más un rol de captadores de intereses de opiniones y temores de los electores³³. Si a primera vista una evolución semejante pudiera parecer fundamentalmente democrática, ya que la política se limitaría a ‘escuchar’ a los electores³⁴, desde un análisis distinto se deduce que todo depende de la transparencia y la democracia de los procesos a través de los cuales se forman opiniones y temores de los ciudadanos, o sea, también y quizás sobre todo, de la transparencia y la democracia del sistema mediático³⁵.

³¹ Según la definición ofrecida por la *American Marketing Association*, las ideas son objeto de *marketing*, junto a los bienes y a los servicios. Para un análisis del producto y del mercado político, vid. A. ADELL DE BERNARDO, M. ALONSO COTO, *Marketing político 2.0*, Barcelona, 2011, *passim*; F.J. BARRANCO SAIZ, *Marketing político y electoral*, Madrid, 2010, *passim*; P. MAAREK, *Political marketing and communication*, London, 1995, traducción española por G. Multinger, *Marketing político y comunicación. Claves para una buena información política*, Barcelona, 2009; P. BUTLER, N. COLLINS, “Il marketing politico tra prodotto e processo”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.), *L'apparenza e l'appartenenza. Teorie del marketing politico*, Soveria Mannelli, 2004, p. 76 y ss., p. 87 y ss.

³² Para la reconstrucción de la evolución de los partidos políticos, vid. J. LEES-MARSHMENT, *Political marketing and British political parties. The party's just begun*, Manchester, 2001, p. 95 y ss.

³³ Con referencia al *marketing* político en Italia, después del fin de la bipolaridad Este-Oeste el fenómeno más conocido como ‘tangentopoli’, vid. A. MELLONE, “Un approccio di successo? Il marketing politico e il caso italiano”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.), *L'apparenza*, cit., p. 183 ss.

³⁴ M. HARROP, “Political marketing”, *Parliamentary Affairs*, 1990, p. 277 ss.; M. SCAMMELL, *Designer Politics. How Elections are Won*, Londres, 1995, p. 298; A. CATTANEO, P. ZANETTO, *(E)lezioni di successo*, Milán, 2001, p. 13.

³⁵ Para algunas críticas al *marketing* político inspiradas en modelos democráticos, vid. B. FRANKLIN, *Packaging Politics. Political Communications in Britain's Media Democracy*,

Así, por un lado, se puede decir que el *marketing* político –en el que asume un rol determinante el sistema mediático como formador de opiniones y temores³⁶–, está convirtiendo la ‘respuesta pública’, también a nivel de legislación penal, en algo cada vez más mediático, es decir, influido por las opciones llevadas a cabo por los medios de comunicación de masas³⁷. Por otra parte, si las opciones del sistema mediático condicionan la agenda política, quiere decir que las mismas opciones políticas estarán sujetas a las lógicas que atañen al funcionamiento del sistema mediático³⁸. Si estas lógicas, como se ha dicho antes, están íntimamente conectadas al beneficio, también el ‘producto’ político-criminal –en el sentido de las ideas transfundidas a los programas electorales y después a la legislación penal–, estará guiado por una lógica más ‘comercial’ y menos democrática³⁹.

Las preocupaciones ligadas en general a la incidencia del *marketing* sobre la política (reducción de la agenda pública, uso de mensajes mediáticos en vez de argumentaciones, falta de ‘coraje’ político, etc.)⁴⁰, se incrementan en relación a la política criminal⁴¹. Las correspondientes ideas transfundidas a

Londres, 2004; K.H. JAMIESON, *Dirty politics. Deception, distraction, and democracy*, Nueva York - Oxford, 1992.

³⁶ Si la ciencia social no está de acuerdo sobre la naturaleza y la amplitud del poder de los medios de comunicación de masas, dado que no resulta fácil identificar la influencia que estos tienen sobre la educación, la religión, etc., todos concuerdan con la influencia que los ‘*mass media*’ ejercen sobre la agenda política; cfr. P. BUTLER, N. COLLINS, *Il marketing politico*, cit., p. 98 ss.

³⁷ Para las implicaciones íntimas entre *marketing* político y *mass media*, distinguiendo entre *free* y *paid media*, vid. M. SCAMMEL, “Cosa insegna il marketing alla scienza politica”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.) *L'apparenza*, cit., p. 39; D. WRING, *Le teorie del marketing politico*, *ivi*, p. 121 ss.; N. O'SHAUGHNESSY, *Il marketing del marketing politico: un ossimoro?*, *ivi*, p. 228 ss.

³⁸ Según T.H. QUALTER, *Opinion Control in the Democracies*, Londres, 1985, p. 138, el *marketing* reduce la política a imágenes en venta.

³⁹ En la literatura italiana, para la relación entre democracia y *marketing* político, vid. L. MORI, “Il marketing politico e il consenso in democrazia”, *Iride*, 2011, p. 563 ss.; ID., “Procedure democratiche, legittimazione e consenso nell’età del marketing politico: considerazioni filosofico-politiche”, *Diritto & questioni pubbliche*, 2012, p. 711 ss. F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione*, cit., p. 203, a propósito de las leyes del mercado que regulan de modo férreo la representación del fenómeno criminal, habla de “(n. d. t.): una deriva metodológicamente antidemocrática”.

⁴⁰ M. SCAMMEL, *Cosa insegna*, cit., p. 57; P. BUTLER, N. COLLINS, *Il marketing politico*, cit., p. 85 ss.

⁴¹ Para algunas consideraciones sobre la alteración del circuito democrático que deriva de las representaciones mediáticas distorsionadas, en particular de los sucesos procesales, vid. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 66.

los programas electorales y a las leyes penales, de hecho, como se sabe, dañan profundamente los bienes fundamentales de la persona y en primer lugar la libertad, que se encuentra en la cúspide de los valores constitucionales. 'Mercadear' el 'producto' político-criminal significa, entonces, comercializar, 'vender' a la persona en sus implicaciones vitales.

Las técnicas del *marketing* imponen una extrema simplificación de las cuestiones, adaptadas a los mensajes mediáticos, eliminando las argumentaciones en busca de afirmaciones breves, claras y reconocibles, propagandas que traen ventajas electorales⁴². Si, por un lado, se puede decir que razonando de este modo se realiza una comunicación política más cercana al lenguaje de los electores⁴³, por el otro, el peligro es caer en un simplismo de todo punto inapropiado, *a fortiori*, en cuestiones complejas y destinadas a afectar de la manera más profunda la vida de las personas, como la política criminal. El *marketing* político empuja hacia temas restringidos, asfixiantes, solo porque son populares, fácilmente comprensibles y objeto de las expectativas de los electores mediáticamente condicionados⁴⁴, en detrimento de cuestiones y argumentaciones de mayor sustancia, destinadas al oscurecimiento de los medios de comunicación de masas y políticos o a una falta de éxito⁴⁵.

Al final, privilegiando a las críticas, el *marketing* político se puede reducir a una categoría incluida en el concepto de 'gobierno simbólico', coherente con la simbolización que ha caracterizado a la política criminal de las últimas décadas, donde, por falta de ideologías o, mejor dicho, a falta de opciones inspiradas en los valores fundamentales de las personas y plenamente adecuadas a los principios constitucionales, parecería que «la finalidad del poder se haya convertido en el propio poder»⁴⁶. Las ideas de política criminal, sin embargo, no deberían ser consideradas sencillamente un producto que se debe crear y comercializar mediante los medios de comunicación, sino que

⁴² Se trata de tránsitos informativos que funcionan como sustitutos de "segunda opción" de otros tipos de datos, más inalcanzables, cfr. S. POPKIN, M. DIMOCK, "La conoscenza dei cittadini, le scorciatoie informative ed il ragionamento politico", en S. BENTIVEGNA (ed.), *Comunicare politica nel sistema dei media*, Génova, 1996, p. 182.

⁴³ M. HARROP, *Political marketing*, cit.; M. SCAMMELL, *Designer Politics*, cit.

⁴⁴ Sobre la fuerte perplejidad relativa al exceso de simplificación del lenguaje político y de la información, con obvias consecuencias sobre el tema de las correctas opciones electorales, véase E. CANIGLIA, *Berlusconi*, cit., p. 191 ss.

⁴⁵ G. SMITH, J. SAUNDERS, "The application of marketing to British politics", *Journal of Marketing Management*, 1990, V, p. 295 ss.

⁴⁶ Cfr. N. O'SHAUGHNESSY, *Il marketing del marketing politico: un ossimoro?*, cit, p. 232, (n. d. t.).

deberían ser, más bien, expresiones de valores irrenunciables, incompatibles con la comercialización de la persona.

3. EL FENÓMENO CRIMINAL ENTRE REALIDAD Y REPRESENTACIÓN MEDIÁTICA: LAS CONSECUENCIAS RELATIVAS A LA LEGALIDAD PENAL

Para comprender mejor cómo se representa mediáticamente el fenómeno criminal y de qué modo esta representación puede incidir sobre las elecciones de *marketing* político, es necesario hacer referencia, aunque de forma sintética, a algunos resultados a los que ha llegado la investigación criminológica⁴⁷.

La clara tendencia mediática que representa la criminalidad como un fenómeno mucho más presente de lo que es en realidad, aumentando su im-

⁴⁷ Sobre el tema, en la literatura en idioma español, vid. S. SOTO NAVARRO, "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07-09, 2005. El artículo se basa en datos obtenidos por tres fuentes: noticias sobre delincuencia en el diario "El País", encuestas de opinión mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y datos oficiales sobre la delincuencia. Del análisis realizado, concluye la autora, que el aumento considerable de la preocupación y el miedo al delito, la inclusión del problema de la inseguridad ciudadana en los primeros puestos de la agenda política del Gobierno y la subsiguiente vuelta hacia el modelo de "ley y orden", tal como la influencia de ciertos grupos de presión corporativos – en particular los sindicatos policiales y los funcionarios de prisión – son fenómenos directamente relacionados con la atención mediática y no responden a un importante y efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España. M. GARCÍA ARÁN, "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales", *Revista catalana de seguretat pública*, abril 2008, p. 39 ss., propone algunas consideraciones sobre la relación entre las actuales tendencias punitivistas y los discursos consolidados a través de los medios de comunicación, sin que se presuponga mayoritaria la opinión publicada ni se atribuya a los medios toda la responsabilidad de la deriva autoritaria actual del derecho penal. La incidencia de los medios se produce en dos tipos de cuestiones: la valoración cuantitativa de la inseguridad y la valoración cualitativa sobre la capacidad punitiva del sistema penal para hacerle frente. Vid, también, R. SÁEZ VALCÁRCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, p. 3 ss. Para las cuestiones sociológicas, en la literatura española vid. el trabajo monográfico de J.J. TOHARIA, *Opinion pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, 2001, *passim*. En general, en la ciencia penal italiana, vid. G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, Milán, 2005, *passim*; más recientemente vid. R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale*, Milán, 2012, *passim*, espec. p. 154 ss.; y menos reciente R. GRANDI, M. PAVARINI, M. SIMONDI (eds.), *I segni di Caino. L'immagine della devianza nella comunicazione di massa*, Napoli, 1985, *passim*.

portancia en comparación a lo que demuestran los datos estadísticos oficiales, alimenta el riesgo percibido⁴⁸.

La función de *agenda setting*, relativa al fenómeno criminal depura buena parte de los hechos penalmente relevantes a favor de unos pocos episodios, presentados como de alta peligrosidad delictiva. La selección mediática de las tipologías criminales es muy reducida: cuando se trata de periodismo casi exclusivamente llegan algunos delitos clásicos y violentos (por ejemplo homicidios, terrorismo, etc.), mientras que otros hechos penalmente relevantes no reciben la misma atención, menos algunos episodios (por ejemplo, crímenes sexuales o contra la infancia) que, aunque en general se eluden, cuando se tratan, resultan enfatizados desde el punto de vista de la gravedad. Los delitos contra el patrimonio, estadísticamente los más frecuentes, si bien son objeto de un buen número de noticias (sobre todo en los periódicos), en general reciben una escasa relevancia mediática por espacio y tiempo dedicado⁴⁹.

⁴⁸ G. FORTI, R. REDAELLI, "La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica", en G. FORTI, M. BERTOLINO (a cargo de), *La televisione del crimine*, cit., *passim*, espec. p. 12 y ss., p. 18 y ss., p. 179; R.J. GEBOTYS, J.V. ROBERTS, B. DASGUPTA, "News Media Use and Public Perceptions of Crime Seriousness", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, núm. 30, 1988, p. 3 ss. Para otras discrepancias numéricas y sobre-representaciones sustanciales (por omisión), en particular entre crónica criminal relativa a ciudadanos italianos y extranjeros, véase E. CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi. La rappresentazione dello straniero nel racconto giornalistico*, Milán, 2011, p. 115 ss. El tema ha sido tratado también por C.A. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 493 ss. Para el análisis del notable crecimiento de las noticias criminales en la prensa inglesa, vid. R. ROBERT, S. LIVINGSTONE, J. ALLEN, "Casino culture: media and crime in a winner-loser society", en K. STENSON, R. SULLIVAN (eds.), *Crime, risk and justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Cullompton, 2001, p. 174 ss. Para observaciones problemáticas y sintéticas sobre la diferencia entre la criminalidad 'efectiva' y 'percibida', vid. T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale*, cit., p. 690, quien evidencia que la presunta desinformación operada por los medios de comunicación, debería ser confrontada, para verificar su efectiva consistencia, con la posible ignorancia estadística de los fenómenos criminales, con eventuales dislocaciones territoriales y gravedad de los hechos criminales, y con la 'cifra negra' de los delitos sin denunciar.

⁴⁹ G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 92 ss. Sobre la selección distorsionada de las noticias en tema de criminalidad, además vid. R. SURETTE, *Media, Crime, and Criminal Justice. Images, Realities, and Policies*, Belmont, 2007, *passim*. La tendencia encuentra confirmación también en otras experiencias, por ejemplo en la irlandesa, vid. M. O'CONNELL, "Is Irish Public Opinion towards Crime Distorted by Media Bias?", *European Journal of Communication*, núm. 19, 1999, p. 191 ss., quien analizó más de 2000 artículos y las distorsiones realizadas por los medios de comunicación de masas provocadas, entre otras cosas, por la inclinación que tienen aquellos a divulgar las noticias de crímenes graves, a pesar de ser éstos de poca frecuencia. Para la experiencia escocesa vid. J. DITTON, J. DUFFY, "Bias in the Newspaper Reporting of Crime News", *The British Journal of Criminology*, vol. 23, 1983,

La tendencia, entonces, es invertir el orden de las estadísticas reales, tratando hechos mucho más raros, considerados graves, y decididamente menos delitos, mucho más difundidos, pero que se consideran en sí poco relevantes, abandonando la idea del crimen como fenómeno social de amplio margen y concentrando la atención mediática sobre hechos singulares capaces de llamar la atención [y el beneficio]⁵⁰. Los medios de información, además, tienden también a sobrevalorar la gravedad de algunos delitos con respecto al desvalor 'oficial' otorgado por el ordenamiento jurídico, a través de la 'conminatoria edictal' (por ejemplo, donde el alejamiento es más evidente, delitos sexuales, económicos, contra el patrimonio, imprudentes o ambientales)⁵¹.

Otro dato que emerge del análisis criminológico es que el sistema mediático focaliza el interés no solo sobre el hecho, también sobre las fuerzas de control (fuerzas de policía y magistratura) enfatizando sus roles, mas abandona, excepto en casos particulares, a víctima y autor, este último normalmente representado como 'enemigo público', sin ninguna atención a su condición social y a sus motivaciones⁵². La información, cuando le interesa al autor, es sobre todo por su procedencia socio-económica, partiendo del lugar común de que, en general, no es noticioso, los criminales son los marginados. A esto se enlaza también la constatación de que el uso mediático de la calificación "criminal" ocurre normalmente en hechos con víctimas individuales pero no en relación con aquellos con victimización colectiva (delitos político-administrativos, económicos, ambientales, etc.), usualmente realizados, estos últimos, por personas de una cierta posición socio-económica⁵³.

pp. 159 y ss. Para la austríaca, J. GUNZ, *Kriminalberichterstattung in unseren Tageszeitungen Vergeltung oder Vorbeugung? Eine inhaltsanalytische Dokumentation*, Linz, 1980, p. 3 ss. Para la alemana, H. KURY, "Mass media e criminalità: l'esperienza tedesca", en G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, cit., pp. 319 y ss.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, de nuevo, G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., pp. 140 y ss., p. 182, los cuales, al confrontar los datos de presencia mediática de las tipologías de delitos con las cifras expuestas en las estadísticas judiciales penales, han tenido en consideración los datos Istat (Instituto nacional de estadística italiano) relativos al año 2000. Vid., además, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 494. De nuevo, R. SURETTE, *Media, Crime*, cit., p. 63; H.J. SCHNEIDER, "La criminalité et sa représentation par les mass media", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, núm. 48, 1995, p. 148 ss.

⁵¹ Cfr. G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 140 ss., p. 158 ss.

⁵² H.J. SCHNEIDER, *La criminalité*, cit., p. 152 ss.; J. GUNZ, *Kriminalberichterstattung*, cit., p. 40 ss.

⁵³ Cfr. G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 68 ss., 150 ss., p. 182 ss., p. 186 ss.

En la investigación criminológica es posible encontrar datos empíricos relativos al sistema mediático que permiten confirmar la percepción falsificada del riesgo criminal y explicar muchas opciones político-criminales ‘marketizadas’, que con el tiempo han contribuido a la formación de la más conocida como legislación penal de la emergencia⁵⁴. Si se forman mediáticamente instancias sociales ‘arracionales’ de represión penal, la política tiende a preparar respuestas penales usualmente simbólicas, destinadas a la tranquilidad social, atrayendo consenso, pero sin efectos o con efectos inútiles e inidóneos para orientar a los ciudadanos⁵⁵. Respuestas que crean ulteriores insatisfacciones sociales y pretensiones de una represión más grave, que empujan a la política, para readquirir credibilidad, hacia respuestas punitivas desproporcionadas⁵⁶. De aquí la famosa connotación hipertrófica de la legislación penal, que, estimulada por la artificiosa necesidad subjetiva de seguridad, no logra en absoluto superar la crisis de legitimación en la que ha caído el sistema penal, sino que, más bien, la agrava, convirtiéndola en una “fábrica de ilusione”⁵⁷.

El sistema mediático parece amenazar las bases de la legalidad penal-constitucional, bajo más puntos de vista: una democracia solo aparente de las opciones mediáticas, las cuales, como se ha visto, influyen fuertemente

⁵⁴ En general, sobre las problemáticas relacionadas con la legislación de emergencia, vid. el fundamental y ya clásico trabajo de S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoles, 1997, *passim*.

⁵⁵ Sobre este tema véase también M. DONINI, “Il diritto penale di fronte al ‘nemico’”, *Cassazione penale*, 2006, p. 735 ss., que a propósito de la imposibilidad de poder controlar la utilización distorsionada de los medios de comunicación masivos, habla de una construcción periodística y/o política de “monstruos” como instrumentalización de la persona que da vida a lo que define el segundo significado del derecho penal del ‘enemigo’, o sea el uso instrumental del derecho penal del hecho en función simbólico-expresiva y de “lucha” contra el “mal” cometido por un autor normal. Más reciente vid. F. SCHIAFFO, “La creazione della insicurezza in Italia e negli USA: gli esiti istituzionali tra effetti simbolici e disastri reali”, *Critica del diritto*, 2012, pp. 52 y ss., en particular a propósito del “desastre anunciado” de la privatización en la gestión de la seguridad pública en la legislación italiana en los años del boom mediático de la criminalidad.

⁵⁶ Cfr. M. BERTOLINO, “Privato e pubblico nella rappresentazione mediática del crimine”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1070 ss., ahora en G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, cit., p. 192.

⁵⁷ E. MUSCO, “Consenso e legislazione penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, p. 85 ss., spec. p. 88, (n. d. t.), identifica una de las causas de la criminalización generalizada en el consenso político que se busca mediante las técnicas modernas de la comunicación medial, que hace uso también de sofisticadas manipulaciones.

y deslegitiman a la política criminal⁵⁸; una consiguiente legislación que a menudo comercializa a la persona sacrificándola a los intereses del sistema mediático, según lógicas de ‘exclusión’ de las ‘clases peligrosas’, contrarias a las garantías fundamentales de un Estado social de Derecho⁵⁹; una legislación que, al intentar ir en pos de una opinión pública mediatizada, produce normas en un sistema cada vez más irracional, desproporcionado, caótico y, por lo tanto, contrario a las exigencias de *extrema ratio* y de determinación del Derecho penal⁶⁰.

4. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS Y EL DERECHO ‘VIVIENTE’: OTROS REFLEJOS SOBRE LA LEGALIDAD PENAL

Los efectos del sistema mediático parecen ser más compatibles con un concepto de legalidad penal visto como una ‘espada’ (inspirado en la idea ‘totalitaria’ de castigar a toda costa a los autores de hechos socialmente dañinos), que con el modelo de legalidad visto como un ‘escudo’ (o sea, con una función de garantía a favor de los ciudadanos contra posibles abusos del Estado o arbitrariedades del juez), un concepto que parece ser acogido, por ejemplo, en la Constitución italiana⁶¹.

Esta tendencia conlleva otra posible insidia para la legalidad (correctamente interpretada) en el más conocido derecho ‘viviente’ o jurisprudencia

⁵⁸ Sobre las implicaciones de la democratización del sistema mediático y penal, vid. las fundamentales observaciones de F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione*, cit., 2009, p. 200 ss.

⁵⁹ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., pp. 536-537.

⁶⁰ Sobre estas cuestiones generales, en la ciencia penal española, vid. A.R. CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, L.A. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), vol. 1, 2001, p. 187 ss.; J.L. FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, art. núm. 07-16, 2005; M. GARCÍA ARÁN, J. BOTELLA CORRAL, R. REBOLLO VARGAS, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, *passim*; L. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Madrid, 2013, *passim*.

⁶¹ Sobre el tema vid. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Nueva York - Oxford, 1998, traducción al español por F. Muñoz Conde, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, 1997; traduzione italiana di M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, Bolonia, 2004, p. 324 ss. Vid. M. CATERINI, “L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell’oligarchia giudiziaria”, en P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (eds.), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, p. 118 ss., para razones que fundamentan la prevalencia de la legalidad como ‘escudo’, con respecto a las exigencias de punición y seguridad jurídica.

creativa⁶², que también asume cada vez más un rol de protagonista en las elecciones de política criminal, con una vocación, por una parte, a moverse más allá del texto legislativo, y, por otra, a ‘exprimir’ la máxima punibilidad de las normas penales⁶³. Las investigaciones han evidenciado desde hace mucho tiempo la existencia de una especie de código paralelo de segundo nivel, que de modo latente deforma la aplicación del código oficial por parte de las agencias de control⁶⁴. Por otra parte, ya se recordó que los medios de información enfatizan el rol de esas agencias, cosa que en realidad va a consolidar y a convalidar – a través de la evocación de un presunto ideal superior distorsionado de ‘justicia’ – el uso de este código de segundo nivel, en evidente contraste con el principio de legalidad.

Es lógico, entonces, que el sistema mediático pueda influir a los magistrados en la toma de decisiones, orientando no solo la verificación del he-

⁶² Sobre el tema de la sujeción del juez a la ley en España, ver J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El sometimiento del juez sólo a la ley. (Por un enfoque post-positivista)”, en J.A. RAMOS PASCUA, M.Á. RODILLA GONZÁLEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, 2006, p. 581 ss.; F.J. EZQUIAGA GANUZAS, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en J. MALEM, J. OROZCO, R. VÁZQUEZ (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, 2003, p. 39 ss.; E. BULYGIN, “Los jueces ¿crean derechos?”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 18, 2003, p. 7 ss. Se cita también M. CATERINI, “La creatividad de la interpretación: una comparación entre el derecho penal y el arte musical”, *Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, p. 49 ss. Sobre la vinculatoriedad de la doctrina judicial en España, ver C. AUGER LIÑÁN, “La jurisprudencia como posible fuente de ordenamiento jurídico”, en E. BACIGALUPO ZAPATER, P.L. MURILLO DE LA CUEVA, R. TRILLO TORRES (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución Española*, Barcelona, 2004, p. 367 ss.; J. SAMPER JUAN (dir.), *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2002, *passim*, en particular E. BACIGALUPO ZAPATER, *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, p. 129 ss.; V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, 2002; F.J. LAPORTA, “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 267 ss.

⁶³ En estos términos, H.J. HIRSCH, “Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht”, en G. KOHLMANN (a cargo de), *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlín, 1999, p. 112 ss. Para algunos ejemplos paradigmáticos de esta creatividad jurisprudencial en sentido desfavorable, ver de nuevo M. CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., p. 113 ss.

⁶⁴ P. MACNAUGHTON-SMITH, “Der zweite Code. Auf dem Wege zu einer (oder hinweg von einer) empirisch begründeten Theorie über Verbrechen und Kriminalität”, en K. LÜDERSEN, F. SACK (a cargo de), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1975, p. 197 ss.; C.E. PALIERO, “Il principio di effettività del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 508.

cho, sino también la interpretación de las normas, hacia un resultado en vez de otro, en razón de las expectativas de la así llamada opinión pública⁶⁵. Omitiendo los casos donde tal comportamiento de los magistrados pueda determinarse por la inclinación a atraer popularidad de cara a una futura carrera política, lo que interesa poner en evidencia en esta sede son las numerosas posiciones jurisprudenciales, coherentes con las expectativas de la opinión común, que, bajo el ropaje de meras interpretaciones, esconden verdaderas creaciones de normas o al menos hermenéuticas analógicas, contrarias al principio de legalidad penal.

Para tener un solo ejemplo de tal comportamiento, téngase en mente la figura del dolo eventual, de matriz jurisprudencial, como es sabido, que ha recibido el aval por parte de la doctrina⁶⁶. Los efectos represivos de este derecho 'viviente', que se pueden fácilmente intuir, ya que dilatan las situaciones típicas de los casos concretos construidos por el legislador como dolosos, creando innumerables posibles situaciones típicas que derivan de

⁶⁵ M. ROMANO, "Legislazione penale e consenso sociale", *Jus*, 1985, p. 413 ss., más allá del consenso social con referencia a la creación de las normas, habla también de un consenso social "(n. d. t.): referible a la estructura dialógica-comunicativa del proceso [] donde el éxito final - la decisión de condena o de absolución - condiciona la comprensión social de la actividad judicial y resulta a su vez condicionada". Más investigaciones, sobre todo en los sistemas de *common law*, han verificado empíricamente las influencias de los medios masivos de comunicación sobre el proceso decisional de los jueces profesionales y de los jurados, en particular por lo que se refiere a la prueba de los hechos; véase E. COSTANTINI, J. KING, "The Partial Juror: Correlates and Causes of Prejudgement", *Law & Society Review*, vol. 15, 1981, p. 36 ss.; C.A. STUDEBAKER, S.D. PENROD, "Pretrial publicity: The media, the law, and common sense", *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 3, 1997, p. 428 ss.; T.R. TYLER, "Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction", *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1050 ss.; en Italia, para los perfiles psicológicos, véase las ponencias del encuentro "Magistrati e Mass Media", organizado por el Consejo Superior de la Magistratura, Roma, 2004, en particular L. ARCURI, *Ruolo dei mezzi di comunicazione di massa nell'organizzazione delle rappresentazioni sociali e del giudizio delle persone (analisi dei processi attraverso cui i prodotti mediatici possono influenzare la decisione)*, y R. RUMIATI, *L'influenza mediática sulla decisione*.

⁶⁶ A. MANNA, "Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità", *Indice penale*, 2010, pp. 13-14, evidencia la creación pretoria del dolo eventual; siempre A. MANNA, "Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale", *Cassazione penale*, 2011, p. 1252 ss., enfoca la figura del dolo eventual como una de las hipótesis típicas del derecho 'viviente' capaz de invertir el principio de la separación de poderes. Sobre esta cuestión, también G. FORTE, "Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 836 ss., el cual considera la categoría del dolo eventual como una interpretación analógica en *malam partem*. Ver M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., p. 114 ss.

ellos, caracterizadas por la conducta del eventual dolo, en muchos casos disimulando conductas en realidad caracterizadas por la imprudencia. Algunas aplicaciones prácticas parecen estar íntimamente conectadas con las expectativas de la opinión pública, amplificadas por los medios de comunicación de masas. Pensemos, por ejemplo, en la sentencia de primer grado relativa al caso ThyssenKrupp, donde la cúspide de la empresa fue condenada por homicidio doloso después de un accidente gravísimo en el lugar de trabajo⁶⁷. Pensemos, aún más, en aquellos casos de siniestros viales, acontecidos con modalidades particularmente graves o alarmantes, por los cuáles han sido impuestas condenas por homicidio doloso⁶⁸.

El riesgo, también a través de las decisiones judiciales, es que la ley del mercado, que domina el sistema mediático, determine una regresión a un estado sustancialmente pre-democrático, donde la opinión pública es considerada el mejor juez⁶⁹.

5. *NEW MEDIA*, DEMOCRACIA Y LEGALIDAD PENAL

Los nuevos medios de comunicación interactivos están alimentando el sueño de la democracia directa, basada en la idea [peligrosa] según la cual el mejor gobernante, administrador o juez sería la opinión pública. Internet haría posible una contrarrevolución, capaz de cambiar el mundo, a través de su estructura dialógica, que consentiría el desarrollo de la crisis y de la política mediante la posibilidad reconocida por todos de expresar frecuentemente las propias elecciones mediante una especie de sistema referendario permanente⁷⁰. El argumen-

⁶⁷ Cfr. Corte ass. Torino, sez. II, 14 noviembre 2011, n. 31095, *De Jure*, donde se admite francamente que "(n. d. t.): el dolo eventual es, de hecho, una elaboración jurisprudencial". La decisión ha sido revisada por la *Corte d'assise* de apelación de Turín con la sentencia del 28 de febrero de 2013, n. 6, donde, por lo demás, no se niega la figura del dolo eventual, sino, de hecho, se sostiene que los encausados actuaron con la convicción de que los eventos se habrían evitado.

⁶⁸ Para algunos ejemplos, aunque muy distintos, véase Corte ass. Milano, 16 de Julio de 2009, *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 757, con nota F. AGNINO, *Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali*, p. 766 ss.; G.u.p. Trib. Roma, 26 de noviembre de 2008, Lucidi, *Foro italiano*, 2009, II, c. 414 ss., con nota de G. FIANDACA, "Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?", y de S. D'AMATO, "Dolo eventuale e guida spericolata: una sentenza 'extravagante'?", *Critica del diritto*, 2008, p. 84 ss.; Trib. Roma, sez. VIII, 16 noviembre 2007, *Giurisprudenza di merito*, 2009, p. 431, con nota de E. DI SALVO, *Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo*, p. 435 ss.

⁶⁹ A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, cit.

⁷⁰ A.L. SHAPIRO, *The Control Revolution. How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, Nueva York, 1999, *passim*.

to merece todavía más interés después de los éxitos, y las iniciativas político-criminales, de organizaciones que han fundado sobre internet la filosofía de la propuesta dirigida a permitir a los ciudadanos tomar parte en primera persona en las decisiones, sin la mediación de los políticos profesionales⁷¹.

Internet podría concretar la utopía del *ágora* [virtual], donde los ciudadanos están siempre bien informados y pueden contribuir a determinar sin intermediarios las opciones políticas. Se trataría de una vocación notablemente democrática de Internet, que, probablemente, se revela un mito, ya que las nuevas tecnologías, cuando no se utilizan de manera distorsionada (por ejemplo para ratificar decisiones que vienen 'de arriba' y así legitimar voluntades autoritarias), pueden a lo sumo enriquecer, pero no sustituir, los procesos de democratización a través de los tradicionales mecanismos del conflicto socio-político⁷².

⁷¹ La referencia es en primer lugar la afirmación electoral que ha tenido en Italia el Movimiento 5 Stelle. Sobre el tema véase A. FLORIDIA, R. VIGNATI, *Deliberativa, diretta o partecipativa: quale democrazia per il Movimento 5 stelle?*, ponencia presentada en el Congreso anual de la Sociedad italiana de ciencia política, que tuvo lugar en Florencia del 12 al 14 septiembre de 2013. Según los autores, en las ideas del Movimiento se mezclan, generando más de una contradicción, tres retos diferentes a la democracia representativa: una reformadora (mediante instrumentos de democracia directa, como el referéndum y peticiones, en un cuadro que conserva la centralidad del Parlamento); una utópica (que mira a la superación de la democracia representativa por medio de los instrumentos informáticos); y un reto plebiscitario (que usa fundamentalmente la web y las plazas). Sobre el tema, véase también F. FORNARO, "Un non-partito: il Movimento 5 stelle", *il Mulino*, 2012, p. 253 ss. Los parlamentarios del M5S han presentado numerosos proyectos de ley de política-criminal: en tema de intercambio electoral político-mafioso, de prevención y combate de la corrupción, de blanqueo, auto-blanqueo y paralización de actividades financieras en el exterior, de delitos societarios, tributarios y concursales, de prohibición del desarrollo de propaganda electoral a cargo de personas pertenecientes a asociaciones mafiosas y sometidas a la medida preventiva de vigilancia especial de seguridad pública. La más conocida como 'emergencia democrática', por otra parte, y la consiguiente protesta que reclama nuevas formas de democracia directa, comprometen también al resto de Europa y de Occidente, como demuestra el éxito, cuanto menos comunicativo, de movimientos como los de los *Indignados* y de los *Occupy*.

⁷² El tema de las relaciones existentes entre democracia y nuevas tecnologías comunicativas es objeto de una vasta literatura. En esta sede ver solo algunos trabajos principales, en español, L. WINNER, "Internet y los sueños de una renovación democrática", traducción por V. Sanz González, *Isegoría*, n. 28, 2003, p. 55 ss., que se pregunta si el solo aumento de recursos técnicos entre la población tiene una contrapartida real en la participación democrática en asuntos políticos, o más bien se trata solamente de una extendida creencia idealista sin fundamento constatado. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ (ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Zaragoza, 2011, *passim*, en particular L.C. AMEZÚA AMEZÚA, *Nuevas tecnologías y democracia participativa*, p. 15 ss. En italiano, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e*

Los *new-media*, si, por una parte, suponen sustancialmente problemas no muy distintos de los *media* tradicionales, conectados a la lógica comercial del beneficio y a los viejos o nuevos poderes que se esconden detrás de ellos⁷³; por otra parte, presentan ulteriores cuestiones conectadas con el exceso de información sacada por internet, a menudo de pésima calidad, que en realidad, en su globalidad no logran transmitir ningún conocimiento útil para una mayor conciencia socio-política⁷⁴. Por el momento, ha sido demostrado el fracaso, de la relación Internet = mayor democracia, siendo esta una revolución, una vez más, solamente simbólica, porque la mayor parte de los contenidos de la red viene puesta en circulación por parte de pocos ‘emisores’ según lógicas del mercado, porque todavía el acceso a las nuevas tecnologías no está generalizado; porque el caos informativo equivale a desinformación; porque el uso eficaz de los *new-media* necesita usuarios *computer-literates*, los cuales son todavía una minoría, que a menudo no tienen ni siquiera interés por el debate político-democrático⁷⁵. El mito de la interactividad podría alimentar derivas plebiscitarias, según un modelo caricaturesco de democracia directa, donde se anula la argumentación y la confrontación pública, a favor de una decisión ilusoria fundada sobre la tiranía de una mayoría inexistente⁷⁶.

Si, por un lado, hay que evitar la tendencia a la *cyber-fobia*, reconociendo la potencialidad democrática de los *new media*, por otro, la conciencia sobre el fulcro de la democracia reside no solo y no tanto en el momento deliberativo (votación), sino sobre todo en el proceso anterior, es decir, en la parti-

le nuove tecnologie della comunicazione, Roma-Bari, 1997; P. LÉVY, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, trad. it. de D. Feroldi, M. Colò, Milán, 2002; ID., *Cyberdemocrazia. Saggio di filosofia politica*, a cargo de G. Bianco, Milano, 2008; D. DE KERCKHOVE, A. TURSI (a cargo de), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Milán, 2006; D. PITTÈRI, *Democrazia elettronica*, Roma, 2007. Más recientemente L. CORCHIA, *La democrazia nell'era di internet. Per una politica dell'intelligenza collettiva*, Florencia, 2011.

⁷³ S. LOMBARDINI, “Accelerare non è fare”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, Soveria Mannell, 2001, p. 62; G.O. LONGO, *Un rapporto problematico*, ivi, p. 70, que habla de una red fuertemente identificada con el mercado, del cual resalta la dimensión antidemocrática del dinero.

⁷⁴ S. LOMBARDINI, *Accelerare non è fare*, cit., p. 64 ss.

⁷⁵ R. DAVIS, *The Web of Politics. The Internets Impact on the American Political System*, 1999, *passim*; G. MAZZOLENI, “Una rivoluzione ‘simbolica’”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, cit., p. 80 ss.

⁷⁶ N. RANGERI, “Il rischio della democrazia diretta”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, cit., p. 116; D. PITTÈRI, *Democrazia elettronica*, cit.; P. CERI, “Promesse e realtà della tele-democrazia”, en P. FANTOZZI (ed.), *Politica, istituzioni e sviluppo*, Soveria Mannelli, 2001, p. 98.

cipación en la discusión, lo que requiere una correcta información sobre los temas tratados, la así llamada conciencia re-propone el tema también para los *new-media* en términos análogos a los seguidos por los *old-media*, con todas las implicaciones ya vistas. El problema, en ambos casos, es la correcta formación/información de los ciudadanos, problema que parece plantearse de manera todavía más intensa para la red internet, por el enredo de noticias y por la ausencia de reglas de garantía⁷⁷.

La legitimación democrática del sistema penal, fundado sobre el principio de legalidad y en particular sobre la reserva de ley, como se sabe, debería presuponer racionalidad, cautela y extrema ponderación en la valoración del recurso a la sanción punitiva⁷⁸. Pues bien, estos caracteres parecen por el momento poco compatibles con un uso político e interactivo de los *new-media* (como, por ejemplo, los *instant-referenda*, las encuestas de *marketing* político o la 'votación' de propuestas para enviar al Parlamento), según aquella estructura [aparentemente] dialógica que está representada como la mejor virtud de la red Internet⁷⁹. El caos informativo de la red, los intereses económicos conectados a ella, la limitación de los *computer-literates* interesados en el debate, verosímelmente dirigidos hacia las respuestas de los ciudadanos muy poco representativas, manipuladas, reprimidas, emotivas e irracionales, que, por otra parte, según los mecanismos del *marketing* político, concretamente podrían también influir en algunas opciones de política criminal⁸⁰.

⁷⁷ Sobre el tema, consultar P. FRAILE, Q. BONASTRA, "Seguridad y mapas on line del delito: la otra cara de la participación ciudadana", *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. XIV, vol. 331, 2010 pp. 5 ss.; también E.M. RESTREPO, Á.J. MORENO, "Bogotá: ¿más crimen?, ¿más miedo?", *Desarrollo y Sociedad*, núm. 59, 2007: "...el impacto de las cadenas de correo electrónico es nuevamente negativo, a la luz de los ejercicios empíricos presentados, lo cual muestra que la percepción de seguridad se ve afectada negativamente por la lectura y circulación de este tipo de información a través de Internet".

⁷⁸ Por todos, G. FIANDACA, "Legalità penale e democrazia", *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1251; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Turín, 2012, p. 243.

⁷⁹ Según P. CERI, *Promesse e realtà della teledemocrazia*, cit., más que de un traslado de poder a los ciudadanos, se trata de una ocultación del mismo, en cuanto - incluso excluyendo el uso de técnicas distorsionadoras, psicológicas o estadísticas - el traslado es ilusorio, porque la participación está sometida a manipulaciones y a una falta de responsabilidad, y las respuestas, cuando no son meros efectos de 'arrastramiento', en general, son reacciones a acontecimientos emotivos.

⁸⁰ M. ARTUSI, A. MAURIZZI, "Le nuove frontiere del marketing politico. Internet come strumento di costruzione e gestione del consenso", *Mercati e competitività*, 2010, p. 75 ss., ven Internet como una herramienta de implicación de las personas alrededor de un movimiento o de una idea política a través de las técnicas del *marketing*.

6. LA COMPETENCIA CÍVICA: INFORMACIÓN VS. CONOCIMIENTO. ¿ES POSIBLE UNA PAIDEIA POLÍTICO-CRIMINAL?

No solo en los países en vía de democratización, sino también en aquellos donde existen instituciones democráticas consolidadas, es indispensable un cierto grado de competencia del ciudadano para que estas funcionen correctamente, pero, en cambio, a menudo muestra graves limitaciones. Pendiente de resolución está el principio según el cual el gobierno de la cosa pública no puede pertenecer solo a una élite iluminada, sino que debe ser extendido de algún modo a todos los ciudadanos y, en consecuencia, ellos, como cada 'gobernante', deberían poseer una competencia política, entendida como conciencia del 'bien público'⁸¹. Competencia cívica, entonces, significa en primer lugar conciencia de las cuestiones, que se adquiere a través de los agentes formativos (familia, escuela, asociaciones, comunidad, etc.), entre los cuáles un rol determinante lo desempeñan los medios de comunicación⁸².

Para que los mecanismos democráticos operen adecuadamente, son necesarios algunos estándares mínimos de conciencia, que son progresivamente más difíciles de alcanzar a medida que aumenta el nivel de las dificultades de las cuestiones públicas. Esos estándares, por otra parte, no son tanto de cantidad, sobre todo como de calidad. Eso implica que de una mayor información no surga necesariamente una mayor competencia de los ciudadanos. Más bien, como acontece aún más con los *new-media*, la súper-abundancia de informaciones, de hecho, impide la formación de un adecuado conocimiento de los fenómenos. El cúmulo de innumerables noticias, incluso prescindiendo de una posible manipulación, hace que la colectividad esté saturada de información, pero pobre de conocimiento, adaptada, distraída, incapaz de ejercer cualquier sentido crítico⁸³.

⁸¹ Sobre estos temas véase R.A. DAHL, "The Problem of Civic Competence", *Journal of Democracy*, 1992, p. 45 ss., ahora en ID., *Politica e virtù. La teoria democratica nel nuovo secolo*, S. FABBRINI (ed.), Roma-Bari, 2001, p. 134 ss., el cual, además, da una definición del concepto de bien público, según una visión clásica (bien general) y una más actual y coherente con el individualismo moderno (agregación de los intereses individuales).

⁸² "(n. d. t.): La educación consiste principalmente en la transmisión por medio de la comunicación", cfr. J. DEWEY, *Democracy and Education. An introduction to the philosophy of education*, Nueva York, 1916, edición italiana *Democrazia e educazione*, Florencia, 2000, p. 12; traducción española por L. Luzuriaga, *Democracia y educación. Una introducción a la filosofía de la educación*, Madrid, 2004.

⁸³ G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 64.

La toma de conciencia de la criticidad y aberraciones del sistema penal-mediático, hace meditar sobre una posible *paideia* político-criminal, adecuada a las exigencias democráticas y *mass*-mediáticas postmodernas, en el intento, quizás desmedidamente pretencioso, de marcar la capacidad ontológica de los estándares mínimos de conocimientos de los ciudadanos, como interiorización de aquellos valores fundamentales que constituyen el *ethos* de la sociedad civil. Esta competencia político criminal debe conducirse también a través de los media⁸⁴, debería inspirarse en una forma de ‘sociedad abierta’, en la cual «[...] la libertad de los individuos, la no violencia, la protección de las minorías y la defensa de los débiles constituyen unos valores primordiales»⁸⁵.

Una *paideia* político-criminal conforme a los principios de un Estado social de Derecho, orientada hacia una lógica ‘inclusiva’, que privilegia garantías y derechos, y no ‘exclusiva’, que, por el contrario, actualmente parece caracterizar la representación mediática del fenómeno criminal⁸⁶.

Esta *paideia*, no pudiendo obviamente penetrar en los detalles técnicos, al máximo podría mantenerse, mediante métodos comunicativos de simplificación del mensaje, sobre el plano valorativo de aquellos principios que constituyen la estructura fundamental de los sistemas penales modernos: legalidad, materialidad, ofensividad, *extrema ratio*, proporcionalidad, personalidad, reeducación, *favor rei*, contradicción, motivación, etc. Naturalmente, no como si los destinatarios fueran estudiantes de Derecho, simplemente como la perspectiva de una lectura consciente del fenómeno criminal, de una legitimidad de las opciones legislativas de penalización, de un análisis crítico de las decisiones judiciales. Tal perspectiva debería conducir, con el tiempo, a la interiorización colectiva de estos valores y principios, y eso, verosímelmente, mediante los mecanismos antes descritos, desencadenaría un círculo virtuoso en la política criminal y en el más conocido Derecho ‘viviente’.

La adquisición de este *ethos* político-criminal, al final, evidentemente, encuentra obstáculos que parecen ser difícilmente superables. Entre otros, en primer lugar, el sistema mediático debería abandonar o al menos contener la

⁸⁴ Sobre la dimensión educativa de los medios masivos de comunicación, recientemente véase P. AROLDI, *La responsabilità difficile. Media e discernimento*, Soveria Mannelli, 2012, p. 101 ss.

⁸⁵ K. POPPER, K. LORENZ, *Die Zukunft ist offen*, Múnaco - Zurich, 1985, traducción española por T. Lozoya Elzurdúa, *El porvenir está abierto*, Barcelona, 1992, p. 190.

⁸⁶ C.A. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., pp. 536-537.

agenda setting concentrada sobre la comercialidad/emotividad de las informaciones, pues resulta de todo punto menos interesante una *paideia* fundada en los valores. En segundo lugar, para permanecer en el ámbito del sistema mediático, una acción de este tipo requeriría operadores de la información dotados de un bagaje cultural adecuado, con una calificación especializada, apta para hacer posible la lectura crítica y no sensacionalista. De otra parte, la importante función de ‘perro guardián’ que la prensa debe realizar a favor de la democracia⁸⁷, tiene sentido si se ejerce de modo crítico, y no siguiendo los pasos de una lógica puramente comercial, como un modo de vender cualquier producto.

Pasando a la esfera política, y con mayor razón cuando están en juego los valores más significativos de la persona, esta debería constituir un lugar de efectivo control cultural, y así tender a opciones menos ‘marketizadas’ y con más valentía, inspiradas en opciones ideológico-valorativas de fondo, que también sean capaces de cumplir un rol pedagógico. Por eso, la política debería abrirse más al mundo científico penalístico y criminológico, aceptando al menos aquellos resultados consolidados desde hace décadas por investigaciones unívocas. La doctrina, por su parte – subsistiendo la exigencia de una marcada diferenciación de política, autonomía del método, imparcialidad y desinterés, que fundan su rol democrático –, debería abandonar el comportamiento ‘aristocrático’ que a veces mantiene, e interesarse más en la política criminal, no solo asignándole un papel esencial en la reconstrucción del sistema penal, sino también mostrando una mayor disponibilidad al enfrentamiento con los medios de comunicación de masas y con las expectativas de la opinión pública, proyectándose constructivamente, más de cuanto ya lo hace, hacia estudios capaces de reducir *de lege ferenda* la irracionalidad de la legislación penal. La ciencia debería ‘ensuciarse un poco las manos’, por un lado, empeñándose en un rol activo en la *paideia* político-criminal incluso mediante los medios de comunicación⁸⁸; por otro lado, en caso de que la esfera política le dé una posibilidad autónoma, en un esfuerzo de concreta implementación de propuestas legislativas concretas que, después de la aprobación, podrían efectivamente experimentarse en sus efectos prácticos

⁸⁷ TEDDHH, 24 de junio de 2004, rec. n. 59320/00, Von Hannover c. Alemania.

⁸⁸ Sobre el tema véase M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., quien habla de una tarea permanente de la ciencia penal de control crítico sobre los excesos irracionales de la “democracia penal”, que debería desarrollarse, en forma divulgativa, también sobre los medios de comunicación de masas, porque a otros niveles el discurso permanece en un plano especializado, sin ninguna posibilidad de poder influir sobre la opinión pública.

y exponerse también a las críticas. Esto, además, necesitaría un esfuerzo mayor de unidad por parte de la doctrina, al menos sobre las cuestiones cardinales, a falta del cual se ofrece también un pretexto a la política para torcer las reformas por las que ya está desencantada, ya que debería desempeñarse en una obra difícil y, muy probablemente, mediáticamente y electoralmente poco gratificante a corto plazo⁸⁹.

Tal *paideia*, verosíblemente, contribuiría también a amortiguar el impulso creativo de la jurisprudencia, al menos en aquellos aspectos que las expectativas de la opinión pública exigen. En esto, el rol de los medios de comunicación de masas debería ser también el de una eventual crítica a la magistratura, no solo cuando en algunos casos el impulso creativo esté en contra al 'poderoso' de turno quien constituye noticia, sino también y sobre todo en el caso de que tal impulso cree verdaderas 'patentes de ilegalidad', potencialmente capaces de producir efectos sobre la generalidad de los ciudadanos.

Por supuesto, no es posible en esta sede responder a la pregunta de si una *paideia* político-criminal es realmente factible o si se debe considerar en el ámbito de las utopías ingenuas, como puede que sea. Permanece, en todo caso, una convicción: si es cierto que no todas las opciones de política criminal son legítimas, sino solamente aquellas compatibles con los principios de un Estado social de Derecho, es igualmente real que hasta cuando estos principios no sean interiorizados en el *ethos* de la sociedad, los mecanismos democráticos no podrán funcionar, de hecho, del todo correctamente y permanecerán siempre conflictos más o menos latentes entre la opinión pública, los *mass media*, la política, la magistratura y la ciencia. En este largo y com-

⁸⁹ Sobre la relación entre la ciencia penal y la política, la literatura es bastante amplia. Entre otros, véase, en varios sentidos, K. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlino, 1973, trad it. *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cargo de S. Moccia, Napoli, 1998; G. VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, ne *Il Tommaso Natale*, 1978, *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. II, p. 999 ss.; S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoles, 1984; F. BRICOLA, "Rapporti tra dogmatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 3 ss.; F. PALAZZO, "Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 693 ss.; M. DONINI, "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 27 ss.; más recientemente, ID., "Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1067 ss.; F. PALAZZO, "'Requiem' per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)", *Cassazione penale*, 2011, p. 4064 ss.

plejo recorrido de interiorización, un rol determinante corresponde a los medios de comunicación de masas, y podrán desempeñarlo solo a condición de abandonar, al menos en parte, la lógica estrictamente comercial.

MARIO CATERINI
Università della Calabria
Dipartimento di Scienze giuridiche
Via P. Bucci, Cubo 3/b
87036 Rende (Cs)
Italia
e-mail: mario.caterini@unical.it