
DOCTRINA

La constante modificación penal en España: la visión derivada de la criminología mediática y su influencia en la política criminal

THE CONSTANT CRIMINAL MODIFICATION IN SPAIN:
THE VISION DERIVED FROM MEDIA CRIMINOLOGY AND ITS INFLUENCE ON CRIMINAL POLICY

SILVIA MENDOZA CALDERÓN

Profesora Titular de Derecho penal.

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

smencal@upo.es

<https://orcid.org/0000-0003-3429-1152>

RESUMEN

En el presente estudio se pretende realizar una reflexión sobre si la constante reforma en Derecho penal español en muy diversas materias y en un breve lapso de tiempo, es demostrativa de influencias político criminales imbuidas por la presión de la Criminología mediática, y una muestra de un Derecho penal de la seguridad y de la inmersión de la normativa penal en el caldo de cultivo del tristemente célebre populismo punitivo en la actual sociedad postindustrial altamente digitalizada.

ABSTRACT

This study aims to reflect on whether the constant reform in Spanish criminal Law in very diverse matters and in a short period of time, is demonstrative of political-criminal influences imbued by the pressure of Media Criminology, and a sample of a Criminal Law of Security and the immersion of

criminal regulations in the breeding ground of the infamous punitive populism in the current highly digitalized post-industrial society.

PALABRAS CLAVE: Sociedad digital. Populismo punitivo. Criminología Mediática.

KEYWORDS: Digital society. Punitive populism. Media Criminology.

I. Introducción

Como ha indicado QUINTERO OLIVARES¹, en España, desde 2021 se habrían ido produciendo numerosas reformas penales muy consecutivas en el tiempo, en materias conectadas a la integridad moral, la libertad sexual, delitos socioeconómicos o de desórdenes públicos, entre otras, con mayor o menor acierto en las modificaciones introducidas en el Código penal.

En primer lugar, a través de la *Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio*, se dio una nueva regulación a los delitos de odio, (arts. 22.4, 314, 511, 512 y 515.4 del Código Penal), incorporándose la edad como una causa de discriminación y la agravación genérica de aporofobia. Asimismo, se modificaron los plazos de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, comenzando a contarse el plazo de prescripción a partir de que la víctima hubiese cumplido los treinta y cinco años de edad y eliminándose el perdón de la persona ofendida como causa de extinción de la responsabilidad criminal, cuando la víctima del delito hubiera sido una persona menor de dieciocho años.

Por otra parte, en esta reforma se habría incrementado la edad a partir de la que se aplicaría el subtipo agravado del delito de lesiones del artículo 148.3 CP, de los doce a los catorce años, y modificado la redacción del tipo agravado de agresión sexual, de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y de los tipos de prostitución y explotación sexual y corrupción de menores (artículos 180, 183, 188 y 189 CP). Además, se modificaría el artículo 183 quater CP, para limitar el efecto de extinción de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de dieciséis años, únicamente a los delitos previstos en los artículos 183, apartado 1, y 183 bis CP, párrafo primero, inciso segundo, cuando el autor fuera una persona próxima a la persona menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no constituyeran un atentado contra la libertad sexual de la persona menor de edad.

De la misma forma, en esta normativa se habría modificado el delito de sustracción de personas menores de edad del artículo 225 bis CP, (permitiendo que pudieran ser sujeto activo del mismo tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias), al igual que se habrían introducido nuevas conductas para quienes, a través de medios informáticos, promuevan el suicidio, la

1 QUINTERO OLIVARES, «La reformas penales de 2021 hasta ahora», en Almacén de Derecho, 22 de octubre de 2021, en <https://almacenederecho.org/las-reformas-penales-del-2021-hasta-ahora>, consultada en febrero 2023.

autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas.

Las modificaciones en Derecho penal español en torno a la regulación de la eutanasia se llevaron a cabo a través de la *Ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo*, conformándose una causa de exclusión de la responsabilidad penal remitida a una ley extrapenal, (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia); y en una ley próxima en el tiempo, la *Ley orgánica 5/2021, de 22 de abril*, se derogó el art. 315.3 CP en relación a la actuación coactiva de piquetes. Por otro lado, en materia socioeconómica la *Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril*, fue el medio para introducir nuevas agravantes en los delitos de blanqueo de capitales².

Durante el año 2022, se produjeron las reformas de la *Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril*, (para penalizar el acoso a las mujeres que acudiesen a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo); la llevada a cabo por la *Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio*, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en materia de delitos de odio, la *Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio* relativa al uso de información financiera y cabe destacar la acontecida en torno a la comisión de delitos sexuales por la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*.

Del mismo modo, la *Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre* modificaría delitos cometidos por imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotor; la Ley orgánica 13/2022 de 20 de diciembre incorporó una modalidad agravada del delito de trata de seres humanos; la Ley orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, versaría sobre el delito de malversación y desórdenes públicos; la Ley orgánica 1/2023 de 28 de febrero modificó la *Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo*, (permitiendo a las mujeres interrumpir voluntariamente su embarazo partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus padres); la Ley orgánica 4/2023 de 27 de abril, reformaría la *Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual*; y la *Ley orgánica 3/2023 de 28 de marzo*, incluiría modificaciones en materia de maltrato animal y la protección a los animales silvestres que viven en libertad.

Dada esta incesante modificación³, en el presente análisis se pretende realizar una reflexión sobre si esta constante reforma, en muy diversas materias y en un breve lapso de tiempo, aparte de demostrar influencias político criminales imbuidas por la presión de la Criminología mediática, no significaría un retorno a la inadecuada técnica legislativa de la habitual alteración del Código penal en muy sucesivos interludios temporales, reflejo del «Derecho penal simbólico»⁴ o bien, un ejemplo de lo que la doctrina ha llegado a denominar «caer en alguna de las tres tentaciones del Derecho penal» actual, demostrativo de un Derecho penal de la seguridad y de la inmersión de la normativa penal en el caldo de cultivo del tristemente célebre populismo punitivo⁵.

2 QUINTERO OLIVARES, «La reformas penales de 2021 hasta ahora», en Almacén de Derecho, 22 de octubre de 2021, en <https://almacenederecho.org/las-reformas-penales-del-2021-hasta-ahora>, consultada en febrero 2023.

3 Recogidas al cierre de la elaboración del estudio las principalmente realizadas durante el periodo comprendido al 2021-2023.

4 Cfr. MESTRE DELGADO, La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», en La ley penal, núm. 1, 2004, págs. 7-17.

5 GOMEZ RIVERO «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso

II. El paradigma preventivo en Derecho penal

Como señalaba HASSEMER frente a los tiempos en los que la función del Derecho penal podía verse en la compensación normativa de crimen y culpabilidad, actualmente dominaría el fomento de *un paradigma preventivo*, la mejora del mundo a través del Derecho penal, que estaría inscrita en nuestra representación del Estado como fenómeno destinado al cumplimiento de fines. El Derecho penal sería un representante de la seguridad ciudadana y la seguridad, un concepto empírico⁶.

Surge además *la estrategia instrumental*, donde al Derecho penal se le adjudica una función para la solución de determinados problemas externos a él, solución que se percibe como urgente⁷. El paradigma preventivo colocaría al Derecho penal en un sistema de producción y resguardo de seguridad y lo transformaría en un instrumento de combate de problemas y dominación de riesgos. Desde este punto de vista, se evitarían diferencias entre los conceptos de culpabilidad y peligrosidad y entre el Derecho penal formal y el material⁸. En su reformas modernas, el Derecho penal estaría en camino de convertirse en un *Derecho contra peligros*, ya que habría surgido una tendencia del legislador penal hacia la agravación de controles y sanciones, con un discurso político-criminal de fomentar primero, el temor al delito y luego, ponerse a su servicio, dándole, en una relación de tensión entre libertad y seguridad, preeminencia a la seguridad, ensombreciendo derechos fundamentales y desarrollando un Derechos penal especial para autores peligrosos⁹.

Siguiendo a GARCÍA ARÁN, el triunfo de la idea de seguridad, ha implicado el recurso desmedido a un Derecho penal cada vez más endurecido, y más extenso, como respuesta al sentimiento colectivo de inseguridad, el incremento de la criminalización de la delincuencia marginal, el adelantamiento de la intervención penal a situaciones de mera sospecha, y especialmente, la relativización de las garantías penales que dejan de ser exigibles con carácter universal para ser atribuidas solo a los buenos ciudadanos en la conocida construcción *del Derecho penal del enemigo*¹⁰.

Como habría afirmado NÚÑEZ CASTAÑO, la demanda de mayor criminalización en el ámbito sexual, la violencia doméstica, etc., demostrarían que el Derecho penal se ve forzado a un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros, de manera que asume un papel que no le pertenece de modo prioritario ni exclusivo. Ello podría abocar a una intervención penal

académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023. Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Madrid, 2011.

6 HASSEMER, «La seguridad por intermedio del Derecho penal», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 28.

7 HASSEMER, *ul.op.cit*, pág. 32.

8 HASSEMER, *ul.op.cit*, pág. 37.

9 HASSEMER, *ul.op.cit*, pág. 38 s.

10 GARCÍA ARÁN, «Delincuencia, inseguridad y penal en el discurso mediático», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 86. Vid. asimismo, DIAZ PITA, FARALDO CABANA, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso penal*, número 7, 2002, págs. 119 ss.

excesiva, que supondría el desarrollo de un Estado de prevención (*Präventionsstaat*), que tendería más hacia la seguridad absoluta de los bienes jurídicos y podría hacer surgir fisuras en los aspectos garantistas del Derecho penal¹¹.

Sin embargo, el Derecho penal en la actualidad habría dejado de responder a las demandas de «expansión» de una sociedad de riesgo, para pasar a una «intensificación» del mismo, como respuesta a una mayor intervención del Derecho penal en los ámbitos tradicionales a través de una restricción de derechos y garantías fundamentales *en pro de una mayor seguridad*. Se produciría una nueva tendencia de la intervención penal, en la criminalidad individual grave identificada con la naturaleza violenta y/o sexual que afectaría a bienes jurídicos clásicos como la vida, integridad física, libertad sexual, ya ampliamente protegidos en los textos penales¹². De lo que se trataría con esta intensificación sería incrementar las reacciones penales respecto de la delincuencia tradicional, en una sociedad en la que se aleja al delincuente de su condición de miembro de la misma, considerándolo algo distinto. La gravedad del comportamiento puede ser prácticamente inexistente, pero sí *lo sería la potencial peligrosidad* que los sujetos que habitualmente realizan este tipo de comportamientos suponen para la sociedad¹³.

Se habría desvelado, por lo tanto, un olvidado **Derecho penal de autor**, centrado en una presunción legislativa de peligrosidad del mismo, concordando con lo expuesto por DIEZ RIPOLLÉS de que se habría entrado en una dinámica de política criminal que tendería a superar el, hasta hace poco, indiscutible modelo penal garantista y sustituirlo por otro el **modelo penal de la seguridad ciudadana**¹⁴ o **Derecho penal-coartada**, como lo califican otros autores¹⁵.

En este sentido, las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana a través del discurso de la sociedad del riesgo vendrían constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, trataría como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos. Junto al concepto de «riesgo»,

11 NÚÑEZ CASTAÑO, «Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal de enemigos», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 130.

12 NÚÑEZ CASTAÑO, «Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal de enemigos», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 138.

13 NÚÑEZ CASTAÑO, «Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal de enemigos», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 139. Con ello, la peligrosidad y su control pasarían a primer término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento de excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria al Derecho, justificando de esta forma, el rigor de las intervenciones penales que se realizan. Cfr. asimismo, MUÑOZ CONDE, «El nuevo Derecho penal autoritario», en OCTAVIO DE TOLEDO, GURDIEL SIERRA, CORTÉS BECHIARELLI, (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pág. 807. PÉREZ CEPEDA, «El Código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario», en VV.AA *La tensión entre la libertad y seguridad*, Universidad de la Rioja, 2006, págs. 223 ss.

14 DIEZ RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 de enero de 2005, pág. 1.

15 BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, págs. 47 a 53.

el concepto de «expansión» sería otra de las ideas motrices del debate sobre la modernización del Derecho penal, para afianzar que la atención a las nuevas realidades delictivas aconsejaba proceder a una ampliación de los contenidos del mismo¹⁶.

GARCÍA ARÁN habría concretado que los rasgos **del modelo de seguridad ciudadana** serían el predominio de la concepción afflictiva del Derecho penal, (en el sentido de que la delincuencia no tiene otra causa que la desviación personal y no cabe frente a ella más que el castigo); que la pena de prisión se reafirmaría como la principal respuesta frente al delito, y la colocación en primer plano del discurso de la víctima y su reivindicación al castigo. Aparecen los *lobbys* de víctimas (violencia machista) que presionan sobre los poderes públicos en demanda de endurecimiento penal¹⁷.

SILVA SÁNCHEZ habría subrayado que a lo largo de la última década, y en particular en los últimos años, habrían aparecido dos doctrinas que a primera vista podrían guardar cierta proximidad con alguno de los criterios subyacentes a la máxima *nullum crimen sine poena*, por un lado, *la doctrina de la lucha contra la impunidad o de «impunidad cero»* y por otro, la doctrina *«del derecho de la víctima al castigo del autor»*¹⁸.

16 DIEZ RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», REPCPC 07-01 (2005), pp. 10 ss. Cfr. pp. 22 ss., donde se recoge «que las dos contribuciones esenciales del derecho penal del enemigo al nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, esto es, la degradación del delincuente a enemigo y la expansión de la intervención penal en clave personal y no fáctica, no conllevan, por lo demás, la más leve modificación en los usos de la pena que se han ido mostrando consustanciales al modelo securitario: la reafirmación de la vigencia de la norma queda por definición excluida para los enemigos, la prevención general resulta devastada en la medida en que se reconocer a cualquier ciudadano el derecho a salirse del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus actividades, puede resultarle desfavorable, y no procede destinar medios personales o materiales a la resocialización de los enemigos». Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales ¿un camino sin retorno?. ¿Hacia el Derecho penal del enemigo?», en Revista General de Derecho Penal, N.º 11, 2009, en relación a las reformas penales como respuesta a demandas sociales de garantizar una mayor seguridad, correspondiéndose con las características del denominado Derecho penal del enemigo dentro de las exigencias de un Derecho penal de la Seguridad ciudadana, que habría sustituido al tradicional sistema del Derecho penal liberal.

17 GARCÍA ARÁN, «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 88 s.

18 SILVA SÁNCHEZ, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en MIR PUIG (Director), *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho judicial*, VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 329. VIDALES RODRIGUEZ, «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), pp. 469-502, señala que la teoría de los cristales rotos formulada por WILSON y KELLING, mantiene que el desorden social —manifestado a través de signos como la presencia de prostitutas, drogadictos, mendigos, vendedores ilegales, etc.— o signos de desorden físico tales como la acumulación de basura, edificios, solares o vehículos abandonados, pintadas y graffitis crean una sensación de abandono y de inseguridad que, a su vez, provoca una disminución de los controles informales en la calle y, en última instancia, puede verse traducido en un aumento de la delincuencia. De ahí que, para acabar con el binomio desorden-delincuencia, la policía deba intervenir persiguiendo con todo rigor contravenciones menores.

Igualmente, se habría producido una transformación del pensamiento criminológico. DIEZ RIPO-LLÉS expone, que durante las décadas de los 50, 60 y parte de los 70 del siglo pasado, el estudio empíricosocial del delito y del delincuente se habría centrado en un enfoque etiológico que percibía la mayor parte de la delincuencia como un producto de la marginación y privación sociales: la deficiente socialización, la escasez de oportunidades, el alojamiento en los márgenes de la sociedad del bienestar, junto con alteraciones comportamentales estrechamente vinculadas a lo anterior, que explicaban convincentemente la criminalidad. Los 70 y los 80 habrían implicado una acentuación de esta aproximación metodológica, cuando desde la teoría del etiquetamiento y los más amplios enfoques de la Criminología crítica a las instituciones sociales que tenían encomendadas tareas de integración y de control sociales pasaron a ser consideradas factores directamente configuradores y generadores de la delincuencia¹⁹.

Sin embargo, desde los 90 del siglo XX la Criminología habría experimentado un profundo cambio de perspectiva, entendiendo que la delincuencia surgiría por defecto, como la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procedería sería incrementar este último. Dentro de la «*Criminología administrativa o la criminología actuarial*», predominarían orientaciones que niegan o se abstienen de resaltar el pretendido trato desigual de la sociedad o de sus instituciones hacia los que terminan convirtiéndose en delincuentes. En contraste, los delincuentes serían personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se les ofrecen²⁰.

En relación al populismo y politización, DIEZ RIPOLLÉS habría señalado que los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y contenido de las decisiones legislativas penales habrían sufrido grandes modificaciones, ya que los conocimientos y opiniones de los expertos se habrían desacreditado. En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales habrían pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales. Se detalla que lo novedoso, sin embargo, sería que se demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos serían la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social²¹.

Por otra parte, a esta perspectiva se le habría unido el que se habría producido un marcado empobrecimiento de los contenidos político-criminales, frente a una mayor pluralidad de puntos de vista²² en las formas de criminalización primaria.

Asimismo, como habría incidido SCHEERER con motivo de conflictos simbólicos, que surgirían en torno a la redefinición de los «límites morales» de un sistema social, crecería el interés de los medios en cuestiones legislativas, así como el interés recíproco de los productores normativos en la influencia de la cobertura informativa por parte de los medios de comunicación social. Por ello, se habría analizado que en ámbito de la delincuencia se ha sostenido en repetidas ocasiones que la continua presentación mediática de la criminalidad como una realidad dramática y amenazante se traslada a los órganos de poder político quienes, para seguir gozando del respaldo de la ciudadanía, se verían

19 DIEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», RECPC 06-03 (2004), pp.19 ss.

20 DIEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», RECPC 06-03 (2004), pp.19 ss.

21 DIEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», RECPC 06-03 (2004), pp.13 ss.

22 DIEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», RECPC 06-03 (2004), pp.13 ss.

en la tesitura de crear nuevas estrategias para hacer frente al fenómeno de la delincuencia, bien mediante la creación de nuevas respuestas de carácter eminentemente represivo, bien mediante la modificación de las ya existentes, en el marco de una política criminal de un carácter marcadamente populista y simbólico²³.

Por otra parte, COLÁS TURÉGANO habría puesto de relieve, asimismo, la importante presión que se ejercería desde los medios de comunicación provocando una gran alarma social ante hechos delictivos puntuales. Se generaría de esta manera una falsa sensación de impunidad, elevando el debate en la sociedad que, como reacción, reclama un endurecimiento en la respuesta²⁴.

III. Medios de comunicación y criminología

1. La teoría de la *Agenda Setting* en Derecho penal

Dada la importancia actual de los medios de comunicación en nuestra sociedad digital, siguiendo a GARCÍA ARÁN, se entiende por *agenda setting* el proceso por el que, en los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los que el público va a hablar. Es la teoría del papel de la comunicación de masas como fijadora de la agenda pública²⁵.

Esta teoría, enunciada por MCCOMBS y SHAW, resaltaría la capacidad de los *massmedia* de seleccionar y destacar ciertos temas sobre otros, y con ello causar que los asuntos destacados sean percibidos como importantes por el público» (McCombs y Shaw, 1977)²⁶.

A partir de la década del dos mil, GARCÍA ARÁN y PERES NETO habrían subrayado que, partiendo la teoría del agenda-setting, diversos estudios apuntarían a la creación de la sensación de la existencia de verdaderas oleadas de inseguridad ciudadana, impulsadas por la excesiva inclusión de casos penales en el menú informativo²⁷.

23 SCHEERER, «El círculo de reforzamiento político-periodístico. sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.º 8 (2012), pág. 1 ss, nota y comentario del traductor, CANO PAÑOS.

24 COLÁS TURÉGANO, « La influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado d menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011, Rev. boliv. de Derecho n.º 19, enero 2015, pp. 726-747.

25 GARCÍA ARÁN, BOTELLA (Directores), *Malas noticias, medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, pp. 24 ss.

26 RODRIGUEZ DÍAZ, La teoría de la agenda setting. Aplicación a la enseñanza universitaria, Observatorio Europeo de Tendencias Sociales (obets@ua.es), 2004, p. 15 s. Cfr. VARONA GÓMEZ, «Medios de Comunicación y punitivismo», *Revista para el análisis del Derecho*, (1), 2011, 35-69, se recoge que la Teoría de la agenda-setting hace referencia al poder de que disponen los medios de comunicación para situar un determinado tema en el debate público, convirtiéndolo en un asunto de interés nacional, independientemente de la importancia intrínseca de dicho tema.

27 CFR. GARCÍA ARÁN, PERES NETO, «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003» en *Revista de Derecho Penal*

En concreto, esta teoría visualizaría tres tipos de agendas que se relacionan en el proceso comunicativo: la «*agenda-setting de los medios*» ya que su principal variable reside en la medición de un tema en cualquiera de los medios de comunicación; la «*agenda-setting del público*» midiendo la importancia que tiene la selección de determinados temas entre la audiencia o público; y en último lugar, figuraría la «*agenda-setting política*» distinguiéndose de las anteriores por centrarse en las respuestas y propuestas que ofrecen los grupos políticos y las instituciones sociales sobre determinados temas²⁸.

Los especialistas habrían destacado que el cálculo de la «agenda de los medios» se haría con un análisis de contenido, llevando a cabo diferentes mediciones del tema objeto de estudio, en función de factores como número de artículos publicados, el número de páginas o columnas que ocupan, la ubicación que tienen dentro del medio o el total de minutos que le han sido dedicados en un periodo de tiempo, si se trata de un medio no escrito²⁹.

En segundo lugar, la agenda pública se mediría por encuestas realizadas a una parte de la población en relación a cuál sería el más grave problema al que tendría que enfrentarse su país, y con los resultados obtenidos se pretendería comprobar la posición relativa que tiene un tema o varios en dicha agenda del público³⁰.

En tercer lugar, en agenda política se mediría por el tipo de acciones que adoptarían los gobiernos, parlamentos y las diferentes instituciones sociales, que más tarde formarían parte desencadenante de debates³¹.

y Criminología, UNED, núm. 1 (2009), pp. 268 ss, indican «que LOWRY et al. (2003, p. 61) afirman que la percepción de la realidad social, basada en los medios de comunicación masivos es, en algunos momentos, más poderosa que la propia realidad criminal. Dichos autores estudiaron el agenda-setting como explicación del fenómeno conocido como «big scare» en EE.UU., período en que los niveles de sentimiento (o percepción) de inseguridad ciudadana saltan de un 5%, en 1992, a un asombroso 52% en 1998. Para ello, analizaron la incidencia de noticias criminales en una muestra de periódicos, desde 1978 hasta 1998. Concluyeron que tal oleada de miedo sólo se explica a partir de la construcción social de una distorsionada realidad criminal promovida por los medios de comunicación, puesto que las estadísticas oficiales no reflejaban un incremento de la delincuencia. Algunos de sus datos indican que, en los años 90, se dispara el número de noticias criminales en las cadenas ABC, CBS y NBC, con preferencia por los crímenes violentos. Comprobaron que los homicidios representaban apenas un 0,4% del total de los delitos cometidos en las estadísticas oficiales, pero su incidencia en el menú informativo rondaba entre 46-50%». «En Gran Bretaña, ERICSON et al. (1987), también apuntan que los medios enfatizan los delitos violentos, relegando otras conductas criminales como los delitos económicos (...)». «Uno de los trabajos más citados sobre la presencia de temas penales en los medios informativos, es, seguramente, el de la profesora DORIS GRABER (1980), «Crime news and the public», de la Universidad de Illinois. En su estudio, que incluye una muestra de periódicos, televisiones locales y nacionales, investiga longitudinalmente el porqué de esta presencia y sus matices. Revela, entre otras cosas, que, en su muestra de prensa escrita, entre el 22% y el 28% de las noticias trataban de temas penales —«crime and justice topics»

28 RODRIGUEZ DÍAZ, La teoría de la agenda setting. Aplicación a la enseñanza universitaria, Observatorio Europeo de Tendencias Sociales (obets@ua.es), 2004, p. 17 s.

29 RODRIGUEZ DÍAZ, ul. op. cit, p. 19.

30 RODRIGUEZ DÍAZ, ul. op. cit, p. 20 s.

31 RODRIGUEZ DÍAZ, ul. op. cit, p. 21.

Se ha insistido, en que la Teoría de la *agenda-setting* ha ido evolucionando, indicándose que los editores con su selección de noticias día tras día, dirigen nuestra atención e influyen en nuestra percepción de cuáles serían los temas más importantes del día. Así, cuando los *gatekeepers* o seleccionadores de noticias deciden que es publicable o qué no, la forma de hacerlo y el estilo, se estaría produciendo el efecto *priming*. Dicho efecto, consistiría en señalar que los medios de comunicación ayudan a crear entornos y términos que servirán para que la audiencia, inducida por determinados juicios de valor que emiten los medios, actúe o se incline hacia una acción u otra³².

En este segundo nivel, surgiría la definición de encuadre o *framing*, es decir, seleccionar algunos aspectos de una realidad que se percibe y darles más relevancia en un texto comunicativo, de manera que se promueva una definición del problema determinado, una interpretación causal, una evaluación moral y/o recomendación del tratamiento para el asunto adscrito, siendo relevante no solo qué noticias aparecen en la prensa, sino cómo son tratadas y presentadas, como en los casos de las secciones de opinión de los informativos y de periódicos, donde el columnista o el presentador da su propia opinión sobre los hechos y por tanto, pueden introducir sesgos, dando lugar a una confusión entre la información y la opinión³³.

Como señala POZUELO PÉREZ, debe examinarse, por lo tanto, cómo se genera esa imagen distorsionada sobre la delincuencia, el importante papel que en esta dinámica juegan los medios de comunicación, cómo son las noticias sobre la criminalidad, cómo llegan a la sociedad, y qué efectos producen tanto en ella como en los operadores políticos, debiendo contrastarse la realidad mediática con la realidad empírica de la delincuencia³⁴.

Asimismo, como mantiene FUENTES OSORIO, la violencia, privada o estatal, siempre ha creado fascinación en el auditorio y esta concentración de los medios en el fenómeno criminal puede tener un efecto positivo, en el sentido de que la visión de ciertos hechos delictivos permite advertir que existe un «problema social» y dentro de qué límites, sin embargo, en ocasiones los medios de comunicación presentan una realidad criminal distorsionada, sobredimensionándose la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son relegados al ámbito de lo excepcional. Los medios no se limitarían a reconocer y presentar el «problema social», sino que realmente construyen y comunican una imagen virtual que no coincide con la real, contribuyendo a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en el auditorio, como puede ser respecto a la probabilidad de ser víctima del delito³⁵.

Por ello, destaca que la transmisión de una realidad criminal distorsionada (según los intereses de los medios y de los grupos que consiguen acceder a ellos), como la conversión en noticia de la preocupación individual y social al respecto, influyen en la política legislativa; siendo factores de presión

32 ALVAREZ JIMÉNEZ, PÉREZ ROTHSTEIN, ANTÓN MELLÓN, «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», en *Revista Crítica Penal y Poder*. 2015, n.º 9, septiembre, OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 5 ss.

33 ALVAREZ JIMÉNEZ, PÉREZ ROTHSTEIN, ANTÓN MELLÓN, «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», en *Revista Crítica Penal y Poder*. 2015, n.º 9, septiembre, OSPDH. Universidad de Barcelona, pp. 5 ss.

34 POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Barcelona, 2013, p. 21.

35 FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *RECPC* 07-16 (2005), pp. 3 ss.

sobre los agentes políticos, que se ven obligados a reaccionar de forma inmediata y contundente con una ley penal³⁶.

2. La percepción del delito en la sociedad digital

Por otro lado, debe analizarse algunas cuestiones ligadas a la percepción del delito y el examen de la figura del delincuente en la sociedad postindustrial a la que asistimos, recalándose que el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación habría afectado sustancialmente a la construcción de la realidad de los llamados «nativos digitales», donde la estructura reticular que caracteriza el ciberespacio sería una organización abierta capaz de expandirse sin límites integrando nuevos nodos, siendo las redes unos instrumentos apropiados para una cultura de deconstrucción y re-construcción incesantes y una organización social que ha desvinculado la auténtica dimensión espacial y temporal³⁷.

En este sentido, la tecnología propiciaría la «hibridación» de medios que, hasta entonces, tenían lenguajes separados: convergencia mediática y multimedialidad, hipertexto, que lleva implícito la noción de interactividad. Las nuevas tecnologías se renovarían continuamente y crean relaciones entre ellas y otros medios, posibilitan nuevas formas de relaciones sociales y median sobre las anteriores. Internet se ha perfilado como un espacio sin fronteras, sin barreras físicas, sin limitaciones sociales, culturales o raciales creando un sentido de Comunidad Virtual, MUD, Cybercultura y ciberespacio, utilizados por las personas para crear vínculos entre sus intereses, intenciones y proyectos³⁸.

Por otra parte, debe partirse de que el miedo al delito puede definirse como la percepción que tiene cada ciudadano de sus propias probabilidades de ser víctima de un delito, aunque también se puede entender como la simple aprensión de sufrir un delito, si atendemos tan sólo al aspecto

36 FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», RECPC 07-16 (2005), pp. 3 ss. Por otra parte, en relación asimismo, a una evaluación de lo que puede considerarse «periodismo de investigación» en España, puede atenderse a lo dispuesto en el Informe «*Deterrence of fraud with EU funds through investigative journalism in EU-27*», donde se afirma que «la Comisión de la Unión Europea encontró 1.668 casos con irregularidades en el uso indebido de fondos por 183,6 millones de euros, indicando que la Evaluación Estadística de Irregularidades de 2010 en Recursos Propios, Agricultura, Política de cohesión, fondos de preadhesión y gastos directos presentaría un total de 1.491 irregularidades por valor de más de 221,4 millones de euros, y sin embargo, en opinión de este informe, apenas hubo historias originales de investigación en los medios españoles sobre el tema. De esta forma, se recomendaba la implementación de mejoras en relación a la libertad de información; proporcionar capacitación específica en técnicas de investigación, y lograr mejorar la «despolitización» de los medios de comunicación, afianzando un periodismo más independiente». Cfr. *Directorate General for Internal Policies, Policy Department: Budgetary Affairs*, PE 490.663, de 13 de septiembre de 2012, pp. 95 ss.

37 CÁCERES ZAPATERO, DÍAZ SOLOAGA. GARCÍA GARCÍA, GARCÍA GUARDIA, LÓPEZ, NUÑEZ GÓMEZ, «Construcción social de la realidad en los nativos digitales: una revisión teórica desde la perspectiva narrativa y el hipertexto», *prismasocial* - N.º3 | junio 2010 | Revista de ciencias sociales, pp. 4 ss.

38 CÁCERES ZAPATERO, DÍAZ SOLOAGA. GARCÍA GARCÍA, GARCÍA GUARDIA, LÓPEZ, NUÑEZ GÓMEZ, «Construcción social de la realidad en los nativos digitales: una revisión teórica desde la perspectiva narrativa y el hipertexto», *prismasocial* - N.º3 | junio 2010 | Revista de ciencias sociales, pp. 18 s.

emocional y no a los juicios racionales del ciudadano. De hecho, la carga emotiva suele prevalecer, pues, según numerosos estudios empíricos, el miedo al delito no se relaciona con las posibilidades reales de ser víctima, esto es, no responde a causas objetivas y externas³⁹. MEDINA ARIZA destaca que respecto a la vulnerabilidad subjetiva, esta línea de investigación se ha centrado en la interpretación de la percepción del riesgo de victimización, documentando numerosos estudios que este juicio o interpretación subjetiva de vulnerabilidad no se realizaría en un «vacío social», ya que las características personales y ecológicas contextualizarían el proceso de interpretación de los riesgos y experiencias de victimización⁴⁰.

En un análisis realizado a finales de la década del 2000, SAN JUAN, VOZ MEDIANO y VERGAR analizaron el miedo al crimen en una nueva dimensión como sería la de los contextos digitales en relación a la comisión de delitos contra las personas o contra en patrimonio en el ciberespacio⁴¹.

En este estudio se puso de manifiesto la existencia de una mayor tendencia a la percepción de invulnerabilidad en contextos digitales con respecto al miedo percibido en espacios urbanos, indicándose que sería un sentimiento paradójico, y nada adaptativo, toda vez que existe una menor percepción de riesgo en aquel contexto donde existe, según todos los exámenes una amenaza objetiva mayor. Se afirmó, que actualmente la ciudad ya no sería el único escenario en que el ciudadano puede experimentar temor ante la supuesta amenaza del delito, adaptando su conducta a unas percepciones de riesgo, sino que con el progresivo crecimiento de la comunidad de internautas y, paralelamente, de los ciberdelitos, crecería también el interés de los investigadores, reflejando la base de datos del *ISI Web of Knowledge* (con las palabras clave «*Internet and crime*» 117 resultados –hasta el año 2008– en las categorías de Criminología y Penología, Psicología y Ciencias de la conducta, Informática y Sociología⁴².

SAN JUAN, VOZ MEDIANO y VERGAR sostienen que el miedo a sufrir un delito en Internet presentaría notables paralelismos con el temor a delitos en espacios urbanos, puesto que en ambos casos se trata de escenarios que ofrecen gran cantidad de estímulos al sujeto, que debe seleccionar aquellos a los que prestar atención al categorizarlos como relevantes; en ambos supuestos, a menudo la información sobre los riesgos de ser víctima de un delito es limitada o errónea, por lo que las percepciones de riesgo pueden estar muy alejadas de la realidad; y si un alto temor al delito en la vida

39 SOTO NAVARRO, «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 07-09 (2005), p. 4.

40 MEDINA ARIZA, «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 05-03 (2003), p.3. Sobre los límites del principio de legalidad penal en determinadas consecuencias jurídicas abiertas, cfr. DOVAL PAÍS, «Las consecuencias jurídicas innominadas. Una reflexión sobre los límites del principio de legalidad penal», en *REPC* 20-21 (2018), pp. 3 ss.

41 SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en *EGUZKILORE*, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].

42 SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en *EGUZKILORE*, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].

real pueden inhibir ciertas conductas, es esperable que el temor a sufrir un delito en Internet pueda inhibir su uso, o ciertas conductas on-line⁴³.

DE LA CUESTA afirma que el miedo al delito informático habría que asociarlo casi en exclusiva a su variante cognitiva, ya que el usuario de internet realiza una valoración puramente racional del riesgo que corre al realizar determinadas conductas en la Red, siendo preciso analizar los «símbolos que la persona asocia al delito». Por otra parte, se considera que la inseguridad ciudadana objetiva y la percibida subjetivamente por los ciudadanos no siempre coincide, y que en un contexto de delitos en decremento crece, por distintas razones, la percepción de inseguridad⁴⁴.

Por otro lado, desde la Criminología, se ha expuesto que en la actualidad, en la medida en que la preocupación por el delito informático va en aumento, se deberían promover aquellas condiciones que tengan efectos positivos respecto de los índices de criminalidad en un espacio determinado, dentro del intenso debate existente entre quienes abogan por la necesidad de prevenir y sancionar los malos usos en la red, por los efectos criminógenos asociados, y quienes defienden que ciertas áreas deben quedar libres de intervencionismo, decantándose por la protección del derecho a la intimidad y de la libertad de expresión⁴⁵.

Se ha señalado que, desde la teoría de la estructura social, se recoge que la tecnología sería en última instancia, la principal fuerza conductora de las transformaciones sociales y, por tanto, los cambios tecnológicos serían los que provocarían alteraciones en las formas de delincuencia –siguiendo la cultura la estela de tales cambios tecnológicos. La tecnología sería así la herramienta idónea, más eficaz, en el proceso de adaptación de organizaciones complejas, de grandes dimensiones, asumiendo que mediante el aprendizaje en el modo de usar las nuevas tecnologías se establecerían vínculos de interdependencia entre los miembros de una comunidad en general. De esta forma, se facilitaría la adaptación del individuo al entorno y se generan procesos de simbiosis, cooperación, competitividad y depredación⁴⁶.

Las nuevas tecnologías no introducirían elementos nuevos en los rasgos esenciales de las tradicionales categorías y tipos delictivos. Por el contrario, la novedad de la ciberdelincuencia residi-

43 SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en EGUZKILORE, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].

44 DE LA CUESTA, SAN JUAN GUILLEN, «La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. percepción de seguridad e inseguridad», en DE LA CUESTA (Director), *Derecho penal informático*, Civitas, 2010, p. 71.

45 AGUSTINA SANLLEHI, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual.», en International e-Journal of Criminal Science Artículo 4, Número 3 (2009) pp. 5 ss. ZAFFARONI, DIAS DO SANTOS, *La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero*, Valencia, 2020, pp. 7 ss, subraya que hay dos criminologías: una que corresponde a la realidad fáctica, y otra a la realidad creada, que es la criminología mediática, la cual la realizan los medios de comunicación y, conforme a la cual, se determinan las conductas de la población.

46 AGUSTINA SANLLEHI, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual.», en International e-Journal of Criminal Science Artículo 4, Número 3 (2009) pp. 7 ss.

ría más bien en los nuevos modos de delinquir, la multiplicación de los efectos lesivos y las nuevas formas de prevención e investigación⁴⁷.

3. Criminología mediática y Fake News: la creación de la falsa realidad

Desde la teoría del *Labeling Approach* expuesta por TANNENBAUM, BECKER y LEMERT, los grupos sociales crearían la desviación mediante la elaboración de normas cuya infracción constituye esa desviación, así como mediante la aplicación de tales normas a los individuos y a través del etiquetamiento (*labeling*) de los mismos como desviados. Desde este punto de vista, la desviación no sería una cualidad de la acción cometida por la persona, sino más bien una consecuencia de la aplicación por otros de las normas y sanciones a un «ofensor»⁴⁸.

Del mismo modo, como han indicado MUÑOZ CONDE y HASSEMER el proceso de criminalización o etiquetamiento como criminal de alguien, se debería también al propio funcionamiento de los órganos encargados de la Administración de Justicia. Se denominaría criminalización primaria a la llevada a cabo por el legislador cuando a través del procedimiento establecido para ello determina qué comportamientos deben ser calificados como delito y que pena dentro de unos márgenes debe aplicársele. Por otra parte, para la teoría del etiquetamiento, el verdadero contenido de la ley lo determinarían precisamente los órganos encargados de su aplicación en sus distintas, fases, es decir, la criminalización secundaria, una forma de criminalización, que en la práctica sería casi tan importante o más que la propia criminalización primaria⁴⁹.

Sin embargo, como ha puesto de relieve ZAFFARONI, la manipulación informativa puede dar lugar a generar en la población, sobre todo, en nuestra sociedad digital, a la convicción de que existe una realidad única, y esta sería la que le muestran en las pantallas los medios de comunicación⁵⁰.

Por «*astroturfing*» o «*fake news*» se entiende normalmente, la manipulación que se realiza a través de las redes sociales o medios de comunicación, pudiendo darse el «astroturfing» comercial, dirigido a manipular la opinión pública para lograr el apoyo o rechazo masivo a un determinado producto o servicio; el «astroturfing» político, consistente en el empleo de medios de comunicación para difundir rumores y noticias falsas respecto de adversarios políticos; y, finalmente, el «astrotur-

47 AGUSTINA SANLEHI, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual.», en *International e-Journal of Criminal Science* Artículo 4, Número 3 (2009) pp. 7 ss. TAVOSNANSKA Y OTROS, «El delito como espectáculo. Reflexiones criminológicas sobre cómo los medios de comunicación tratan las cuestiones vinculadas con el delito», *Pensar en Derecho*, citando a Luhmann, Niklas, *La realidad de los medios de masas*, Anthropos, Barcelona, 2000, pp. 39-40, La exteriorización de opiniones puede ser considerada como noticia.

48 Cfr. igualmente, BERGALLI, «Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del labelling approach», en *Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, págs. 84 ss.

49 HASSEMER, MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia, 2012, pág. 125. Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, SOLKAR, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, 2000.

50 ZAFFARONI, DIAS DO SANTOS, *La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero*, Valencia, 2020, pp. 76 ss. Sobre la importancia de dar sentido a la información, cfr. VIDAURRI ARÉCHIGA, ESQUIVEL HERNÁNDEZ, *Cartas a jóvenes estudiantes de la Criminología*, Ciudad de México, 2022, pp. 13 ss.

«fing» periodístico, dirigido a captar la atención del consumidor de prensa digital mediante el empleo de titulares capciosos y engañosos, a fin de que éste acabe accediendo a la noticia⁵¹.

Por otra parte, también deben distinguirse los conceptos de «mis-información» (o *misinformation*, en inglés) así como «des-información» (*disinformation* en inglés), en el sentido de que el término «*fake news*» no abarcaría toda la problemática al ser inadecuado para explicar la escala del fenómeno de «contaminación de la información», y porque diversos actores estatales y no estatales le habrían dado un significado esencialmente político. Del mismo modo, la UNESCO habría añadido un concepto más, como «mal información (*mal-information* en inglés) que sería aquella información que se basa en la realidad, usada para causar un daño a una persona, grupo social, organización o Estado. La desinformación sería cualquier información que es falsa y deliberadamente creada para dañar a una persona, grupo social, organización o Estado, y a la mis-información como cualquier información que es falsa, pero no es creada con la intención de causar un daño, siendo información errónea, pero de forma accidental⁵².

-
- 51 Cfr. ANDERSEN TAX AND LEGAL, en su edición del 26 de junio de 2019. Cfr. igualmente, FLAX, «Nuevos desafíos para una democracia deliberativa: fake news y lawfare». *Ética y Discurso, Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso* – Año 5, 2020, p.1-23, se indica que «las fake news es una información deliberadamente falsa que tiene el objeto de manipular a aquellos sectores de la población que tienen «voluntad de creer» en todo aquello que, precisamente, confirma sus creencias previas o sus posicionamientos. El efecto de verosimilitud es en general mayor cuando proviene de medios tradicionales, los cuales pueden generar un potente dispositivo de engaño al aparecer un periodista conocido con información que dice obtener de una fuente anónima o se ampara en el secreto de las fuentes. Este periodista actúa como un «influencer» y la información se replica al infinito. Incluso si el periodista desmiente al día siguiente la «noticia», la misma sigue propagándose en un público ávido y crédulo. Por otra parte, también se indica, que, en casos más extremos, mediante fake news puede formarse parte de operaciones mayores, como las de lawfare, descrita como continuación de la guerra (warfare) -o de los golpes de Estado- por otros medios, como, los medios judiciales. Las causas judiciales se inician a partir de las noticias falsas publicadas con el propósito de dejar fuera de juego a oponentes políticos a través de una campaña de difamación multiplicada por las redes sociales. Sin embargo, el auge creciente del interés por este fenómeno, habría sido incentivado por la pandemia generada por el Covid-19, indicándose que, debido a estas circunstancias sanitarias, la sociedad estaría más expuesta a la difusión de bulos, rumores y teorías conspiratorias, que no harían más que generar una sensación de inseguridad, miedo y desconfianza en la ciudadanía, y que pondría en riesgo la auténtica colaboración en la lucha contra la pandemia. La Organización Mundial de la Salud, hablaría incluso de «infodemia» para referirse a la proliferación de *fake news* o bulos que tratan de engañar, confundir, desprestigiar y desinformar a la opinión pública, habiendo habilitado incluso una página web en la que se desmentirían todos los mitos que circulan por redes sociales. Plataformas como WhatsApp, habrían limitado el reenvío masivo de mensajes y Facebook habría facilitado herramientas de verificación de hechos o *fact-checking*». Cfr. DIARIO EXPANSION, «Las fake news y el Derecho penal. ¿Mentir es delito?», en su edición de 11 mayo, 2020. Cfr. LEGALITAS, Bulos en internet: ¿es delito difundirlos?, 31 octubre 2018. REVISTA BYTE, Pandemia viral. Fake news y coronamiedo, en su edición de 17 marzo, 2020. IT USER, ¿Cuándo es delito difundir noticias falsas o 'fake news'?, 22 de abril de 2019.
- 52 Cfr. *Reporte sobre las campañas de desinformación, «Noticias falsas (fake news)» y su impacto en el derecho a la libertad de expresión*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2019, pp. 5 ss. Respecto a la exteriorización de estos contenidos se ha destacado que «normalmente sus titulares, imágenes o letras son de un mayor tamaño y los sujetos que publican dichos contenidos son impostores. Es decir, que se circula en redes sociales alguna imagen o artículo de cierto periodista, cuando ellos no

El cambio de paradigma comunicativo a través de Internet y los canales de difusión masiva, habría permitido que se acuñe en este contexto el término *postverdad*, donde la «emoción determina la percepción de la realidad social, con mayor capacidad de influencia que los hechos y las pruebas contrastadas»⁵³.

De este modo, siguiendo a ZAFFARONI⁵⁴, puede considerarse que siempre ha existido la Criminología mediática y ésta apelaría a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad que se usa para canalizarla contra determinados grupos humanos.

redactaron ni formaron dicha fotografía. Es decir, son videos o artículos de impostores en donde la información parecería verdadera, por el periodista o fotógrafo a quien se le atribuye la supuesta publicación de la información. En relación a los acontecimientos que han definido la conceptualización de «Fake News» se citan el referéndum sobre el Brexit de 23 de junio de 2016, el referéndum por el que se objetaron los acuerdos de paz con las FARC de Colombia el 02 de octubre de 2016 y las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de 08 de noviembre de 2016». Sobre dicho concepto, cfr. LEÓN ALAPONT, «La lucha contra la desinformación y las «fake news» a través del Derecho Penal acerca de la ¿conveniencia? y ¿eficacia? de dicha intervención, La ley penal, núm. 152, 2021; NAVARRO CARDOSO, «Aproximación político-criminal a la desinformación» en LEÓN ALAPONT (Director), *El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias*, pp. 433-458; SERRA CRISTOBAL, «Noticias falsas (fakes news) y derecho a recibir información veraz. dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 116, enero-abril, 2023, pp. 13-46. En la *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y «noticias falsas» («fake news»), desinformación y propaganda del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), de 3 de marzo de 2017* ya se habría expuesto muy claramente la preocupación a nivel internacional por la propagación de la desinformación impulsada tanto por Estados como por actores no estatales, pudiéndose dañar la reputación y afectar la privacidad de personas, o instigar la violencia, la discriminación o la hostilidad hacia grupos identificables de la sociedad. No obstante, se reconocía que «los Estados únicamente podrán establecer restricciones al derecho de libertad de expresión cuando estuvieran estipuladas en la ley, alcancen uno de los intereses legítimos reconocidos por el Derecho internacional y resulten necesarias y proporcionadas para proteger ese interés. Asimismo, se podrían imponer restricciones a la libertad de expresión, con el fin de prohibir la apología del odio por motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20(2) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*)».

53 Cfr. GALDÁMEZ MORALES, «Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las fake news», en *Revista Española de Transparencia*, num.8, 2019, pp. 25-44. Citando el término «information disorder», en el Informe del Consejo de Europa: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-aninterdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Sobre estos conceptos, cfr. RICHTER, *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*, México, Editorial Océano, 2018, pp. 25 s.

54 Cfr. ZAFFARONI, «La Criminología Mediática», en la *Cuestión Criminal*, en <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>.

Desde su punto de vista, el discurso de la criminología mediática actual no sería otro que el llamado neopunitivismo, que se expande por el mundo globalizado en una comunicación por imágenes necesariamente referida siempre a cosas concretas y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación es instado en forma permanente al pensamiento concreto, lo que debilitaría su entrenamiento para el pensamiento abstracto⁵⁵.

La Criminología mediática, según sostiene ZAFFARONI, crearía la realidad antagónica de un mundo de personas honradas frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un ellos separado del resto de la sociedad, donde el oportunismo político implica la aprobación de leyes disparatadas, donde se confunde la ley penal con Internet⁵⁶.

IV. La constante modificación penal en el siglo XXI como rasgo de la actual sociedad digital: la reforma «a golpe de click»

Una vez expuestas las principales líneas teóricas del actual estudio, desde nuestra perspectiva, se hace preciso abordar un primer debate sobre cuáles serían los riesgos derivados de la visión de la Criminología mediática y su impacto sobre la percepción del delito o la influencia de los *mass media* en la criminalización primaria y secundaria del Derecho penal, y su trascendencia en la Política Criminal, insistiendo en que este estudio solo pretendería manifestar algunas consideraciones generales, que propicien la deliberación, sin descender al plano concreto del examen técnico de cada una de las reformas llevadas a cabo desde el año 2015 hasta la actualidad, que excedería notablemente de las pretensiones del presente análisis.

Por lo tanto, desde nuestro de vista, hay una serie de advertencias que deberían de tenerse en cuenta antes de requerir irreflexivamente el recurso incesante a la amenaza penal, y la reforma acelerada, que podrían sintetizarse desde las siguientes consideraciones:

1. La necesidad de prevención y concienciación en el entorno comunicativo digital y la profundización en la tipificación y persecución de formas de criminalidad transnacional

Desde nuestra óptica, como habría indicado GARCÍA ARÁN, el Derecho penal proporcionado y garantista en algunos casos se presenta actualmente como si fuera un lastre para la eficacia en

55 Cfr. ZAFFARONI, «La Criminología Mediática», en la Cuestión Criminal, en <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>

56 Cfr. ZAFFARONI, «La Criminología Mediática», en la Cuestión Criminal, en <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>

la lucha contra la delincuencia, en donde existe un discurso que identificaría las garantías con un exceso de benevolencia o permisibilidad. Por ello, el primer punto de partida, sería **concienciar** a los medios de comunicación en su más amplio sentido sobre las implicaciones que tienen los mensajes que emiten, (ya que las posiciones ideológicas de los medios sobre el alcance de las garantías democráticas pueden ser distintas, pero también puede ser que los mensajes regresivos no obedezcan a una posición ideológica previa, sino a la falta de meditación o la simplificación de un mensaje que para su mejor y más extendida difusión, que se presentaría desprovisto de matizaciones)⁵⁷.

En este aspecto, en relación, por ejemplo, a la aplicación de la teoría de la **agenda setting** al campo de las diferentes propuestas legislativas en el campo penal, puede decirse siguiendo a FUENTES OSORIO que la construcción de la realidad criminal que efectúan los medios de comunicación puede ser un elemento de influencia sobre las actitudes punitivas de ciertos sectores de la población, ya que el proceso de selección de las noticias y su modo de comunicación tendría cierto efecto sobre la apreciación de la realidad criminal, teniendo en cuenta que los medios de comunicación también informan sobre las reacciones sociales ante comportamientos ilícitos, plantean las propuestas de solución y dirigen el debate al respecto. No cabe duda que la fusión de estos aspectos puede en algunos casos reforzar las actitudes punitivas de la comunidad, favoreciendo incluso en determinados supuestos, la aparición de un mero **Derecho penal simbólico, promocional o rayano en un auténtico ejemplo del populismo punitivo**⁵⁸.

Como hemos sostenido en otras ocasiones⁵⁹, el Derecho penal actual debe evitar caer en este recurso fácil (favoreciéndose incluso la introducción en algunos delitos relacionados con el uso de las nuevas tecnologías, la creación de meros «delitos de sospecha, como sucede en algunos supuestos ligados al *grooming*).

Asimismo, debe subrayarse que las recientes reformas penales son una evidente muestra de cómo se han trasladado alguno de los aspectos generados por la preocupación social por el delito y el miedo al crimen en el entorno de las nuevas tecnologías, a la progresiva incorporación de nuevos tipos delictivos en el Código penal, así como a su posterior modificación en algunos casos en escasos periodos de tiempo.

Por ello, en algunos de los estudios realizados en torno a los contextos digitales y la comisión de delitos contra las personas o contra el patrimonio en el ciberespacio⁶⁰ se habría destacado la existencia de una mayor tendencia a la percepción de invulnerabilidad en contextos digitales, presentando notables semejanzas con el temor a delitos en espacios urbanos⁶¹, sin embargo, como habrían indi-

57 GARCÍA ARÁN, «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 112 ss.

58 FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», RECPC 07-16 (2005), pp. 42 ss.

59 MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho penal frente las nuevas formas de acoso a menores: ciberbullying, grooming y sexting*, Valencia, 2013, pp. 238 ss.

60 SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en EGUZKILORE, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].

61 SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana»,

cado algunos autores⁶², hay que insistir en que las nuevas tecnologías no introducirían elementos esencialmente nuevos en los rasgos básicos de las tradicionales categorías y tipos delictivos, sino que la novedad de la ciberdelincuencia residiría en los diferentes modos de delinquir, la multiplicación de los efectos lesivos y las nuevas formas de prevención e investigación, debiendo adecuadamente valorarse cuándo existiría una auténtica necesidad de creación de nuevos tipos penales.

Por todos estos motivos, creemos que en torno a este aspecto, lógicamente, una de las cuestiones de las que no puede obviarse, es que el Derecho penal tiene que enfrentarse al hecho de que redes y sistemas de comunicación digital son prácticamente imprescindibles en la actualidad, y que ello implicaría en primera instancia, valorar cuestiones en la investigación y la persecución de estos delitos, como **la transnacionalidad del problema de la seguridad informática**, que exige una coordinación y cooperación entre los operadores de servicios fundamentales, los proveedores de servicios digitales, las autoridades competentes y las autoridades policiales a nivel internacional, y sobre todo, más depuradas técnicas legislativas respecto a la tipificación de estas formas delictivas⁶³.

Asimismo, en cualquier caso, como ha señalado la doctrina, la intervención penal en relación a la tipificación de nuevas conductas penales relacionadas con la comisión de delitos en el ámbito de las nuevas tecnologías debe siempre conectarse con principios básicos del Derecho penal, como el *Harm Principle*⁶⁴ en Derecho anglosajón, o el principio de ofensividad, en nuestro Derecho penal, ya que la lesión de un bien jurídico como presupuesto de la punibilidad implicaría la exclusión de las meras deshonestidades o inmoralidades del Derecho penal, debiendo ser impunes las conductas simplemente cuando éstas no sean lesivas para los derechos de nadie⁶⁵.

en EGUZKILORE, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].

- 62 AGUSTINA SANLLEHI, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual.», en *International e-Journal of Criminal Science* Artículo 4, Número 3 (2009) pp. 7 ss.
- 63 Cfr. al respecto, SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en EGUZKILORE, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017]. MIRÓ LLINARES; «Inteligencia artificial y justicia penal; más allá de los resultados lesivos causados por robots», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87 ss.; «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 100 (septiembre-octubre), 2020, pp. 174 ss; BACIGALUPO ZAPATER, «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138, 2022, pp. 5 ss.
- 64 WASTLER, S, «The harm in «sexting»? : analyzing the constitutionality of child pornography statutes that prohibit the voluntary production, possession, and dissemination of sexually explicit images by teenagers, *Harvard Journal of Law & Gender*, [Vol. 33], pág. 698.
- 65 ROXIN, *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Traducción: LUZON PEÑA, DIAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997, págs. 52 s. Cfr. asimismo ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 2006, págs. 19 s.

Por todas estas razones, igualmente, frente a la tendencia expansiva que sufre el Derecho penal contemporáneo, propia del «Derecho penal de la seguridad», propiciado por la instrumentalización que puede realizarse de la preocupación social por el delito, no puede sostenerse que cada vez que surja una alarma social, se reclame la creación de nuevas figuras delictivas específicas sin evaluarse en forma exhaustiva si el Código penal ya tendría anteriormente los instrumentos penales adecuados para luchar contra el fenómeno en cuestión, o que se ampare en estos casos, una auténtica y exclusiva función promocional del Derecho penal.

En este sentido, debe huirse en todo caso, del denominado «Derecho penal simbólico» en el sentido de poder estimar la existencia de una «ley reactiva» como ejemplo de una normativa en la que predominaría simplemente el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos o una «ley simplemente de compromiso» cuyo papel más significativo sería el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados⁶⁶.

2. Valorar la necesidad de tipificación con mayor reflexión y alejándonos de las «tentaciones del Derecho penal actual» a favor de un auténtico principio de intervención mínima⁶⁷

Por otro lado, indicaba muy acertadamente, GÓMEZ RIVERO que las últimas reformas penales en España son en una gran mayoría, ejemplo de determinadas «tentaciones» del legislador, a las que lleva sucumbiendo durante un importante lapso de tiempo, hablándose de la pretensión de dejarse llevar por el Derecho penal de las emociones, el Derecho penal de los resultados en la sociedad globalizada y la construcción del orden político a través de la norma punitiva⁶⁸.

La primera de las tentaciones según la denominación sugerida, ya la hemos destacado con anterioridad y básicamente consiste en su opinión, en «legislar, no para la sociedad, sino para **los sentimientos** de la sociedad»⁶⁹ acudiendo al recurso simplista del populismo punitivo.

La segunda, como indica la autora, sería atender a «Derecho penal **de resultados en la era de la globalización**»⁷⁰ en donde primaría la atención a la expansión y la intensificación de su respuesta punitiva.

66 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Boletín Mexicano de Derecho comparado, núm. 130, 2011, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, consultado en octubre 2013. Baratta pone de manifiesto que la progresiva expansión de la protección penal a favor de intereses colectivos y de funciones de la Administración pública, conduce a la pérdida de nitidez de los límites protectores del bien jurídico, favoreciéndose un concepto del mismo en el que prima su función promocional, con una administrativización del Derecho penal al transformarse el Estado moderno en un Estado de prevención. Baratta, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en Pena Estado, núm. 1, 1991, págs. 37 ss.

67 GÓMEZ RIVERO «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023.

68 *Vid.* Nota anterior.

69 GÓMEZ RIVERO «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, pp. 23 ss.

70 GÓMEZ RIVERO «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso

La última, sería la construcción **del orden político con el Derecho penal**⁷¹, partiendo de que a pesar, de que no existiría una construcción aséptica del Derecho penal sustraída a las ideologías y, con ello, a la clase política, como subraya GÓMEZ RIVERO, en los modelos totalitarios esa identificación sería plena, pero también, en ocasiones en un Estado social y democrático de derecho la vinculación entre ambos sería irrenunciable, ya que en dicho Estado se ubicarían las distintas concepciones ideológicas con inmediata traducción en la política y en la política legislativa de un país, incluidas las normas penales⁷².

Esta tercera tentación sería la degeneración hacia una instrumentalización del arma penal como una forma de gobernanza y de consecución de objetivos políticos⁷³.

De esta manera, coincidimos plenamente con la doctrina que ha defendido que desde la óptica del principio de intervención mínima, se ha puesto de relieve como habría que reflexionar sobre la racionalización del empleo del instrumento penal, en el sentido, de que se le atribuyen a las leyes penales funciones que no le corresponderían, destacándose que resultaría esencial determinar criterios que permitan jerarquizar y racionalizar los recursos de manera que la respuesta frente al delito sea eficaz, no perdiéndose de vista la importancia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos bajo el que el Derecho penal actúa sólo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad, valorándose las cuestiones referidas al merecimiento de pena y a la necesidad de pena partiéndose principalmente del contexto histórico-cultural en cada momento determinado⁷⁴.

3. No estandarizar la reforma acelerada, como una forma usual de modificar el Código penal muestra de los «preconstruidos miedos de la sociedad del click del siglo XXI»

Además de todo lo expuesto, desde nuestro punto de vista, la dogmática penal actual tiene que alejarse sobre todo de elucubraciones basadas en ejemplos reiterativos prácticamente de «laboratorio», y descender al terreno ya avanzado por teorías sociológicas, para ser capaz de entender en un sentido crítico, si las leyes se producen cada vez más en una forma que no sería más que una pura muestra de las actuaciones propias de la vertiginosa sociedad digital actual del siglo XXI.

académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, pp. 31 ss.

71 GÓMEZ RIVERO «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, pp. 49 ss.

72 *Vid.* Nota anterior.

73 *Vid.* Nota anterior.

74 Cfr. CARNEVALI RODRIGUEZ, Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional, en 12 Revista Ius et Praxis - año 14 - n.º 1, pp. 13-48. HASSEMER, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». Traducido por LARRAURI, Elena. Pena y Estado, n.º 1, 1991, p. 29-30; EL MISMO. Persona, mundo y responsabilidad. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco/DÍAZ, María del Mar. Bogotá: Temis, 1999, p. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 246.

Como ponía de relieve CASTELLS⁷⁵ la denominada «**sociedad de la información**» se trataría de una sociedad en la que «las condiciones de generación de conocimiento y procesamiento de información habrían sido sustancialmente alteradas por una revolución tecnológica centrada sobre el procesamiento de información, la generación del conocimiento y las tecnologías de la información, sin que ello quiera decir que la tecnología sea lo que determine, sino que ésta se desarrollaría en relación con contextos sociales, institucionales, económicos o culturales».

En este sentido se ha destacado⁷⁶ que «Internet no sería principalmente una tecnología, sino que sería **una producción cultural** al ser una tecnología que expresa una cierta y determinada cultura, favoreciéndose incluso en algunos casos «formas alternativas de vivir» dentro de «comunidades virtuales», que se convirtieron en lugares de libertad donde, a escala mundial, se podían construir formas alternativas de comunicación y, en última instancia, de política».

La **sociedad del conocimiento** por otro lado, sería aquella en que «los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública»⁷⁷.

En esta línea, POLO ROCA afirma que hay que distinguir conocimiento e información, ya que la información sería algo externo que se encuentra a nuestra disposición, mientras que el conocimiento sería un crecimiento interno, un avance hacia nosotros mismos, una potenciación de nuestra capacidad operativa⁷⁸.

Según CASTELFRANCHI, la Sociedad del Conocimiento se distingue de la Sociedad de la Información en que la primera sirve para transformar la información en recursos que permiten a la sociedad tomar medidas efectivas, mientras que la segunda solo crea y difunde los datos en bruto⁷⁹.

En la terminología de CASTELLS entenderíamos a la Sociedad Red (*network society*) como la traducción social que tuvo la primera; como aquella estructura social característica de la «Sociedad de la Información» o «Sociedad postindustrial»⁸⁰.

Este nuevo tipo de sociedad, se habría ido formando en las dos últimas décadas del siglo XX y habría transformado toda la actividad humana, «donde las redes digitales irían más allá de Internet,

75 CASTELLS, «La dimensión cultural de Internet», en <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>, consultada en septiembre 2023

76 *Vid.* Nota anterior.

77 Cfr. POLO ROCA, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>. Citando a (Sanz-Magallón, 2000).

78 POLO ROCA, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

79 POLO ROCA, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

80 *Vid.* Nota anterior. Citando a CASTELL, 2020.

sumándole la aparición de la Inteligencia Artificial (IA) con máquinas capaces de aprender y decidir; cada uno de nuestros ámbitos de vida está siendo transformada»⁸¹.

Actualmente podríamos referirnos a la Sociedad Digital como «una evolución de la sociedad de la información, en la que el ciberespacio nos aleja del mundo real y transforma relaciones laborales, sentimentales y afectivas; poder; comunicación, etc»⁸².

Sin embargo, la sociedad del *Big Data*, como destaca POLO ROCA nos habría hecho desembocar en la «sociedad del control, del panóptico digital y en la era de la vigilancia digital y la importancia del auto-control social»⁸³.

En la sociedad del «control» y la «transparencia» se han llevado a cabo dos métodos paralelos de control y vigilancia, como pueden ser, por ejemplo, la captación de información personal por parte de las redes sociales, y el empleo de drones para observar inadvertidamente todo lo que ocurre sobre la superficie de la tierra. Toda esta información puede ser utilizada para un mayor control de cada integrante de la sociedad y, además, el desarrollo tecnológico contribuye a la ubicuidad de las prácticas de vigilancia en nuestras sociedades, surgiendo la «vigilancia líquida» donde las personas en cada uno de los roles de la vida cotidiana, son constantemente controlados, observados, examinados, evaluados, valorados y juzgados, proporcionado muchas veces por voluntad propia, con teléfonos móviles, GPS, tarjetas de crédito, redes sociales y demás⁸⁴.

Se ha destacado en este sentido, que todo ello «puede llevar a la convicción de que podemos pasar de ser una sociedad basada en la libertad, a una sociedad basada en el control bajo el contexto del **panóptico digital**⁸⁵ o *panspectrum* con una vigilancia donde los usuarios de Internet se sentirán observados por una figura externa de autoridad o el propio usuario se impondrá límites a sí mismo por un sentimiento de supervisión de un ente superior»⁸⁶.

En este sentido, lo privado se transforma en público «en mor de la transparencia y surgen las posibles prácticas discriminatorias que puedan derivarse de la **ideología del algoritmo** que orienta el Big Data: la posible exclusión de colectivos e individuos, así como las limitaciones en el disfrute de derechos y libertades públicas, pueden derivar en un proceso de segmentación social»⁸⁷.

Por lo tanto, si partimos de estos rasgos de nuestra actual sociedad digital, hay que ser conscientes, de que nuestras formas de criminalización primaria⁸⁸ de creación de nuevos tipos delictivos no

81 POLO ROCA, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguaruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>, Citando a CASTELL, 2020.

82 POLO ROCA, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguaruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>

83 Vid. Nota anterior.

84 Vid nota anterior, citando entre otros a (Byung-Chul, 2014a).

85 Vid nota anterior, citando a (Remotti Carbonell, 2009).

86 Vid nota anterior, citando a (Díaz-Bizkarguenaga, 2018).

87 Vid. Nota anterior, POLO ROCA, citando a (Byung-Chul, 2014b: 99).

88 ZAFFARONI, DIAS DOS SANTOS, La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero, Valencia,

pueden ser una mala reproducción del proceso de obtener información, cada día, cada segundo, «a golpe de click», sin ser conscientes de que la alarma social frente al delito va a cumplir con ser una forma de exteriorizar el miedo al delito de esta sociedad digital, inmersa en el paradigma digital, la proliferación de formas de vigilancia líquida y la posible influencia de la ideología del algoritmo en el sentido anteriormente descrito.

Desde nuestra óptica, siguiendo lo ya manifestado proverbialmente por GONZÁLEZ CUSSAC en relación a la reforma penal del año 2015, no puede caerse en el recurso a un Derecho penal cuyas «señas de identidad» sean «la falta de procedimiento, debate y consenso; el uso a la denominada «alquimia legislativa» donde presuntos ilícitos penales presuntamente desaparecen del Código penal mientras se reclama su instalación en el Derecho administrativo sancionador, quedándose en el texto penal adoptando un nombre diferente; un Código penal donde las penas sean muestra de la involución en una máquina del tiempo o en un «giratiempo» retornado a épocas pasadas; o donde la reforma legislativa criminal sea un ejemplo frecuente de la «flexilegalidad» donde cada vez se pierden más garantías en su acelerada tramitación»⁸⁹.

Como ha subrayado GONZÁLEZ CUSSAC, cualquier reforma penal de importancia «necesitaría de un amplio consenso que exprese auténticamente el soporte ciudadano y la pluralidad de la sociedad española, derivando directamente del contrato social. Unas normas penales que no invoquen falaces amparos al principio de intervención mínima, la racionalización del uso del servicio público de la Justicia y la disminución relevante del número de asuntos menores, donde podría realmente enmascararse un «ensañamiento punitivo» con las capas más vulnerables económicamente de la sociedad»⁹⁰.

Cada vez se recurre con más frecuencia a la tipificación de delitos de peligro⁹¹ y al adelantamiento de la línea de intervención penal, materializada en varias manifestaciones de criminalización generalizada de actos preparatorios, poniendo en entredicho las exigencias mínimas dimanantes del principio de ofensividad, prohibición de exceso, proporcionalidad, mínima intervención, y carácter fragmentario y secundario del Derecho penal, en una bienvenida a la denominada acertadamente «era del pensamiento penal rápido»⁹², cuando lo esencial sería defender en cualquier caso «el compromiso del jurista con un pensamiento crítico sustentado en hechos y razones»⁹³ y no, en seguir el fácil hilo discursivo marcado por la cada vez más influyente «Criminología mediática» en una sociedad digital

2020, pp. 76 ss.

89 GONZALEZ CUSSAC, «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología» en TEORDER 2015, N.º 17, pp. 168-177.

90 GONZALEZ CUSSAC, «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología» en TEORDER 2015, N.º 17, pp. 168-177.

91 Basta referirnos a las últimas materias en relación a nuevos delitos contra la salud pública en el ámbito de los medicamentos relacionados con su publicidad dirigida a menores de edad, inducciones a través de medios digitales al suicidio de menores, por citar algunos ejemplos más recientes durante los últimos años.

92 GONZÁLEZ CUSSAC, «¡Cómo hemos cambiado!, Mutaciones del Derecho penal», Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N.º. 49, 2023 (Ejemplar dedicado a: Número especial en homenaje al Profesor Javier de Lucas), págs. 153-162. Cfr. Respecto a estas cuestiones desde la Criminología Crítica, BARATTA, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en Pena y Estado, núm. 1, 1991, págs. 37 ss.

93 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, *ul.op.cit.*, p. 162.

cuyos algoritmos pueden ser en última instancia manipulados para confundir al crédulo espectador y receptor de la desinformación, contentándose esta sociedad con una normativa producida aceleradamente y muestra evidente de un pura función promocional o simbólica de la amenaza penal.

V. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHI**, «La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: Estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual.», en *International e-Journal of Criminal Science* Artículo 4, Número 3 (2009).
- ALVAREZ JIMÉNEZ, PÉREZ ROTHSTEIN, ANTÓN MELLÓN**, «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: estado de la cuestión», en *Revista Crítica Penal y Poder*. 2015, n.º 9, septiembre, OSPDH. Universidad de Barcelona.
- BACIGALUPO ZAPATER**, «El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 138, 2022.
- BARATTA**, «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena Estado*, núm. 1, 1991.
- BARONA VILAR**, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004.
- BERGALLI**, «Origen de las teorías de la reacción social. Un aporte al análisis y crítica del labelling approach», en *Revista de Sociología*, núm. 13, 1980.
- CÁCERES ZAPATERO, DÍAZ SOLOAGA. GARCÍA GARCÍA, GARCÍA GUARDIA, LÓPEZ, NUÑEZ GÓMEZ**, «Construcción social de la realidad en los nativos digitales: una revisión teórica desde la perspectiva narrativa y el hipertexto», *prismasocial - N.º3* | junio 2010 | *Revista de ciencias sociales*.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ**, *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*, en *12 Revista lus et Praxis - año 14 - n° 1*.
- CASTELLS**, «La dimensión cultural de Internet», en <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502.html>, consultada en septiembre 2023.
- COLÁS TURÉGANO**, «La influencia de los medios de comunicación en la Administración de Justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado d menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011, *Rev. boliv. de Derecho* n.º 19, enero 2015.
- DE LA CUESTA, SAN JUAN GUILLEN**, «La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. Percepcion de seguridad e inseguridad», en *DE LA CUESTA (Director), Derecho penal informático*, Civitas, 2010.

- DÍAZ PITA, FARALDO CABANA**, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso penal*, número 7, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS**, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 de enero de 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS**, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», RECPC 06-03 (2004).
- DÍEZ RIPOLLÉS**, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Boletín Mexicano de Derecho comparado, núm. 130, 2011, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>.
- DOVAL PAÍS**, «Las consecuencias jurídicas innominadas. Una reflexión sobre los límites del principio de legalidad penal», en RECPC 20-21 (2018).
- FUENTES OSORIO**, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», RECPC 07-16 (2005).
- GALDÁMEZ MORALES**, «Posverdad y crisis de legitimidad. El creciente impacto de las *fake news*», en Revista Española de Transparencia, num.8, 2019, pp. 25-44. Citando el término «information disorder», en el Informe del Consejo de Europa: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-aninterdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>.
- GARCÍA ARÁN**, «Delincuencia, inseguridad y penal en el discurso mediático», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008.
- GARCÍA ARÁN, BOTELLA** (Directores), *Malas noticias, medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008.
- GARCÍA ARÁN, PERES NETO**, «Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003» en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, núm. 1 (2009).
- GÓMEZ RIVERO** «Las tres tentaciones del Derecho penal». Lección Inaugural en la solemne apertura del curso académico 2023/2024, de la Universidad de Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC**, «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología» en TEORDER 2015, N.º 17.
- GONZÁLEZ CUSSAC**, «¡Cómo hemos cambiado!, Mutaciones del Derecho penal», Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N.º. 49, 2023 (Ejemplar dedicado a: Número especial en homenaje al Profesor Javier de Lucas).
- HASSEMER**, «La seguridad por intermedio del Derecho penal», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pág. 28.

- HASSEMER, MUÑOZ CONDE**, Introducción a la Criminología y a la Política criminal, Valencia, 2012.
- HASSEMER**, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». Traducido por LARRAURI, Elena. Pena y Estado, n° 1, 1991.
- HASSEMER**, Persona, mundo y responsabilidad. Traducido por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/DÍAZ, MARÍA DEL MAR. Bogotá: Temis, 1999.
- LEON ALAPONT**, «La lucha contra la desinformación y las «fake news» a través del Derecho Penal acerca de la ¿conveniencia? y ¿eficacia? de dicha intervención, La ley penal, núm. 152, 2021.
- MEDINA ARIZA**, «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 05-03 (2003).
- MENDOZA CALDERÓN**, El Derecho penal frente las nuevas formas de acoso a menores: cyberbullying, grooming y sexting, Valencia, 2013.
- MESTRE DELGADO**, La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal», en La ley penal, núm. 1, 2004, págs. 7-17.
- MIRÓ LLINARES**; «Inteligencia artificial y justicia penal; más allá de los resultados lesivos causados por robots», en Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 20, 2018.
- MIRÓ LLINARES**, «Inteligencia artificial, delito y control penal: nuevas reflexiones y algunas predicciones sobre su impacto en el derecho y la justicia penal», en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n.º 100 (septiembre-octubre), 2020.
- MUÑOZ CONDE**, «El nuevo Derecho penal autoritario», en OCTAVIO DE TOLEDO, GURDIEL SIERRA, CORTÉS BECHIARELLI, (Coordinadores), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- NAVARRO CARDOSO**, «Aproximación político-criminal a la desinformación» en LEÓN ALAPONT (Director), El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias, Valencia, 2022.
- NÚÑEZ CASTAÑO**, «Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal de enemigos», en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008.
- NÚÑEZ CASTAÑO**, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales ¿un camino sin retorno?. ¿Hacia el Derecho penal del enemigo?», en Revista General de Derecho Penal, N.º 11, 2009.
- PÉREZ CEPEDA**, «El Código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario, en VV.AA *La tensión entre la libertad y seguridad*, Universidad de la Rioja, 2006.

- POLO ROCA**, 2020. «Sociedad De La Información, Sociedad Digital, Sociedad De Control». Inguruak. Revista Vasca De Sociología Y Ciencia Política, n.º 68 (junio), 2020, <https://doi.org/10.18543/inguruak-68-2020-art05>.
- POZUELO PÉREZ**, La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes, Barcelona, 2013.
- QUINTERO OLIVARES**, «La reformas penales de 2021 hasta ahora», en Almacén de Derecho, 22 de octubre de 2021, en <https://almacenederecho.org/las-reformas-penales-del-2021-hasta-ahora>, consultada en febrero 2023.
- RICHTER**, *El Ciudadano Digital. Fake News y posverdad en la era digital*, México, Editorial Océano, 2018.
- RODRIGUEZ DIAZ**, La teoría de la agenda setting. Aplicación a la enseñanza universitaria, Observatorio Europeo de Tendencias Sociales (obets@ua.es), 2004.
- ROXIN**, *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Traducción: LUZON PEÑA, DIAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.
- SAN JUAN, VOZ MEDIANO, VERGAR**, «Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana», en EGUZKILORE, número 23, 2009, pp. 175 – 190, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/236333869_Miedo_al_delito_en_contextos_digitales_Un_estudio_con_poblacion_urbana [ultimo acceso Jul 17, 2017].
- SCHEERER**, «El círculo de reforzamiento político-periodístico. sobre la influencia de los medios de comunicación en el proceso de gestación de la normativa penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.o 8 (2012).
- SERRA CRISTOBAL**, «Noticias falsas (fakes news) y derecho a recibir información veraz. dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 116, enero-abril, 2023.
- SILVA SÁNCHEZ**, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ**, «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en MIR PUIG (Director), *Derecho penal del siglo XXI, Cuadernos de Derecho judicial*, VII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ**, Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona, 1992.
- SOTO NAVARRO**, «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-09 (2005).
- VARONA GÓMEZ**, «Medios de Comunicación y punitivismo», *Revista para el análisis del Derecho*, (1), 2011.

- VIDALES RODRIGUEZ**, «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012).
- VIDAURRI ARÉCHIGA, ESQUIVEL HERNÁNDEZ**, *Cartas a jóvenes estudiantes de la Criminología*, Ciudad de México, 2022.
- WASTLER, S**, «The harm in «sexting»? : analyzing the constitutionality of child pornography statutes that prohibit the voluntary production, possession, and dissemination of sexually explicit images by teenagers, *Harvard Journal of Law & Gender*, [Vol. 33).
- ZAFFARONI, ALAGIA, SOLKAR**, Manual de Derecho penal, Parte general, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI**, «La Criminología Mediática», en la Cuestión Criminal, en <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/ecal/wp-content/uploads/sites/152/2020/11/11-Zaffaroni-La-cuestion-criminal.-Criminologia-mediatica.pdf>
- ZAFFARONI, DIAS DO SANTOS**, *La nueva crítica criminológica en tiempos de totalitarismo financiero*, Valencia, 2020.