

## De la plaza pública a las redes sociales: el escrache digital como nueva variante de punición

### From public squares to social media: online shaming against presumptive criminals as a new variant of punishment

*Guido Bastus\**

#### **Resumen**

El presente artículo indaga respecto de los escraches digitales en el marco de las redes sociales, y su posible categorización como nueva variante de punición. Seguidamente, se desarrollan sus puntos problemáticos a la luz de las teorías de las penas y las garantías constitucionales involucradas. Para finalizar, se propone una solución que, dentro del mismo ámbito digital, medie con el mayor respeto y equidistancia posible entre los principios constitucionales de libertad de expresión, derecho de defensa y presunción de inocencia.

**Palabras clave:** redes sociales – castigos vergonzantes – métodos de punición – teorías de las penas – tematización de agenda – presunción de inocencia – libertad de expresión – teoría del etiquetamiento – derecho a réplica

#### **Abstract**

The article inquires about online shaming against presumptive criminals, and its possible tagging as a new variant of punishment. Subsequently, the paper analyses its implications in the light of the Theories of Punishment and the constitutional rights involved. Finally, the author proposes a solution within the same digital structure, that mediates with the greatest possible respect and equidistance between the constitutional principles of freedom of speech, right of defence, and presumption of innocence.

**Key words:** social media – shaming sanctions – modes of punishment – theories of punishment – agenda setting – presumption of innocence – freedom of speech – right to reply

---

\*Abogado con orientación en Derecho Penal por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Diploma de honor). Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de San Andrés. Abogado con ejercicio profesional en las áreas de Derecho Penal y Derecho Penal Económico en Kaplun & Rubinska Abogados.

## I. Introducción

Los acelerados avances tecnológicos demuestran que todos los aspectos de la vida social humana –otrora tangibles y presenciales– encuentran en la actualidad su correlato en el mundo virtual. Solo por mencionar algunos ejemplos, se ha desarrollado (y se continúa desarrollando) un proceso de digitalización en los campos de la comunicación (correos electrónicos, videollamadas, servicios de mensajería virtual, etc.), la identidad (redes sociales, juegos virtuales), el comercio (*e-commerce*), el entretenimiento (series, películas y artistas en el mundo digital), las relaciones humanas (plataformas virtuales), la educación e imprenta (carreras, cursos y editoriales online), el trabajo (teletrabajo, empleos relativos al mundo digital), el dinero (criptomonedas, plataformas virtuales de pago) y el deporte (*e-sports*), entre muchos otros.

El derecho penal y la criminología no resultan ajenos a este proceso de digitalización. Así como en los últimos tiempos han florecido los cibercrimes, en esta última década caracterizada por la irrupción de las redes sociales, se observan con mayor generalización los denominados escarnios o escraches digitales como método de punición alternativa, pública, masiva, informal, instantánea, gratuita, de propia mano y por fuera del sistema de administración de justicia estatal.

De este modo, hemos regresado a un método de punición que fomenta el avergonzamiento público de sujetos señalados de cometer delitos, tal como era usual en plazas o centros públicos, típicamente en la Edad Antigua y en la Edad Media.<sup>1</sup> Con la diferencia de que este método de humillación, ahora, es practicado por fuera de la intervención y control estatal. En este sentido, los escraches digitales traen a flote cuestionamientos inherentes a la pena pública, al tiempo que brindan novedosos desafíos, propios al medio en el cual confluyen.

## II. Castigos vergonzantes (*Shaming sanctions*)

Los castigos vergonzantes han sido definidos como toda depravación ritualizada tendiente a categorizar a un sujeto como indigno del respeto y de la consideración que merecen los miembros virtuosos de una comunidad.<sup>2</sup> Tienen, al mismo tiempo, el

---

<sup>1</sup> Patricia Zambrana Moral, “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII* (2005): 197 – 229.

<sup>2</sup> Dan M. Kahan, “What’s Really Wrong with Shaming Sanctions”, *Tex. L. Rev.* 84 (julio 2006): 2075.

propósito de efectuar una condenación social y moral que provoca vergüenza en el justiciable<sup>3</sup> a través de la inducción de una experiencia emocional negativa para este.<sup>4</sup>

En este sentido, la vergüenza empleada como castigo se ha observado históricamente en métodos extremadamente crueles, indignos y violentos. Ejemplo de ellos son las marcas en la piel del delincuente con la inicial del delito cometido, exilio de sus tierras; como así también vejaciones, latigazos, torturas y asesinatos públicos en plazas u otros espacios de publicidad masiva.<sup>5</sup>

Sin perjuicio del contenido retribucionista de este tipo de castigos, el exagerado rigor de la pena se justificaba a efectos disuasivos.<sup>6</sup> Tal como observa Foucault: “En el suplicio corporal, el terror era el soporte del ejemplo: miedo físico, espanto colectivo, imágenes que deben grabarse en la memoria de los espectadores, del mismo modo que la marca en la mejilla o en el hombro del condenado”.<sup>7</sup>

En épocas más modernas, se han observado castigos vergonzantes en obligaciones impartidas por jueces de otros países a fin de que, por ejemplo, los sujetos declarados culpables porten carteles publicitando la ofensa cometida, vistan determinadas ropas que los estigmaticen como cierta clase de delincuentes, efectúen disculpas públicas o comuniquen a la población el delito cometido a través de un espacio pago en televisión.<sup>8</sup>

En relación con este tipo de castigo, la literatura norteamericana ha enarbolado un largo debate doctrinario.<sup>9</sup> Kahan, disparador de la discusión (que, 10 años después, se retractaría de su posición),<sup>10</sup> puso en tela de juicio la tradicional idea de pena de prisión y resaltó comparativamente cuán económico y eficaz resulta, por el contrario, la imposición de los castigos vergonzantes como pena alternativa. En particular, destacó

---

<sup>3</sup> Toni M. Massaro, “Shame, Culture, and American Criminal Law”, *Michigan Law Review* 89, no. 7 (junio 1991): 1886.

<sup>4</sup> Daniel Schwarcz, “Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law”, *Harv. L. Rev.* 116, no. 7 (mayo 2003): 2186-2207.

<sup>5</sup> Massaro, “Shame, Culture and American Criminal Law”, 1881.

<sup>6</sup> Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de Criminología*, 3ra ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003), 989.

<sup>7</sup> Michael Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 1ra ed. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2002), 102.

<sup>8</sup> Massaro, “Shame, Culture, and American Criminal Law”, 1882.

<sup>9</sup> Kate Klonick, “Re-Shaming the Debate: Social Norms, Shame, and Regulation in an Internet Age”, *Maryland Law Review* 75, no. 4 (2016): 1029-1065.

<sup>10</sup> Kahan, “What’s Really Wrong with Shaming Sanctions?”, 2.

que los castigos vergonzantes ofrecen un contenido adicional que no poseen las penas convencionales, que es la expresa condena y desaprobación de la sociedad.<sup>11</sup>

Al respecto, Tony Massaro criticó esta postura al desarrollar que el poder del castigo vergonzante para modificar el comportamiento individual es, en realidad, muy dependiente del perfil del victimario, la comunidad en la que está inserto y el crimen en cuestión.<sup>12</sup> Según el autor, se trata de un tipo de pena de imposible calibración como proporción al delito cometido e inhibe la reintegración social del individuo.<sup>13</sup>

Entre otros argumentos, Whitman se sumó a la discusión y sostuvo que el Estado no debía fomentar estos castigos, dado que este tipo de coerción le estaba vedada por motivos morales. Agregó que los castigos vergonzantes promovían el disturbio popular, la justicia del linchamiento y la pérdida del control estatal en la punición.<sup>14</sup> Ahora bien, cabe preguntarse, ¿Cómo opera este castigo en el terreno digital?

### III. El escrache digital como tipo de castigo vergonzante

El escrache digital encuentra su medio natural en las redes sociales. Twitter, Instagram, Facebook, YouTube y TikTok son algunas de las plataformas en las que, en la actualidad, la desaprobación social puede adquirir un efecto masivo y mundial.

Es que, justamente, los algoritmos que fundan el funcionamiento de esta clase de aplicaciones están diseñados de manera tal que el contenido allí cargado circule de forma exponencial entre los diversos dispositivos y usuarios de la red. Es decir, la acelerada difusión de opiniones es la base y condición de existencia de este tipo de plataformas y, en efecto, es fomentada estética, funcional y comercialmente por estas.

Cuando en las redes sociales una persona es acusada de cometer un delito y determinados usuarios emiten un juicio de reprobación al respecto (sin que importe la rigurosidad técnica, valor argumentativo o genuina intención del replicante), la acusación luce representativa de la realidad a los ojos de los miembros de la comunidad digital. Esto ocurre por la mera concurrencia de simples pero numerosos *clicks* que contribuyen, cada uno y colectivamente, al escarnio aquí analizado. Estas publicaciones

---

<sup>11</sup> Dan M. Kahan, "What Do Alternative Sanctions Mean?", *The University of Chicago Law Review* 63, no. 2 (1996): 591-653.

<sup>12</sup> Toni M. Massaro, "The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform", *Psychology, Public Policy, and Law* 3, no. 4 (1997): 645-704.

<sup>13</sup> Massaro, "The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform", 645-689.

<sup>14</sup> James Q. Whitman, "What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?", *Yale Law Journal* 107, no. 5 (1998): 1079.

influyen, por su masiva adherencia, cierta forma de pensar al usuario que interactúa con tan numerosas y vehementes opiniones (como se verá más adelante, “efecto arrastre” o “*Bandwagon effect*”).<sup>15</sup>

Así, mediante los escraches digitales se busca, a través de la colectivización de la condenación social y moral, promover una experiencia emocional vergonzante para el sujeto apuntado: su difamación a nivel masivo.<sup>16</sup> De este modo, se logra su consecuente categorización social como indigno del respeto y de la consideración que merecen los miembros virtuosos de la comunidad.

Entonces, en el caso particular de los escraches digitales, el avergonzamiento se presenta por partida doble, puesto que no solo posiciona masivamente al sujeto en un estatus de ser indigno de respeto y consideración dentro de su mundo real, sino que, además, en un mundo cada más interdependiente de las interacciones virtuales, lo denigra e inhibe en el marco del ámbito digital.

#### **IV. Entonces, ¿el escrache digital es un tipo de pena?**

Conforme expone Harcourt, si bien una definición clásica de pena circunscribe a esta como una aflicción impuesta por una autoridad sobre una persona en virtud de la supuesta comisión de una infracción previa, Joel Feinberg ha dotado a la ciencia criminológica un nuevo enfoque. A efectos de diferenciar la pena de otras sanciones jurídicas, destaca en ella su naturaleza esencialmente expresiva, contenedora de una significancia simbólica de la cual adolecen el resto de las sanciones.<sup>17</sup>

Por consiguiente, esta nueva concepción entiende que la definición de pena debe tener en consideración no solo el dolor impuesto, sino también la condena moral y la reprobación simbólica en la que incurre la medida en cuestión. Es decir, la pena, para ser considerada como tal, debe presentar dos facetas: la conducta condenatoria en sí y su significado simbólico de desaprobación moral.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Catherine Marsh, “Back on the Bandwagon: The Effect of Opinion Polls on Public Opinion. *British Journal of Political Science*”, *British Journal of Political Science*, Cambridge University Press 15, no. 1 (enero 1985): 51-74.

<sup>16</sup> Schwarcz, “Shame, Stigma, and Crime”, 116.

<sup>17</sup> Bernard E. Harcourt, “Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review* 5, no. 1 (abril 2001): 146, con cita a Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton: Princeton University Press, 1970), 95-118.

<sup>18</sup> Harcourt, “Joel Feinberg on Crime and Punishment”, 159 y Kahan, “What’s Really Wrong with Shaming Sanctions”, 5.

En el caso del escrache digital, este efectivamente contiene la conducta condenatoria del escarnio público. Además, posee la particularidad de que resulta en sí mismo, intrínsecamente, un método de reprobación simbólica. Por lo que no caben dudas al categorizarlo como una pena.

## V. Análisis a la luz de las teorías de las penas

Sin que pueda afirmarse que el ejercicio de este nuevo tipo de punición pueda corresponder excluyentemente a una u otra teoría de la pena, bien puede concluirse que, como castigo vergonzante, los escraches digitales *pueden* responder a la lógica de variadas justificaciones punitivas, con las siguientes virtudes y limitaciones.

En primer lugar, la teoría *retribucionista*, que tiene como mayores exponentes a Kant y a Hegel, no encuentran ningún tipo de fin social útil en la pena.<sup>19</sup> La lógica hegeliana sostiene que, mientras el delito es la negación del derecho, el castigo supone la anulación del delito y, consecuentemente, el restablecimiento del derecho.<sup>20</sup> El castigo, en este sentido, se debería calcular de modo tal que sea proporcional al daño incurrido, en un ejercicio propio de la Ley del Talión.

Bajo el paradigma de esta teoría, el escarnio público digital no respondería a un fin socialmente útil, sino que el castigo del escrachado encuentra respuesta en el solo merecimiento del autor de ser avergonzado por haber cometido la ofensa,<sup>21</sup> como modo de restablecimiento del derecho lesionado a la presunta víctima.

Si bien el escrache digital encuentra una justificación válida desde la óptica retribucionista, esta teoría en sí resulta extendidamente criticada. La doctrina ha entendido que la eventual supresión del mal causado por el presunto delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia: en realidad, el mal de la pena institucionalizado por el Estado se suma al mal del delito, sin que exista un genuino restablecimiento del daño primigenio.<sup>22</sup>

En segundo lugar, la teoría de la *prevención especial* (principalmente auspiciada por la escuela alemana de von Liszt y la escuela del positivismo criminológico italiano)

---

<sup>19</sup> Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996), 12.

<sup>20</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 2da ed., trad. Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 83.

<sup>21</sup> Massaro, "Shame, Culture and American Criminal Law", 1882.

<sup>22</sup> Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, 13.

sostiene que la pena encuentra fundamento en la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, es decir, evitar la reincidencia. De acuerdo con von Liszt, la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, con el fin de corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo. Más específicamente, la *prevención especial positiva* trata de evitar la reincidencia para intentar neutralizar las causas que gravitaron sobre el autor, a quien se procura adaptar mediante tratamientos de resocialización.<sup>23</sup>

En este sentido, el escrache digital podría plantearse *a priori* como promotor de reflexión en el castigado: exponerlo y hacerlo observar la masividad comunitaria del reproche, eventualmente, lo podría hacer entrar en razón respecto de lo equivocado de su conducta para que no reincida.

Sin embargo, todo sujeto escrachado por determinado delito queda eternamente categorizado en el terreno digital y, consecuentemente, en el mundo real, como un delincuente. A partir de la teoría del etiquetamiento (*Levelling approach*) desarrollada por Howard Becker, se puede observar cómo la sociedad, en un juego de relación de poder, coloca a los sujetos que cometen delitos un rótulo de marginado o relegado social (*outsiders*). Así, la desviación no es una cualidad del acto que la persona comete, sino una consecuencia de la aplicación de reglas y sanciones, en manos de la sociedad, sobre el "infractor".<sup>24</sup>

Por ello, identificar a una persona como desviado en general y tratarlo como tal, negándole los medios que disponen las personas para llevar una vida "normal" – desviación primaria– tiene la consecuencia de producir lo que Becker denomina una "*profecía autocumplida*".<sup>25</sup> Ello, ya que la persona comienza a comportarse, como forma de adaptación, tal como los otros la ven –desviación secundaria–.<sup>26</sup>

Es decir, si concebimos la pena con un fin prevencionista, no puede descartarse que etiquetar la identidad de una persona como "delincuente de 'X' delito" no termine por

---

<sup>23</sup> Esteban Righi, *Derecho Penal - Parte General* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 65., con cita a Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II.*, trad. Luis Jiménez de Asúa, 4ta ed. (Madrid: Reus, 1999), 10 y Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar.), 59.

<sup>24</sup> Howard Becker, *Outsiders, hacia una sociología de la desviación* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2009), 28.

<sup>25</sup> Becker, *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*, 53.

<sup>26</sup> Edwin Lamert, "Estructura social, control social y desviación", en *Anomia y conducta desviada*, ed. Marshall Ciflard (Buenos Aires: Paidós, 1967): 87.

producir una marginación del sujeto, al punto que adopte tal identidad y actúe conforme a ella.

Por consiguiente, el aspecto neurálgico del escrache digital que lo hace lucir contradictorio con los fines de la prevención especial positiva está dado por el hecho de que, al permanecer los escarnios en las redes y motores de búsqueda digital, la persona que cometió un delito encontrará serias barreras en su posterior vinculación social y laboral. Esto inhibe los fines de resocialización procurados por esta teoría ya que basta con que cualquier allegado o potencial empleador busque su nombre en las redes para inhibir la reinserción social del sujeto. Dice respecto de la pena eterna, Michel Foucault:

¿Qué utilidad tendría si hubiera de ser definitiva? Una pena que no tuviera término sería contradictoria: todas las coacciones que impone al condenado y de las que, una vez vuelto virtuoso, no podría jamás aprovecharse, no serían ya sino suplicios, y el esfuerzo hecho para reformarlo serían trabajo y costo perdidos por parte de la sociedad.<sup>27</sup>

En tercer lugar, la teoría de la *prevención general* procura la utilización de la pena como herramienta social de evitación futura del delito.

Así, la teoría de la *prevención general negativa* no ve el fin de la pena ni en la retribución ni en su influencia sobre el autor particular, sino en la influencia sobre la comunidad. Esta, al visualizar colectivamente las prohibiciones legales y las consecuencias del incumplimiento, se abstendría de cometer aquellas conductas amenazadas.

Paul v. Feuerbach, principal impulsor de esta concepción criminológica, desarrolló la teoría psicológica de la coacción, que implica que la pena debe provocar en la psiquis del indeciso una sensación de desagrado, una "coacción psíquica" tal que prevalezcan los esfuerzos por abstenerse de cometer delitos por sobre el deseo de cometerlos.<sup>28</sup>

Trasladado al caso del escrache digital, el objeto del escarnio sería enviar un mensaje a la sociedad en general: ciertas conductas provocan el reproche y castigo social. Así, se disuadiría a otros sujetos de llevar adelante comportamientos semejantes, dado que, de hacerlo, serían susceptibles de recibir una humillación igual o similar a la que ejemplificativamente han visto en el primer sujeto escrachado.<sup>29</sup> Ello, con el agravante de la amenaza de sufrir una reprobación que, en ocasiones, puede ser incluso

<sup>27</sup> Foucault, *Vigilar y castigar*, 99.

<sup>28</sup> Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, 83.

<sup>29</sup> Foucault, *Vigilar y castigar*, 96. Abstractamente, respecto de la prevención general, dice allí Foucault: "Encontrar para un delito el castigo que conviene es encontrar la desventaja cuya idea sea tal que vuelva definitivamente sin seducción la idea de una acción reprobable".

más disvaliosa y temible: la practicada públicamente a los ojos del círculo social inmediato del apuntado.<sup>30</sup>

Por último, la teoría de la *prevención general positiva* ve a la pena como un medio para el sostenimiento y fortalecimiento de la confianza en el poder de existencia e imposición del orden jurídico.<sup>31</sup> Al trazar su correlatividad con el tipo de pena que aquí se estudia, el escrache coadyuvaría a interpretar que el sistema de represión social vergonzosa se encuentra vigente, como pauta de “ejercicio en la fidelidad al derecho”. A su vez, tendría un efecto de confianza emergente en el ciudadano que observa la preeminencia del Derecho, o más particularmente, la preeminencia de ciertos valores y el correspondiente sistema de castigo social.

Sin embargo, sin perjuicio de las señaladas virtudes del escrache digital en términos de prevención general, coexisten, al mismo tiempo, serias objeciones a la luz de los estándares constitucionales imperantes en nuestro sistema jurídico.

## VI. Objeciones a la luz de las garantías constitucionales

La problemática más evidente está relacionada con la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Naturalmente, el fervor popular no aguarda con paciencia el devenir de una investigación y condena judicial firme, sino que, por el contrario, la reprobación social pública es exteriorizada con fervor en el momento en el que se toma conocimiento del presunto disvalor de la acción.

Se evidencia un serio problema, puesto que, de esta manera, sin una mínima corroboración de hechos, sin que se oiga la versión del acusado y sin que se valoren las pruebas existentes, se podría aniquilar el perfil social, laboral y académico de una persona y su familia. Incluso mediante una acusación falsa, que quedará en los registros de los portales de búsqueda y redes sociales de forma permanente, con el agravante de que –en la mayoría de las ocasiones– es noticia la acusación, pero no la sentencia que, a través de un procedimiento judicial reglado, arriba a una eventual sentencia absolutoria.

---

<sup>30</sup> David M. Kennedy, *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, trad. Luciana Morón (Madrid: Marcial Pons, 2016). Allí, el autor hace referencia a numerosas investigaciones que arrojan como conclusión que las penas informales resultan incluso más efectivas que las formales. Por ejemplo, con cita a Charles R. Tittle, expone que: “el miedo a perder el respeto de las personas que uno conoce personalmente era el factor disuasorio más importante; las sanciones formales eran relevantes, pero no más que «la probabilidad del mero descubrimiento por alguien que desaprobaba esa conducta”.

<sup>31</sup> José Milton Peralta, “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de “prevención general positiva””, *Indret* 2 (abril 2008): 9 con cita a Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I*, 4ta ed. (Munich: CH Beck, 2006).

Así pues, el escrache digital, como pena adelantada, resulta lesiva de las garantías de presunción de inocencia y defensa en juicio (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, arts. 8.2 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) al punto que pone en jaque el argumento retribucionista de merecimiento ¿Merece una pena quién no ha podido ejercer una debida defensa, ni fue previamente juzgado? Y por extensión, ¿merece una pena, aquel que por imperio constitucional es inocente?

Realísticamente, en la opinión digital, no puede exigirse que la condena social venga precedida de un *procedimiento previo a la sentencia*<sup>32</sup> y de una *sentencia judicial de condena firme*,<sup>33</sup> como sí se requiere en términos formales, a modo de antesala de una pena tradicional. Pero, como se verá en el capítulo subsiguiente, sí podemos aspirar al respeto adaptado de ciertas garantías mínimas.

Otro serio inconveniente en los escraches digitales está relacionado con el sesgo informacional con el cual es efectuado, recibido y reproducido.

En primer lugar, tal como explica Varona Gómez mediante estudios de campo, la percepción ciudadana sobre la delincuencia no proviene normalmente de la propia experiencia, sino de la información recibida.<sup>34</sup>

“(U)n periódico es, ante todo, una propuesta de jerarquía de la realidad”,<sup>35</sup> ya que la sociedad tiende a sobredimensionar (o bien, subdimensionar) la valoración de la problemática criminal en función de la importancia asignada por los medios a determinados delitos (“*Agenda-setting*” o “tematización de la agenda”). Sin embargo, no solo los medios fijan la agenda pública –la importancia percibida de los asuntos sociales–, sino que también dictan al público, mediante cierto *framing* (encuadre noticioso), una forma de pensar sobre aquellos asuntos.<sup>36</sup>

A la luz de lo que sucede hoy con las redes sociales, fenómenos similares se presentan cuando los medios determinan el objeto del debate, su valoración y preocupación por parte de la ciudadanía (“*agenda setting*”); o cuando, en épocas de ejecuciones públicas, la elección de uno u otro delito a castigar mediante espectáculo determinaba cierto grado de reprobación de dichas conductas. Así, de manera análoga,

<sup>32</sup> Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2da. ed. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 488.

<sup>33</sup> Maier, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 478.

<sup>34</sup> Daniel Varona Gómez, “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret* (enero 2011): 27.

<sup>35</sup> Varona Gómez, “Medios de comunicación y punitivismo”, 4.

<sup>36</sup> Varona Gómez, “Medios de comunicación y punitivismo”, 4.

en las redes sociales, la concepción relativa de la gravedad de las conductas está determinada por el grado de interacción y condena previamente efectuada por los demás usuarios de la plataforma.

Es decir que, a mayor cantidad de “retuits” o “me gusta”, mayor será la relevancia y condenación intersubjetiva asignada por el usuario que entra en contacto con el contenido interactuado respecto del delito en cuestión y el presunto ofensor en particular. Así, hará más propenso al lector a adherir y replicar –en un ejercicio viral– la posición en cuestión. Esto es lo que la disciplina de las neurociencias desarrolla como efecto arrastre,<sup>37</sup> ahora adaptado al mundo digital de las redes sociales.<sup>38</sup>

Como crítica a esta “representación” de la realidad, tampoco puede perderse de vista, en primer lugar, la existencia de paquetes pagos de difusión que permiten a cualquier usuario diseminar artificialmente el alcance de una publicación digital. En segundo lugar, la existencia de *bots* informáticos creados con el fin político y comercial de repetir automáticamente cierta información e ideas en el circuito de las redes y, en definitiva, en la consideración de la sociedad. En tercer lugar, el diseño algorítmico de las aplicaciones que tienden a reforzar los gustos e ideas del usuario, exhibiendo como realidad única aquellas páginas y miembros de la comunidad con las cuales este siente afinidad ideológica. Esto, si bien contribuye a los fines comerciales de la red social, dado de que el usuario pasará más tiempo en ella, provoca una concepción de la realidad inconscientemente parcializada.

En consecuencia, como hemos visto, los escarnios públicos expresados en las redes sociales y las consecuentes interacciones efectuadas por el resto de los usuarios que fortalecen y contribuyen a divulgar la acusación inicial no son fruto de una opinión pura y fundada respecto de la problemática criminal general o del caso en particular. Por el contrario, las expresiones sociales digitales son una replicación heurística<sup>39</sup> de los sesgos e intenciones comerciales, políticas o ideológicas previamente ilustradas por parte de los medios de comunicación, las redes sociales u otros sectores interesados en

---

<sup>37</sup> Marsh, “Back on the Bandwagon”, 51.

<sup>38</sup> Wayne Fu, Jaelen Teo y Seraphina Seng. “The bandwagon effect on participation in and use of a social networking”, *First Monday* 17, no. 5 (mayo 2012).

<sup>39</sup> Paul H. Robinson. *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse en qué medida*, trad. Manuel Cancio e Íñigo de Urbina (Madrid: Marcial Pons, 2012), 209-210.

el medio, en su afán de lograr tener mayor audiencia y/o implantar ciertas necesidades o valoraciones ideológicas de trasfondo.<sup>40</sup>

De esta manera, luce ciertamente injusto que la punición de un sujeto y la consecuente estigmatización de su dignidad y buen nombre no sea producto de una genuina valoración probatoria del caso en particular, sino que sea determinada en función de los contenidos seriamente manipulados que se difunden en las redes sociales y en los medios de comunicación.

## VII. Desafíos en torno a la libertad de expresión. Propuesta regulatoria

Conforme se ha desarrollado, las penas vergonzantes –en un mundo cada vez más interconectado, inmediato, rápido y masivo– encuentran su subespecie moderna en los escraches digitales.

- Estos funcionan como una genuina pena, a través de la publicación de contenido difamatorio y vergonzante de un sujeto, y con un contenido reprobatorio intrínsecamente expresivo;

- Puede concurrir con la pena de prisión;

- Es efectuada por una infinita potencialidad cuantitativa de usuarios que, presumiblemente, no poseen la información exacta del caso. Por el contrario, estos esbozan un juicio parcial e incompleto determinado por la tematización de la agenda, el encuadre noticioso, el efecto arrastre y los intereses políticos, ideológicos y comerciales de las propias redes y otros agentes, mediante la utilización de aquellas herramientas, entre otras;

- Es una pena altamente perniciosa, al punto de poder excluir socialmente y con permanencia en el tiempo al sujeto apuntado en el terreno digital y real;

- Es instantánea, de ejecución gratuita, se efectúa por fuera del sistema de administración de justicia y tiende a ser impuesta anticipadamente en violación a las garantías de defensa y presunción de inocencia de resorte constitucional

---

<sup>40</sup> Daniel Varona Gómez, *El debate ciudadano sobre la justicia penal: razón y emoción en el camino hacia un derecho democrático*, (Madrid: Marcial Pons, 2016), 19. "... ¿cuál es el estado de nuestra voluntad pública cuando los ciudadanos a menudo tienen bajos niveles de información, capacidad de atención limitada y son el objetivo de tantos millones gastados por la industria de la persuasión -en campañas, elecciones, y asuntos concretos-? ¿Cuán diferente sería la opinión pública -y las elecciones- si la gente sopesara los argumentos en juego sobre la base de una buena información? ...".

Ante la desarrollada peligrosidad latente, ¿qué obstáculo presenta la censura de este tipo de manifestaciones sociales digitales? Definitivamente la respuesta está dada por la libertad de expresión.

Ya de por sí, es fácilmente perceptible como un atropello a la libertad individual la censura de ciertos contenidos o autores. Considerando que la cuestión adquirirá una escala más peligrosa en los próximos años y que el Estado presumiblemente deberá mediar en ella, sería seriamente problemático que la voz popular –devenida en contenido digital– sea administrada por el mismo Estado. Mediante la censura o selección informativa podría amoldar la realidad a favor de los intereses de turno. Basta imaginar el potencial rol abusivo que el Estado podría tomar ante una protesta digital masiva en su contra o frente a opiniones circulantes en la red en momentos previos a elecciones.

Ahora bien, ¿Pueden evitarse las consecuencias negativas –individuales y sociales– del escarnio público, al tiempo que se respete el derecho básico de expresión civil?

Una posible solución sería que, dentro del medio en el cual se practique el escarnio colectivo, se garantice el *derecho a réplica*. Es decir, en vez de censurar voces, multiplicarlas. Y, en vez de parcializar la información, que se enriquezca el enfoque.

En este contexto, en lugar de que el Estado se arrogue un potencialmente abusivo y difuso poder de censura, este debería estar limitado a regular el funcionamiento de las redes sociales. De este modo, al exhibir viralmente acusaciones dirigidas a individuos u organizaciones, estos medios deberían permitir a la parte agraviada que, con igual alcance de difusión e impacto en usuarios, plasme el argumento favorable a su postura. O bien, que toda acusación gravemente lesiva, en caso de que así lo desee el apuntado, sea desplegada en forma conjunta con la posición contraria –como una sola– a efectos de que el usuario que es impactado por la publicación posea, desde el inicio, la posibilidad de evaluar críticamente ambas posiciones.<sup>41</sup>

Al proceder de tal manera, el Estado sería respetuoso de las libertades individuales de expresión, salvaguardaría el derecho a réplica (reconocido con jerarquía

---

<sup>41</sup> Varona Gómez, *El debate ciudadano sobre la justicia penal*, 19. Sobre el concepto de “Democracia deliberativa”, expone: *¿Cuán diferente sería la opinión pública -y las elecciones- si la gente sopesara los argumentos en juego sobre la base de una buena información? (...) La raíz de la deliberación está en la idea de sopesar los argumentos (...) y hacerlo en buenas condiciones para expresarlos, escucharlos y considerarlos en sus propios méritos (...) el proceso es deliberativo en el sentido de que proporciona información y una discusión mutuamente respetuosa en la que los ciudadanos consideran el asunto por sus propios méritos. El proceso es democrático en el sentido que requiere la igual consideración del punto de vista de todos los participantes» (Fishkin, 2009a: 11)”.*

constitucional en el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)<sup>42</sup> y garantizaría el derecho constitucional a ser oído, como manifestación del derecho de defensa. Tal como enuncia Maier, “la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente”.<sup>43</sup>

### VIII. Reflexiones finales

La preeminencia de Internet y redes sociales ha alterado la forma en la que la sociedad interactúa y, en consecuencia, la forma en la cual la sociedad percibe y aplica las normas de convivencia.<sup>44</sup>

Los renovados problemas legales generados en los nuevos espacios de convivencia virtual requieren –y requerirán cada vez con mayor medida en un futuro– un nuevo tipo de respuesta legal que deberá librarse dentro de los mismos ámbitos digitales modernos.

En ese sentido, la solución regulatoria que aquí se propicia tiende a lograr que el impacto de la información en la red mundial de usuarios no se ajuste a los intereses propios de las redes sociales y demás agentes interesados en la explotación del medio, sino que se oriente de una forma que garantice la pluralidad de voces en un acceso más integral y menos sesgado a la información de los hechos mundiales.

Este enfoque relativo a la información pública, además de resultar más justo en términos de derecho de defensa, estado de inocencia y derecho a réplica, favorece de forma genérica la protección contramayoritaria basal de nuestro sistema democrático y liberal contra el atropello multitudinario y, frecuentemente sesgado en perjuicio de minorías.

### IX. Bibliografía

Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

Becker, Howard. *Outsiders, hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2009.

---

<sup>42</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.”

<sup>43</sup> Maier, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 522.

<sup>44</sup> Klönick, “Re-Shaming the Debate”, 1029.

- Foucault, Michael. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 1ra ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.
- Fu, Wayne, Teo, Jaelen, Andy y Seng, Seraphina. “The bandwagon effect on participation in and use of a social networking”. *First Monday* 17, no. 5 (mayo 2012).
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3ra. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- Harcourt, Bernard E. “Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment”. *Buffalo Criminal Law Review* 5, no. 1 (abril 2001).
- Kahan, Dan M. “What Do Alternative Sanctions Mean?”. *The University of Chicago Law Review* 63, no. 2 (Primavera, 1996): 591-653.
- Kahan, Dan M. “What’s Really Wrong with Shaming Sanctions?”. *Texas Law Review* 84 (julio 2006): 2075.
- Kennedy, David M. *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*. Traducido por Luciana Morón. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Klonick, Kate. “Re-Shaming the Debate: Social Norms, Shame, and Regulation in an Internet Age”. *Maryland Law Review* 75, no. 4 (2016): 1029-1065.
- Lemert, Edwin. “Estructura social, control social y desviación”. En *Anomia y Conducta Desviada*, editado por Marshall Ciflard, 65-100. Buenos Aires: Paidós, 1967.
- Liszt, Von Franz. *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Traducido por Luis Jiménez de Asúa, 4ta. ed. Madrid: Reus, 1999.
- Maier, Julio B. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. 2da. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Marsh, Catherine. “Back on the Bandwagon: The Effect of Opinion Polls on Public Opinion”. *British Journal of Political Science, Cambridge University Press*. 15, no. 1 (enero 1985): 51-74.
- Massaro, Toni M. “Shame, Culture, and American Criminal Law”. *Michigan Law Review* 89, no. 7 (junio 1991): 1880-1944.
- Massaro, Toni M. “The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform”. *Psychology, Public Policy, and Law* 3, no. 4 (1997): 645-704.

- Peralta, José M. “Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de "prevención general positiva"”. *InDret* 2 (abril 2008).
- Righi, Esteban. *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Robinson, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse en qué medida*. Traducido por Manuel Cancio e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 2da ed. Traducido por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Schwarcz, Daniel. “Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law”. *Harvard Law Review* 116, no. 7 (mayo 2003): 2186-2207.
- Varona Gómez, Daniel. “Medios de comunicación y punitivismo”. *InDret* (enero 2011).
- Varona Gómez, Daniel. *El debate ciudadano sobre la justicia penal: razón y emoción en el camino hacia un derecho democrático*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Whitman, James Q. “What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?”. *Yale Law Journal* 107, no. 5 (1998): 1055-1092.
- Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Zambrana Moral, Patricia. “Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII* (2005): 197 – 229.