

LA JUSTICIA PENAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL CRIMINAL JUSTICE IN THE DIGITAL ERA

José Luis Ramírez Ortiz

*Magistrado
Audiencia Provincial de Barcelona*

RESUMEN

En el presente artículo se exponen los principios básicos del modelo de justicia penal del Estado constitucional, basados en el establecimiento de límites al poder punitivo y de garantías procesales y materiales. Entre las garantías orgánicas, se presta especial atención a la figura del juez como sujeto institucional imparcial cuya legitimidad democrática deriva del ejercicio adecuado de su función y de su sujeción a la crítica pública. A continuación, se analizan las razones del derrumbe del modelo de crítica pública en la sociedad digital y de la liquidación del modelo penal en una sociedad atravesada por una fuerte crisis económica e institucional, ejemplificados en un caso de relevancia mediática (La Manada). Finalmente, se proponen algunas medidas institucionales para paliar la situación.

PALABRAS CLAVE

Estado constitucional, sistema penal, sociedad digital, juez, proceso, independencia judicial, presunción de inocencia, víctimas, medios de comunicación, posmodernidad.

ABSTRACT

This article explains the basic principles of the criminal justice model of the Constitutional State, based on the establishment of limits to State punitive powers and procedural and material guarantees. Among the organic guarantees, special attention is given to judges, as impartial institutional subjects whose democratic legitimacy derives from the proper exercise of their function and their subjection to public criticism. The reasons for the collapse of the public criticism model in the digital society and the liquidation of the criminal model in a society which suffers from a strong economic and institutional crisis, exemplified in a case of mediatic relevance (The Wolfpack) are analyzed below. Finally, some institutional measures are proposed.

KEY WORDS

Constitutional state, criminal system, digital society, judge, process, judicial independence, presumption of innocence, victims, mass media, postmodernity.

LA JUSTICIA PENAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado
Audiencia Provincial de Barcelona

Sumario: 1. Un modelo teórico de limitación y garantía sujeto a la crítica pública. 2. El derrumbe del modelo de crítica pública. 3. La liquidación del modelo penal y procesal constitucional. 4. Un programa mínimo de propuestas.

1. UN MODELO TEÓRICO DE LIMITACIÓN Y GARANTÍA SUJETO A LA CRÍTICA PÚBLICA

El subsistema penal, integrado en un sistema de control social más amplio, se caracteriza por la presencia de tres elementos: la norma jurídica, que define la conducta prohibida; la sanción, que refuerza la norma al anudar su aplicación a la violación de la norma; y el proceso o mecanismo de verificación de la vulneración de la norma y de imposición de la sanción. Los contenidos de estos elementos varían en función de la diversa lógica de los sistemas políticos. Si en los regímenes autoritarios el subsistema penal suele desempeñar una función de mero refuerzo del poder —que, al menos tendencialmente, no conoce límites—, en las democracias constitucionales se concibe de modo opuesto, es decir, como mecanismo de limitación del poder. Ello es así porque los Estados constitucionales asumen un metaprincipio programático de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder punitivo por parte de los poderes públicos, considerados *a priori* proclives al abuso y la arbitrariedad, de ahí que uno de sus principales cometidos sea defender a los ciudadanos de la acción del propio Estado.

Norma y sanción integran el Derecho penal constitucional, que se singulariza por la presencia de numerosos principios limitadores, que operan a modo de garantías materiales (*v. gr.* legalidad en sentido estricto, lesividad, fragmentariedad, subsidiariedad, etc.). Por su parte, el Derecho procesal penal constitucional legitima al Estado para intervenir en la vida del ciudadano con la finalidad de comprobar si cometió el hecho prohibido por la norma y si, en caso positivo, debe imponérsele la sanción correspondiente, e igualmente pivota sobre diversos principios estructurales limitativos del poder (garantías procesales y orgánicas). En suma, en el modelo constitucional, la formalización del castigo que supone todo subsistema penal obliga a respetar escrupulosamente un amplio elenco de garantías antes de imponer la medida sancionadora.

En este modelo, los sujetos institucionales que participan en la persecución penal asumen roles diferenciados en la investigación y en el proceso en coherencia con el principio

de división de poderes. Unos, más vinculados con el ejecutivo, se encargan de la prevención, investigación técnica y acusación (Policía y Ministerio Fiscal) y otros (el juez) de la garantía de los derechos y del enjuiciamiento (dejo fuera de consideración la anacrónica figura del juez instructor).

Llegamos, así, al juez. Las democracias constitucionales se caracterizan por la pretensión de armonizar dos principios en apariencia contradictorios: la distribución del poder político sobre la base del paradigma democrático (entendido como la participación directa de todos los ciudadanos en toda toma de decisiones) y la limitación de ese poder por instituciones que no responden necesariamente a tal paradigma. Ello explica la existencia de unas instituciones concebidas para la participación popular —como el Parlamento—, que tienden a garantizar que los individuos ejerzan el poder por sí mismos, y de otras diseñadas para la protección del ciudadano frente al pueblo, cuya función es salvaguardar a las personas de los eventuales abusos cometidos por el poder.

La institución judicial es un ejemplo clásico de institución *demoprotectora*. En aquellos sistemas en los que ha dejado de ser un apéndice de otros poderes —en especial, del ejecutivo— se alza en teoría como un poder contramayoritario integrado por personas no elegidas por el pueblo que tienen atribuida la función de garantizar los derechos fundamentales. En este sentido, se trata de una instancia necesaria, en tanto que los derechos reconocidos en la Constitución que garantiza no pueden ser sometidos al voto, dado que, una vez constituido el poder, son la precondition de su ejercicio. Ahora bien, precisamente por el déficit de *legitimidad democrática en origen* del poder judicial, es exigible que se refuercen sus condiciones de legitimidad. Tal reforzamiento tiene lugar, fundamentalmente, a través de dos vías.

La primera, interna, se traduce en la efectiva actuación del juez en el caso concreto como tercero imparcial en el marco de un proceso de partes en el que deben respetarse rigurosamente las garantías procesales como paso previo a la decisión con la que aquel concluye, que se sustenta en la ley democrática; es lo que se conoce como *legitimidad de ejercicio*.

La segunda, externa, se cifra en la sujeción a la crítica pública, que es particularmente relevante en el ámbito de la justicia penal, dadas las consecuencias que de su activación se derivan para los sujetos sometidos a la misma y la singularidad del sector del ordenamiento que se aplica.

En los Estados constitucionales, suele reconocerse una posición preferente a la libertad de expresión, ya que, en tanto cauce del principio democrático participativo, es uno de los pilares del modelo. La libertad de expresión constituye un potente mecanismo de promoción del pluralismo en el debate público que permite someter a la crítica colectiva las decisiones de quienes detentan el poder. Es, por ello, un dispositivo básico de control social del poder político, pero también del poder judicial —que, como todo poder, no es ajeno a los excesos y al abuso—. Tal perspectiva remite al derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El derecho que está, pues, al servicio de la conformación de una opinión pública libre, cuya existencia se configura como condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia.

En esta línea, los Estados constitucionales se refuerzan cuando los ciudadanos reciben una información adecuada sobre la organización de los poderes públicos, sobre las condiciones de elaboración y aplicación del Derecho y sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, de sus órganos y del propio sistema penal, con especial énfasis en el concreto papel del juez. A tal efecto, los medios de comunicación desempeñan un papel esencial como observadores ajenos al sistema que explican sus cometidos, ponen de manifiesto sus disfunciones y, eventualmente, contribuyen constructivamente a su mejora. Ciertamente, en ocasiones los propios medios pueden incurrir en abusos o errores, pero esta posibilidad, susceptible de remedio o corrección, no les priva de su posición privilegiada como instrumento de articulación de las libertades de expresión y comunicación, que les convierte en «perros guardianes de la democracia», según la conocida expresión de Daniel Santoro.

2. EL DERRUMBE DEL MODELO DE CRÍTICA PÚBLICA

Pues bien, el modelo de limitación y garantía sujeto a la crítica pública que acaba de exponerse —y que solo de modo imperfecto se instauró en la España constitucional— parece haberse desvanecido. Varios factores explican esta situación. Unos afectan a los procedimientos de conformación de la opinión pública y de las decisiones políticas. Otros, a la propia naturaleza del sistema de intervención penal. Respecto a los primeros, cabe apuntar, entre otros, los siguientes:

i) Como punto de partida, cabe hacer referencia a la pérdida de los espacios públicos racionales de debate. Como indica Todorov, la Ilustración nació como un doble movimiento: de liberación respecto de normas impuestas desde fuera y de construcción de nuevas normas elegidas por nosotros mismos. La autonomía —individual y política— fue, por tanto, uno de sus rasgos centrales. Pero esa autonomía debía acompasarse a la razón para evitar el riesgo de la alienación. Nuestras opiniones, que determinan nuestras decisiones, se basan, en buena parte, en la educación que hemos recibido y en la información de que disponemos. La confusión, propia de la economía de mercado, entre la libertad de prensa y la propiedad privada de los medios de comunicación siempre ha constituido una amenaza para la libertad de determinación, pues aun en los casos en los que las informaciones no fueran falsas y las opiniones no fueran intelectualmente deshonestas, la estructura de la propiedad del medio informativo propiciaba hasta cierto punto la inevitabilidad del sesgo en la comunicación. Pues bien, tras la proliferación de medios informativos de ideología heterogénea que trajo consigo la instauración de la democracia, desde la década de los 90 se ha ido produciendo un proceso de concentración en grandes grupos de comunicación que consolidan bloques ideológico-económicos polarizados en la prensa escrita, la radio y la televisión. Ello constituye una grave amenaza para la libre formación de la opinión pública y para la propia racionalidad de la crítica pública, pues tal crítica vendrá sobredeterminada por los intereses que *a priori* defiendan aquellos bloques.

Por otra parte, los avances tecnológicos de las últimas décadas han generado nuevos riesgos. No cabe negar que la sociedad digital y las redes sociales han supuesto en muchos aspectos un innegable avance. Pero tampoco puede cuestionarse que han generado nuevos riesgos para la libre formación de la opinión pública. El primero es la emergencia de espacios de debate desestructurados, fragmentarios y superficiales. El acceso masivo a internet (cuyo aspecto positivo es la democratización de la difusión de la opinión) presenta oscuras aristas: la ausencia de filtros «institucionales» —los medios de comunicación tradicionales habían venido ejerciendo hasta ahora tal función, *v. gr.* a través de las decisiones de los consejos de redacción— sobre la calidad y los contenidos de las informaciones y opiniones permite que se extienda una falsa concepción de la democracia deliberativa conforme a la cual todas las opiniones son igualmente respetables y merecedoras de crédito, así como la proliferación de sujetos que aprenden rápidamente cómo convertirse en populares, tener seguidores, comentaristas y difusores de lo que dicen. Además, en la época de Facebook, Twitter y Google, los medios de comunicación tradicionales acaban cediendo a la lógica del buscador y el chascarrillo ingenioso. Pero no solo esos medios: ha surgido una nueva esfera virtual en la que se disuelven lo público y lo privado, que se convierte en un verdadero espacio de convivencia que determina lo que sucede en el mundo real y que tiende a fagocitar los espacios físicos de este. Los debates televisivos y parlamentarios se centran, cada vez más, en la búsqueda del titular en la red social. Cunde la impresión de que quienes debaten no lo hacen con el fin de aportar ideas para abordar los problemas y construir soluciones colectivamente, sino para alcanzar una fama inmediata en las redes sociales. En un círculo vicioso del que es difícil salir, la elección de los temas de interés y el modo de anunciar noticias se nutren de la lógica de la polémica. Twitter y otros instrumentos similares pasan a convertirse en generadores de noticias basura que alimentan las ediciones digitales de los periódicos y la comunicación radiofónica y televisiva. La lucha por el *trending topic* lleva aparejada la lucha por el índice de audiencia.

Las exigencias de los formatos (los 140 caracteres de Twitter, hoy ampliados) empuñan los debates y las reflexiones. Ningún problema social tiene fácil solución. Las interconexiones entre los problemas son múltiples. Jibarizando los debates y las reflexiones para ajustarse a esos formatos y a sus reglas con el solo propósito de destacar, únicamente se consiguen falsas respuestas.

En esos espacios desformalizados donde campan personas carentes de conocimiento experto, no son infrecuentes los análisis superficiales e interesados de la información judicial. Esa desformalización, por último, no pasa desapercibida al capital, que puede penetrar en esos nuevos espacios para conformar grupos de presión con sus propias agendas que trasladan a la opinión pública una información marcadamente sesgada. Esto es especialmente relevante en el ámbito de la justicia penal: sobre la base de sucesos anecdóticos descontextualizados, se potencia el miedo al delito y se promueven soluciones simplistas favorecedoras de determinados lineamientos políticos que desfiguran por completo el modelo penal constitucional.

ii) En relación con lo expuesto, otro de los logros de la Ilustración —la defensa de que la libertad del individuo implica distinguir entre hecho e interpretación, ciencia y

opinión, verdad e ideología— sucumbe en los dominios de la posverdad. El juicio a los integrantes de La Manada (cinco jóvenes acusados de un delito de violación cometido en el marco de las Fiestas de San Fermín en Pamplona y condenados por la Audiencia Provincial de Navarra como autores responsables de un delito de abuso sexual con prevalimiento: el Tribunal no entendió acreditada la intimidación y uno de los magistrados emitió un voto particular disidente absolutorio) constituye un buen botón de muestra. En una tertulia del programa *La sexta noche* emitido el sábado 31 de abril de 2018, hubo periodistas que, sin ningún rubor, hicieron afirmaciones sensacionalistas e inveraces; por ejemplo que los condenados por el delito a (tan solo) 9 años de prisión estarían en la calle en pocos meses. Otros comenzaron su intervención remarcando que no podían articular palabra ante la indignación y repulsión que sentían hacia la sentencia y los miembros del tribunal: el discurso basado en la razón fue reemplazado por la falacia y el sentimiento. Las intervenciones de otros periodistas en el mismo espacio evidencian claramente del nuevo estado de cosas («Yo no he visto el juicio, pero la prueba está mal valorada», o «Yo no sé Derecho, pero la interpretación de la norma es equivocada»). En definitiva, ha regresado la vieja búsqueda del sensacionalismo mediante la selección de sucesos capaces de generar el interés masivo y la apelación a los impulsos y las pasiones más elementales a través de las que incluso se fomentan formas de movilización, sentimentales o agresivas, cercanas al linchamiento.

iii) La lucha por la hegemonía en el discurso es otro factor no menos relevante. La posmodernidad reconoce la incapacidad de los movimientos políticos para actuar sobre la infraestructura de los problemas y suple esa incapacidad desviando la atención hacia los discursos. No cabe negar que, en cierto sentido, el discurso contribuye a construir la realidad, pero no puede compartirse la idea de que la determina. Los factores objetivos y externos siguen existiendo. En un retorno nominalista, se diría que el nombre hace a la cosa. A la vista de la reacción social generada por la sentencia del caso antes citado, cabe deducir que uno de los principales problemas radicó en que la acción de los acusados fuera calificada como «abuso» y no como «violación». No se cuestionó la pena, sino el fundamento de la condena, lo que sugiere que una mera reforma terminológica del Código Pena que calificara como constitutivos de violación todos los delitos contra la libertad sexual para distinguirlos luego en grados habría evitado en buena medida las críticas.

iv) La sociedad digital provoca una aceleración del tiempo caracterizada por una obsesiva atención hacia el acontecimiento presente, que se va renovando prácticamente a diario, relegando al olvido, también de forma inmediata, el pasado más reciente. Ello genera dos efectos: la necesidad de agotar la respuesta también de modo instantáneo y la aparición de la dictadura del corto plazo. Se habla de democracias aceleradas, en el sentido de que asume la convicción de que es posible conocer en tiempo real los deseos de la sociedad —como si esta fuera un todo homogéneo— y darles una respuesta política inmediata en una especie de democracia instantánea.

En el caso de La Manada, la velocidad de la reacción de la clase política, que se produjo prácticamente en tiempo real, es la más diáfana expresión de la desaparición del «tiempo largo» de la política y su reemplazo por el «tiempo instantáneo» de la demagogia. Y es más

que probable su conexión con el desprestigio de la política y de las instituciones representativas en la ciudadanía.

La duda que surge en este nuevo contexto es si debemos actualizar la reflexión sobre el significado del «papel preferente» de las libertades de expresión e información, en especial sobre el de los agentes que hacen de su ejercicio su profesión o medio de vida.

3. LA LIQUIDACIÓN DEL MODELO PENAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

También el modelo de Derecho penal y procesal constitucional, instaurado en España tras la promulgación de la Constitución de 1978 en línea con el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, parece haber entrado en crisis sin que haya llegado a tener la oportunidad de implantarse efectivamente. Si el progresivo desmantelamiento del Estado del bienestar, que tampoco llegó a consolidarse en nuestro país, generó gradualmente altas dosis de inseguridad existencial, hasta el punto de imposibilitar la planificación de proyectos vitales, la crisis económica de 2008 fue directamente instrumentalizada para reestructurar el diseño de los Estados mediante el condicionamiento de sus políticas económicas. Dicha labor de reestructuración, impulsada por los causantes de la crisis, fue facilitada por los poderes políticos, incapaces de resistir las demandas y exigencias de aquellos. Lógicamente, ello contribuyó a generar un caldo de cultivo que llevó a amplios sectores de la población a cuestionar radicalmente los comportamientos, las actitudes e incluso la propia legitimidad de los poderes públicos y, entre ellos, el poder judicial, particularmente en su rama penal.

No puede negarse que la «tentación populista» siempre ha estado presente en este sector del ordenamiento jurídico. Ahora bien, tras el asalto neoliberal a las posibilidades reguladoras de las democracias, la situación se ha agravado. Así, si el pacto social ya no puede fundarse en la asunción por los Estados de la obligación de erradicar las causas económicas y sociales de la vulnerabilidad y la incertidumbre de la ciudadanía (paro, desigualdad económica, explotación laboral...) que se dicen en manos de los mercados, y el poder político, precisado de legitimación, ha de buscar la fuente de legitimidad en otro lugar. Y la refundación del pacto social se basa en la redefinición en clave penal de todos y cada uno de los conflictos sociales. Se desplaza, en consecuencia, el foco de atención: desde la precariedad, la desigualdad y la incertidumbre generadas por el mercado a la inseguridad personal vinculada con el delito.

La simple lectura de los titulares de la prensa impresa o digital y de los mensajes y memes de las redes sociales ante cualquier episodio que da lugar a un proceso penal que adquiere el rango de caso mediático (cualidad adquirida en la mayor parte de las ocasiones no por la relevancia o interés público del asunto, sino más bien por el simple hecho de que se le dé publicidad) pone de relieve que bajo la superficie del caso laten tomas de postura que advierten del advenimiento de un nuevo (anti)modelo. Un modelo en el que el penal no es solo un subsistema integrado en el sistema de control social, sino que, dado el fracaso de otros subsistemas motivado precisamente por el derrumbe del Estado de bienestar,

pretende englobar la totalidad del sistema de control social. Un modelo en que, además, anticipa un nuevo enfoque del papel del Derecho penal y del poder judicial.

En el caso que utilizamos como paradigma (el juicio de La Manada), el análisis de los titulares de prensa, de las tendencias en Twitter o del tenor de las reivindicaciones en las numerosas manifestaciones ciudadanas convocadas a raíz del fallo puso en evidencia que la mayor parte de las personas no opinaba sobre si, en el caso enjuiciado, se había acreditado la hipótesis acusatoria A o la hipótesis defensiva B a la vista de las pruebas practicadas en el plenario, o sobre la corrección en la subsunción. La sentencia fue un mero pretexto para que los debates se ocuparan de otras cuestiones e introdujeran en el discurso público planteamientos que gozaron de un respaldo mayoritario, unos planteamientos que, por su alcance y relevancia para la salud del Estado constitucional, habrían merecido la apertura de espacios de reflexión y debate serenos y rigurosos. En concreto:

i) El proceso penal es un instrumento político. No es un instrumento o cauce limitador del poder, sino su extensión. Como instrumento político que es, las condenas o absoluciones son concebidas como éxitos o fracasos, respectivamente, de las concretas reivindicaciones subyacentes. Así, el juicio no fue un juicio a cinco personas acusadas de agresión sexual. Fue un juicio a la violencia sexual machista y al patriarcado. Toda absolución es un paso atrás. Toda condena que no sea ejemplar es una derrota.

ii) El Derecho penal se desentiende también de su clásica función limitadora del poder, con alguna particularidad añadida. Es conocida la distinción entre sus efectos instrumentales y simbólicos. Los primeros pueden modificar la realidad social mediante la prevención de los comportamientos prohibidos. Los segundos tienen por finalidad transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su influencia se reduce a las representaciones mentales. En cierto modo, toda norma penal desempeña esa doble función. Ahora bien, considerando la gran influencia que los medios y las redes sociales tienen en la agenda política y su poder para generalizar la asunción de determinados puntos de vista y actitudes y para conformar la opinión pública, el riesgo es evidente: acabar recurriendo al Derecho penal para abordar problemas cuya solución se encuentra en otro sitio.

iii) Solo es justo el Derecho penal duro y ejemplarizante. En esta línea, es llamativo que la izquierda y los movimientos sociales se estén convirtiendo en puntales al servicio de la estrategia punitivista de la derecha mediante la reivindicación del uso político del proceso penal y la función simbólica del Derecho penal. Era más que previsible que los debates y las movilizaciones de crítica a la sentencia acabarían siendo redirigidos políticamente, alimentando el populismo punitivo y traduciéndose en una nueva reforma al alza del Código Penal. No negamos que el Derecho penal sexual deba ser objeto de reforma. El problema radica en que, actualmente, cuando en el terreno de la legislación penal se sacrifica el eje izquierda/derecha —atravesado, a su vez, por los ejes liberal/conservador y libertad/igualdad— para recabar mayores adhesiones, el resultado, supuestamente consensuado y transversal, acaba incorporando una renovada impronta autoritaria.

iv) Es fácil distinguir entre el bien y el mal. Derecho y proceso penal abandonan la lógica de las técnicas y dispositivos de control y limitación del poder y se sitúan en la lógica del combate al mal. Toda persona está en condiciones de distinguir el bien y el mal. Si los

jueces no actúan en consecuencia es simplemente porque son cómplices del mal o porque no están preparados para combatirlo, dado que el trazado de aquella distinción está al alcance de cualquiera.

v) Esta concreta sentencia (que es apodícticamente mala, pues el Derecho penal está al alcance de cualquier persona) es un botón de muestra de la situación de la Justicia. Todo nuestro sistema judicial está aquejado del mal que la sentencia evidencia. Es paradójico que, en cuestión de días, el poder judicial pasó de ser un abanderado de la lucha contra la corrupción y un defensor de los derechos hipotecarios y arrendaticios de la población para engrosar las filas de los poderes oscuros que no han dejado todavía atrás los tenebrosos tiempos de la dictadura franquista.

vi) La independencia judicial tiene una vertiente conocida: ausencia de dependencia del ejecutivo. Pero tiene otra añadida: las resoluciones de los tribunales deben ser acordes con el sentir de la «opinión pública» —sea lo que fuere lo que signifique esta expresión— y deben administrarse y dictarse de modo ejemplar. Esa mención benévola al sentimiento del pueblo y a sus intuiciones sobre la justicia olvida que la mayor parte de nuestras garantías procesales, esenciales para calificar el sistema como democrático son conraintuitivas (*v. gr.*: derecho a guardar silencio *vs.* «quien calla es porque algo oculta») y que la democracia no solo se compone de instituciones demoparticipativas, sino también de instituciones demoprotectoras.

vii) Existe una suerte de «unidad de poder». En determinadas «luchas» (el empleo de la terminología bélica es sintomático), «todos estamos en el mismo barco».

El espacio del poder legislativo y el del poder ejecutivo (confundidos en la democracia de partidos) es, en síntesis, el de la definición y ejecución de políticas generales. La aplicación de esas políticas a las personas individuales exige la concurrencia de un poder judicial desligado de aquellas finalidades colectivas que asegure espacios reglados de debate respetuosos con los derechos, garantías e intereses en juego para resolver de forma imparcial el conflicto que se somete a enjuiciamiento. Obviamente, quienes juzgan aplican una normativa desarrollada con finalidades políticas colectivas, por lo que asumen un deber de lealtad institucional frente a la instancia que tiene democráticamente asignadas las decisiones sobre las mismas. Pero los jueces aplican normas y no optan entre criterios de oportunidad conforme a esas finalidades colectivas. El poder judicial asegura que se aplica lo que la norma dispone, pero no asume como propia la finalidad política que fundó la creación de la norma. Los contornos de esta relación son difusos y sumamente complicados. Lo que ahora interesa es poner de relieve cómo ha cambiado paulatinamente este enfoque.

En los últimos años ha ido elaborándose un nuevo discurso sobre esa relación. El poder judicial debe asumir como propias las finalidades políticas generales. El cambio de modelo es radical. Debe partirse de que, en gran medida, la legitimidad del poder judicial se justificaba en el hecho de que su decisión venía delimitada por la norma y debía ceñirse a la resolución del caso concreto con equilibrio de aquella norma y de los derechos, garantías e intereses de las personas concretamente afectadas. Sin embargo, ahora se reclama al poder judicial que asuma como propias esas finalidades políticas, al tiempo que se le recuerda que carece de legitimidad para cuestionar tales decisiones colectivas. La potencialidad de-

mocrática de una Judicatura constitucional reside en saber respetar el ámbito de decisión que corresponde a la política, si bien debe realizar una lectura de las normas acorde con los principios constitucionales destinada no a cuestionar las decisiones políticas, sino la aplicación a los casos concretos de las normas que han concretado esas decisiones, salvaguardando inexcusablemente los derechos fundamentales. Esos son los límites, pero al mismo tiempo las potencialidades del poder que los jueces detentan. Sin embargo, la nueva percepción de las relaciones rompe ese equilibrio. De acuerdo con ella, el poder judicial debe ser partícipe de las finalidades políticas colectivas, pero carece de legitimidad para cuestionarlas, por lo que ha de ser otro brazo ejecutor de esas políticas. El juicio ha dejado de ser un espacio de debate equilibrado para convertirse en la arena de la escenificación pública del triunfo de las políticas generales en la que se margina el caso concreto y se prioriza un resultado predefinido por aquellas políticas. Si eso no sucede, inmediatamente se señalará a un responsable: el juez, por no haber cumplido con su nueva función.

La proliferación de protocolos e instrucciones elaborados por el Consejo General del Poder Judicial —y pretendidamente elevados a rango de ley— con el propósito de que sean obligatoriamente aplicados por los jueces o la existencia de una institución como el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género con sede en el propio Consejo del Poder Judicial (no cuestionamos la necesidad de la existencia del organismo, sino su centralización en el seno del poder judicial) dan cuenta de este estado de cosas.

viii) Por último, en ese contexto de pretendida unidad de poder, la víctima real, potencial o ficticia, individual o asociativa, adquiere un papel protagónico antes desconocido. Hemos pasado de un modelo en el que los intereses de las víctimas reales quedaban englobados en los intereses públicos a otro en el que una heterogénea tipología de víctimas preside y orienta el debate político criminal. En contrapartida, el delincuente (también en una triple caracterización: real, potencial o ficticio) abandona la escena de la reflexión política crítica: se niega sin más la influencia, mayor o menor, de los problemas estructurales propios de una sociedad desarticulada en la comisión de un ilícito. Si el sujeto ha cometido el delito o está en disposición de hacerlo es por un puro acto de voluntad asociado a una personalidad malvada o ventajista que debe ser neutralizada.

En línea con lo anterior, el protagonismo de la víctima no solo tiene un estatuto político, sino también epistemológico. Así, en el terreno de la valoración probatoria penal va adquiriendo creciente respaldo la idea de que existe cierto tipo de denunciante cuyo testimonio debe creerse por definición. Siempre dice la verdad. Por tanto, si los jueces no convertimos su versión en una condena, debemos ser objeto de cuestionamiento. De hecho, en los asuntos mediáticos la normalización acrítica del concepto de «víctima» en el ámbito procesal antes de que se dicte sentencia de condena que declare su condición crea inevitablemente una razonable expectativa de condena que, si no se produce, genera incompreensión en la ciudadanía (si era la víctima, ¿cómo es que se absolvió al agresor?).

El planteamiento no puede ser abordado al margen del análisis político-procesal de fondo, y remite a dos cuestiones. Por una parte, el juicio se instrumenta como método de verificación de la hipótesis acusatoria. Por tanto, hasta que este no concluya no puede

afirmarse la existencia de víctima. El reconocimiento de esa condición no puede preceder a la valoración: es el resultado de dicha valoración.

Por otra parte, es conveniente distinguir el aspecto criminológico y el estrictamente procesal. Cuando se trata de valorar un testimonio, la piedra de toque es la presencia de elementos corroboradores externos. El único modo de sustituir un puro juicio de fiabilidad no controlable por un ejercicio racional de valoración es exigir la concurrencia de datos probatorios adicionales —obtenidos mediante la práctica de otros medios de prueba— atinentes a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento que avalen las manifestaciones de quien declara respecto a un hecho o circunstancia que guarda relación con el hecho referido directamente por el testigo y cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por este. Tratándose de la declaración no corroborada del testigo único, esa valoración racional e intersubjetivamente fiscalizable no es posible. Se convierte, como hemos dicho, en un mero ejercicio de fe: creemos al testigo y no creemos al acusado simplemente porque el primero genera confianza. Pues bien, el mantenimiento de un sistema procesal que acepta como prueba de cargo la declaración no corroborada del testigo único siempre genera problemas de compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia: si el acusado guarda silencio o niega los hechos y el testigo los afirma, ¿qué dato adicional, agregado al simple hecho de que el testigo único formula una inculparción, es el que nos persuade? Obviamente, no podemos servirnos de falacias normativistas (dado que el testigo tiene obligación de decir la verdad, dice la verdad; dado que el acusado tiene «derecho a mentir», no dice la verdad). Pero tampoco es lícito servirnos de elementos provenientes del ámbito de la criminología, pues no nos interesa saber qué es lo que estadísticamente suele suceder en determinados contextos, sino si ha sucedido o no los hechos sometido a enjuiciamiento.

Con todo, actualmente se admite la posibilidad de que recaiga una condena sobre la base del testimonio no corroborado. Sin embargo, la decisión política es errónea sobre la base de dos órdenes de razones. En primer lugar, desde el punto de vista epistemológico es preciso hacer referencia a las altísimas tasas de error a que conducen los simples juicios de fiabilidad. En segundo lugar, desde la perspectiva político-institucional cabe señalar tres poderosas objeciones: *a)* las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente, de modo que cuantos menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, más limitados serán los esfuerzos orientados a investigar y acreditar los hechos tanto de los cuerpos policiales como los órganos de la investigación y acusación. Y a la inversa: mayores niveles de exigencia estimulan el desarrollo de mejores investigaciones y espolean el acopio de pruebas de distinto origen; *b)* las resoluciones de condena que no toman en consideración elementos corroboradores no son intersubjetivamente compatibles y no pueden ser racionalmente controladas a través del sistema de recursos; por último, *c)* un sistema que permite que las condenas se basen en testimonios únicos no corroborados compromete seriamente la presunción de inocencia. Y es que no es fácil justificar por qué, en este particular contexto probatorio, debemos conceder mayor credibilidad al testigo que al acusado: este puede ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en sus manifestaciones u optar por guardar silencio, supuesto, este

último, en el que no es legítimo extraer conclusiones negativas del ejercicio del derecho fundamental que le reconoce el artículo 24.2 CE.

Si trasladamos nuestra reflexión al juicio del caso de La Manada, conviene hacer alguna precisión adicional. Es evidente que existe un problema de desigualdad estructural entre hombres y mujeres, problema que subyace a conflictos de muy diversa naturaleza, que se refleja en numerosos ámbitos de nuestra organización social y cuya visibilización es cada vez mayor. Son también evidentes tanto la insuficiencia de las respuestas políticas a ese problema estructural y sus manifestaciones como la necesidad de articular soluciones colectivas para abordarlo. Con todo, debe preocuparnos el hecho de que el debate de fondo sobre la desigualdad de género se amalgame con otros que remiten a cuestiones que tienen que ver con presupuestos distintos y que se acabe defendiendo que todos ellos se encuentran vinculados. El lema «Yo sí te creo», de gran virtualidad y potencia política y comunicativa, no puede recepcionarse acriticamente en el ámbito del proceso penal.

4. UN PROGRAMA MÍNIMO DE PROPUESTAS

No cabe cuestionar el derecho de la ciudadanía y de los medios de comunicación a someter a crítica toda resolución judicial, como sucede con cualquier otro acto de un poder público democrático. Sin embargo, y cada vez con más frecuencia, el discurso mediático se transforma en un verdadero ejercicio de linchamiento que sirve fundamentalmente para expandir ideas y posiciones de difícil encaje en un Estado que se pretende constitucional.

Esta situación debe servirnos para reflexionar y aprender, pues el nuevo escenario social está aquí para quedarse. Y en este marco, las actitudes corporativas o puramente «defensistas» (*vid.*, en este sentido, los comunicados de todas las asociaciones judiciales o del presidente del Consejo General del Poder Judicial) son insuficientes en una sociedad en red en la que amplios sectores cuestionan radicalmente decisiones, comportamientos, actitudes e incluso la propia legitimidad de los poderes públicos. Determinadas respuestas pueden producir un efecto contraproducente y aumentar la distancia respecto a la sociedad —y la soledad de un poder que cada vez se percibe más lejano—. La imagen del presidente del tribunal del caso de La Manada leyendo en audiencia pública la sentencia desde el estrado, solo, togado y utilizando un lenguaje técnico y no accesible al ciudadano lego solo sirvió para acrecentar la distancia entre el órgano jurisdiccional y los cientos de ciudadanos y ciudadanas que se manifestaban espontáneamente en los alrededores del Palacio de Justicia expresando su descreimiento hacia el sistema.

Algunos representantes judiciales intentan abrirse paso en este nuevo escenario empleando determinadas herramientas y técnicas comunicativas. Sin embargo, cuanto más compleja es una idea, más difícil resulta su difusión generalizada, y en no pocas ocasiones los buenos propósitos no sirven sino para apuntalar la percepción extendida de que existen intuiciones populares sobre el significado de la justicia y el sentido común jurídico que deben salvaguardarse, pese a que generalmente se trata de distorsiones incompatibles con la

lógica institucional de la jurisdicción que son producto de las apariencias o las pasiones — como denunció lúcidamente Bourdieu—. Por otra parte, el no infrecuente paso de algunos jueces (en especial, desde las direcciones de las asociaciones judiciales) a la política puede generar dudas sobre los propósitos comunicativos y las agendas de quienes intervienen en esos espacios.

Se impone un abordaje integral y consensuado —con espacio para las asociaciones— de la política de comunicación del poder judicial. Si la ciudadanía ha acabado percibiendo a la policía como un «poder amigo» y a la magistratura como un poder del que desconfiar, hay algo sobre la particular posición de la judicatura en el Estado constitucional que no se ha transmitido adecuadamente. Ese abordaje debería combinar los aspectos discursivos centrales (para qué sirve un juez, por qué su rol es diferente que el de un fiscal, un policía o un abogado, qué es un proceso, por qué son distintos los espacios de la política y del Derecho, cuáles son sus puntos de conexión, etc.) con las nuevas herramientas de transmisión de ideas e informaciones y realizar una acción comunicativa permanente, proactiva y no simplemente reactiva. En especial, ha de protocolizarse la respuesta frente a los asuntos que devienen mediáticos, dado el modo en que la sociedad digital interfiere en el proceso. Nos referimos, concretamente, a aspectos tales como los siguientes:

i) Tomar en serio las medidas para evitar la anticipación de la condena «impuesta» a través del tratamiento mediático. La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, constituye un buen punto de partida. A poco que reflexionemos sobre ello, se trata de poner diques al intento de demolición del proceso de la presunción de inocencia, en expresión de Vives Antón, y combatir el (anti)modelo del proceso penal de la peligrosidad presunta, con todas sus ramificaciones e implicaciones procesales y extraprocesales (entre ellas, la creencia de que se puede predecir el comportamiento personal futuro y erradicar el delito anticipadamente).

ii) Es pertinente la intervención activa de los responsables de comunicación del CGPJ en los medios y redes sociales desde el mismo arranque del proceso a fin de explicar las características específicas del proceso y de la jurisdicción con imparcialidad, pero con inteligencia. El discurso institucional no puede ser neutral. Los valores de la jurisdicción tienen que ser defendidos y divulgados públicamente por quienes tienen competencia a tal efecto, especialmente aquellos que son naturalísticamente contraintuitivos.

iii) A tal efecto, es fundamental la adopción de medidas que muestren a la ciudadanía el papel imparcial de los juzgadores y su estatuto diferenciado del resto de agentes que intervienen en el ámbito de la persecución del delito. En esta línea, residenciar determinadas instituciones —*v. gr.* determinados observatorios sobre ciertas categorías de delitos— en ámbitos distintos al del poder judicial (*v. gr.* la Fiscalía) clarificaría las posiciones de cada sujeto institucional. Debe romperse la idea, cada vez más acentuada, de que existe una «unidad de poder».

iv) En la misma línea, el Informe nº 7 de 2005 («Justicia y Sociedad») del Consejo Consultivo de Jueces Europeos contiene algunas sugerencias de gran utilidad. Así:

– La formación deontológica de jueces y de todo el personal al servicio de la Justicia para su sensibilización (*v. gr.* trato imparcial y sin prejuicios por razón de raza, sexo, religión, origen étnico o posición social).

– La adopción de determinadas medidas que evidencien y refuercen esa imparcialidad, así como el respeto debido a la ciudadanía en las propias sedes judiciales: por ejemplo, permitir a los acusados declarar sin estar esposados o que quienes declaren lo hagan sentados.

– Explicar con claridad a todos los intervinientes en el proceso la naturaleza y el objeto de su intervención (testigos, jurados, etc.).

– Emplear un lenguaje accesible, sencillo y claro, sin perjuicio de la motivación necesaria. En esta línea, se hace necesario evitar, en la medida de lo posible, la desmesurada extensión de las resoluciones, que pierden la escala humana y se convierten en ilegibles (en el caso de La Manada, la redacción de 134 páginas para sentenciar un delito sexual episódico constituye una muestra palmaria del temor a la incompreensión de la opinión pública destinataria, pero esta «hipermotivación» produce un efecto contrario al buscado, ya que dificulta la identificación de la *ratio decidendi* y propicia que se atribuya el carácter de argumento esencial a ramificaciones secundarias del razonamiento). Posiblemente, eliminar las referencias jurisprudenciales del cuerpo de las resoluciones judiciales y sustituirlas por simples notas a pie de página podría contribuir a localizar las razones centrales de la decisión. Por otra parte, si la sentencia se lee en audiencia pública, habría que buscar mecanismos de publicidad más próximos que facilitarían la comprensión de la resolución (notas de prensa, como las que emite la Sala Segunda del TS).

No se trata, sin duda, de una tarea fácil. En un contexto mundial marcado por la destrucción del modelo de bienestar, la desigualdad social y la precariedad personal es natural que el foco de la reflexión ciudadana no sea el estado de salud del sistema penal, especialmente cuando las explicaciones volitivas sobre la delincuencia han alcanzado gran predicamento en desmedro de las aproximaciones estructurales —que han sido intencionadamente desacreditadas—, lo que produce un efecto de extrañamiento en persona involucrada en un proceso penal. Si bien no cabe empatizar con quien se percibe como enemigo, el modelo constitucional de intervención penal no ha de diseñarse, parafraseando a Von Hirsch, como algo que «nosotros» instauramos para prevenir que «ellos» delincan y castigarles en consecuencia, sino como un sistema inclusivo que los ciudadanos libres diseñamos para autorregularnos. Ciertamente, mientras las estructuras y relaciones económicas vigentes se mantengan, las posibilidades de incidencia en otros planos se hacen más difíciles. Es natural albergar, por tanto, cierto pesimismo. Entretanto, sin embargo, tenemos la obligación institucional de operar en aquellos ámbitos en los que sea posible.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.