

# El sistema de vigilancia frente a la Macrocriminalidad

Medidas de injerencia en la investigación  
penal prospectiva y su relación con el espacio  
no trazable de recolección de información  
criminal

Danilo Miocevic<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- El optimismo irreflexivo en el derecho penal de fondo; III.- La vigilancia se vuelve obvia; IV.- La investigación como monitoreo de actividades en curso; V.- La investigación en su doble función: positiva y negativa; V.- Espacio trazable y espacio no trazable como parte de un mismo sistema; VII.- La expansión del espacio no trazable y sus efectos; VIII.- Reformas procesales de efecto expansivo del espacio no trazable; IX.- Reformas procesales de efecto restrictivo del espacio no trazable; X.- Conclusiones; XI.- Bibliografía

**RESUMEN:** El fenómeno de la Macrocriminalidad, protagonista de la Política Criminal del siglo XXI, impacta en la investigación penal invirtiendo su orientación temporal. La investigación paulatinamente deja de ser una actividad apuntada a la reconstrucción del hecho (orientación retrospectiva) para convertirse en el

---

<sup>1</sup> Abogado con orientación penal por la universidad de buenos aires (uba). Especialista en ciberdelincuencia y evidencia digital por la uba. Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la universidad de salamanca. Técnico superior en periodismo por tea. Fundador de la asociación de estudios sobre el crimen organizado (aceco.org.ar).

monitoreo de actividades en curso y predicción de conductas futuras (orientación prospectiva). En el presente trabajo se analizará cómo este cambio de orientación incentiva la expansión de actividades de vigilancia que no son incorporadas al proceso penal, conformando un espacio no trazable fuera del control del imputado. Se verá cómo este espacio, lejos de ser independiente del proceso penal (espacio trazable), se interrelaciona con él en un mismo Sistema de Vigilancia. Esta concepción sistémica resultará fundamental para determinar qué reformas procesales son capaces de desincentivar el crecimiento del espacio no trazable, y consecuentemente, mitigar sus resultados negativos.

**PALABRAS CLAVE:** Macrocriminalidad - medidas de injerencia – trazabilidad - proporcionalidad

## I.- Introducción

*Todos los hombres del presidente* (*All the President's Men*) se estrenó en las salas de cine en octubre de 1976, causando un gran impacto en la taquilla y la crítica. Al año siguiente, el largometraje recibió cuatro premios Oscar, entre ellos, el de mejor guion. Sin dudas, gran parte de su éxito se debió a que exponía ante el gran público los detalles de uno de los casos judiciales más resonantes de la historia de Estados Unidos: el escándalo *Watergate*. Apenas unos años antes, este caso de corrupción había hecho tambalear al armazón político norteamericano, resultando en la acusación de 69 personas, muchos de ellos funcionarios del gobierno federal (48 finalmente declarados culpables), y provocando la renuncia del presidente Richard Nixon, en agosto de 1974.

Más allá del innegable impacto político del caso, la película se sostiene sobre una trama atrapante. Dos redactores del periódico *The Washington Post*, Bob Woodward (Robert Redford) y Carl Bernstein (Dustin Hoffman) siguen la pista de llamativos movimientos de dinero que formalmente estaban destinados a la campaña para la reelección de Nixon. Con el correr de los días, los periodistas descubren que en realidad esos montos eran desviados a un fondo secreto administrado por altos funcionarios del partido Republicano y utilizado para financiar tareas de espionaje en torno a los candidatos demócratas. A raíz de ello, estalla el escándalo.

El guion tiene una complejidad particular por la gran cantidad de personajes involucrados, pero indudablemente uno de ellos se destaca: un misterioso informante que responde al apodo *Garganta Profunda*.

Durante varios pasajes del largometraje, el periodista Bob Woodward se reúne con él a solas, en horas de la noche y particularmente en el subsuelo de un centro comercial de Washington DC. El espectador (*y los demás personajes*) sólo conocemos su seudónimo y su rostro apenas puede verse en la oscuridad del subsuelo.

A medida que avanza la historia, *Garganta Profunda* se transforma en un eslabón fundamental para el éxito de la investigación. En esos encuentros (tres en total) este misterioso personaje le aporta a Woodward datos cruciales para resolver el caso, precisamente en momentos en que la pesquisa se encuentra empantanada (*Stuck en palabras textuales del periodista*).

Al principio, *Garganta Profunda* se limita a orientarlo. *Follow the money*, le aconseja. Un momento crucial se da en el último encuentro, cuando Woodward le confiesa que ya no sabe cómo seguir avanzando. En ese momento, el informante le pide que tome nota y directamente le brinda la información que Woodward necesita para cerrar el caso. Información que, de otro modo, el periodista nunca habría conseguido.

Con el correr de los años, el personaje de *Garganta Profunda* trascendió el film y se convirtió en un verdadero ícono popular. La escena del encuentro en el subsuelo entre el protagonista y el informante misterioso ha sido parodiada en innumerables películas y programas de TV. En ocasiones se le agregan detalles, como un sobre de papel madera, un sobretodo o un sombrero, elementos que no aparecen en la versión original. Pero en el fondo, el personaje del informante es siempre el mismo, *Garganta Profunda*. Cabría preguntarse, entonces, en qué radica su popularidad. Cuál es el peso simbólico de este arquetipo, y por qué trasciende esta historia. Veamos algunas características más de este personaje particular y su contexto.

*Todos los hombres del presidente* es una película que, por el cúmulo de información que exhibe y por la velocidad con que lo hace, no admite distracción. Son más de 120 minutos, en los que los periodistas se dedican casi exclusivamente a acumular información: realizan docenas de entrevistas, llamados telefónicos, seguimientos,

búsquedas en registros y bases de datos, y lentamente van descubriendo cómo se gestó el delito.

De esta forma, construyen una cadena de datos en la que cada indicio recolectado permite acceder al siguiente, y en la que, al mismo tiempo, cada nueva información incorporada le da sentido a todas las anteriores. Tal como sucede en cualquier investigación criteriosa. Pero este encadenamiento virtuoso se interrumpe abruptamente en *Garganta Profunda*. Desconocemos su nombre, y mucho menos sabemos cómo obtuvo su información. En ese eslabón, la cadena se corta.

Imaginemos por un momento que el espectador puede ver la película en sentido inverso, partiendo de las conclusiones para ir develando las fuentes. De esta forma se podría auditar perfectamente el trabajo de los periodistas hasta chocar con *Garganta Profunda*. A partir de él se pierde el rastro. Hay un vacío. El espectador puede intentar adivinar aquello que está más allá de *Garganta Profunda*. Puede especular sobre su identidad o tejer conjeturas sobre sus propios informantes, o incluso sospechar que tuvo alguna vinculación con los funcionarios inculcados en el caso. Pero no puede saberlo. Detrás de *Garganta Profunda* hay un inmenso espacio que está vedado.

En ese punto es donde se vuelve gravitante un concepto que determina el grado de salubridad de toda investigación: **la trazabilidad**.

La trazabilidad depende de las posibilidades que se tengan de reexaminar un proceso investigativo y verificar cómo una conclusión encuentra su sustento en un elemento previamente recolectado, y cómo este último elemento se explica en uno anterior. Como una cadena de bloques en la que podemos movernos en ambos sentidos. Las posibilidades que tengamos de realizar esta verificación determinarán el grado de razonabilidad de la pesquisa. En este sentido, la **trazabilidad** abre las posibilidades a una investigación de la investigación, es decir, a su control.

Siguiendo este entendimiento, podríamos decir que detrás de *Garganta Profunda* hay un espacio **no trazable**, que se desarrolla en forma paralela al *espacio trazable* (el de los periodistas). Pero analizándolo con más detalle, también es innegable que hay vasos comunicantes entre ambos mundos. De hecho, trabajando uno sin el otro, el caso permanecería irresuelto, y posiblemente Nixon habría terminado su mandato. En este sentido, podríamos plantear que ambos espacios, aun siendo muy distintos, no necesariamente deban ser inconexos, sino parte de un mismo **sistema**.

En la película, estos espacios se conectan en esos icónicos encuentros en el subsuelo del centro comercial. O, dicho de otro modo, el subsuelo es un **punto de contacto** en el que se produce la comunicación entre los dos personajes, cada uno de ellos proveniente de un mundo distinto. Como si en ese lugar se abriera una **rendija** a través de la cual, la información puede fluir desde un espacio hacia el otro.

A pesar de venir de mundos distintos, advertimos algunas características comunes a ambos personajes. Por empezar, se necesitan mutuamente. En el encuentro subyace una cuestión que es clave en esta conformación sistémica: ambos persiguen un mismo objetivo. Hay una compatibilidad teleológica. En este punto no me refiero a las finalidades personales de los personajes (fama, prestigio, venganza) sino al hecho de que ambos (a juzgar por sus comportamientos) evidentemente desean que la investigación culmine con la condena de los responsables. Por eso los personajes se esfuerzan para construir un puente entre ambos mundos, incluso a sabiendas de que tienen mucho para perder.

Sumado a esta finalidad compartida y a este comportamiento cooperativo, también se nos devela una relación complementaria. El personaje del mundo **trazable** (Woodward) tiene la información incompleta, y se acabaron sus posibilidades de avanzar en su investigación. Mientras que el personaje proveniente del mundo **no trazable** (Garganta Profunda) tiene la pieza que al anterior le falta, pero por alguna razón no puede hacerla pública, ni siquiera revelar su identidad. Dicho de un modo romántico, Woodward y Garganta Profunda buscan hacer justicia, el primero tiene la forma y el segundo tiene el contenido. Por eso desarrollan esa simbiosis.

Pero más allá de una visión *romántica* de la labor periodística, es preciso determinar qué otras implicancias tiene esta relación.

Seguimos sin poder penetrar en el espacio **no trazable**, y por lo tanto, desconocemos cómo obtuvo el informante su información. Se alcanzó un resultado deseado, pero no sabemos a qué costo. Si *Garganta Profunda* tuvo que recurrir a la tortura para obtener la información, o si estaba involucrado en el entramado de corrupción, y direccionó la investigación para eximirse de responsabilidad, no podemos saberlo.

En consecuencia, no hay forma de verificar si detrás del resultado *justicia* se cometió una *injusticia* mayor. Es difícil especular con que el costo haya sido

demasiado alto con un resultado tan grandilocuente como el del escándalo Watergate, pero ¿puede pensarse en un concepto de justicia con costo desconocido, es decir, sin posibilidades de determinar su **proporcionalidad**?

Si trasladamos este arquetipo a un espacio no ficcional, concretamente al de la maquinaria punitiva del Estado, imaginar la existencia de **espacios no trazables**, *a priori*, no resulta contraintuitivo. Un somero acercamiento a la historia del siglo XX y XXI, devela una larga lista de sistemas punitivos subterráneos, centros de detenciones indeterminadas, campos de concentración clandestinos, ejecuciones secretas, los *einsatzgruppen*, en fin, espacios no trazables muy reales. Incluso no resulta infrecuente que estos espacios sean creados y reconocidos por el propio derecho<sup>2</sup>.

La historia también demuestra que, para sostener y expandir estos espacios, al menos en el mundo moderno, ha resultado muy eficaz la construcción de narrativas que (más allá de sus contenidos específicos) los legitimen como un *mal necesario*. Los presenten como únicas garantías de protección ante **amenazas inminentes**. Qué amenaza y qué bien se protege dependerá del contexto, pero alguien tiene que hacer el *trabajo sucio* y, por el bien de todos, es preciso que no se publiciten los detalles.

Medidas estatales de fuerte injerencia sobre las libertades de los ciudadanos, justificadas por **estados de emergencias** (o en sus variables de estado de necesidad, razones de seguridad, estado de excepción) en contextos de guerra, de profunda crisis económica, o de pandemia, suelen generar fuertes polarizaciones y debates encarnizados<sup>3</sup>.

Pero hay otros contextos menos conflictivos que generan reacciones relativamente indolentes en la población. Momentos de mayor *estabilidad* en los

---

2 Tomemos por ejemplo el caso de la *Usa Patriot Act*, sancionado por el Senado de los Estados Unidos en octubre de 2001, mediante el cual se autorizaba a detenciones indefinidas de no-ciudadanos que pusieran en peligro la seguridad nacional. Estas personas revisten la calidad de *detainees*, categoría distinta a la de un imputado de un delito y a la de prisionero de guerra conforme la Convención de Ginebra. Sobre esto, el Italiano **Agamben** analiza la figura del *detainee* de Guantánamo, y la compara con la del judío en la lager Nazis, individuos privados de ciudadanía y de toda identidad jurídica (AGAMBEN, Giorgio, “*Homo Sacer II. Primera Parte. Estado de Excepción*”, Editora Nacional, Madrid, 2002, pág. 10).

3 Ejemplo de ello, la pandemia de Covid-19

que, si bien se percibe a un enemigo que amenaza el orden social, el conflicto se parece más a lo que los historiadores llaman *una guerra de baja intensidad*. Esto genera un aparente oxímoron: estados de excepción habituales<sup>4</sup>. Estados de emergencia frente a problemas capaces de poner en jaque a la estabilidad social, pero no de forma inmediata, sino potencial, como por ejemplo, el fenómeno de la criminalidad organizada.

Entonces, por qué dar por hecho que estos espacios **no trazables** donde se canaliza el poder punitivo, justificados en razones excepcionales, no puedan subsistir en entornos más ordinarios, o dicho de otro modo, en versiones amigables con el funcionamiento normal de un Estado de Derecho. O bien, si vamos más allá, ¿Es posible admitir estos espacios no trazables como parte integrante del Estado de Derecho contemporáneo<sup>5</sup>?

Ante esta posibilidad se nos presenta un primer problema: Suponiendo que ciertos espacios no trazables son parte del medio ambiente de todo Estado de Derecho, ¿cómo es posible dimensionarlos, determinar sus características y medir sus implicancias? ¿Pueden diseñarse herramientas para influir en su tamaño y en su funcionamiento si por definición son no trazables, es decir, no medibles, ni examinables, ni predecibles?

En los próximos párrafos, se hará un intento por contestar algunas aristas de esta pregunta, particularmente, con relación a las implicancias de los espacios **no**

---

4 La Constitución Española prevé tres figuras de distinta intensidad en el artículo 116: el Estado de Alarma, el Estado de Excepción y el Estado de Sitio (las dos primeras como facultades del Gobierno, y la tercera del Congreso). Este artículo se remite a una ley orgánica de 1981, la cual, al hablar de las motivaciones para su procedencia, hace hincapié en “*circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes*”. No es este contexto de necesidad al que intento hacer alusión, sino a uno que se encuentre contenido en la **normalidad** referida por la ley orgánica. La posibilidad de una excepción normal.

5 Agamben expone el estado de necesidad como una medida *ilegal*, pero que, aun siendo contraria a la ley, resulta perfectamente jurídica y constitucional, toda vez que existe a partir de un derecho positivo no escrito. En este sentido, la necesidad prevalece ante la ley, no por una mera relación de fuerzas, sino porque esta última es una derivación de la primera, tanto lógica como histórica. En esa lógica, si la ley es producto de la necesidad, cuando la necesidad indique lo contrario, se suspenderá la ley, dinámica que es propia del Estado moderno (AGAMBEN, Giorgio, cit., pág. 42).

**trazables** que crecen y se desarrollan a un costado del proceso penal, y particularmente, de la investigación penal en torno al crimen organizado.

## **II.- El optimismo irreflexivo en el derecho penal de fondo**

Previo a adentrarnos en la pregunta propuesta, es preciso poner sobre la mesa algunas circunstancias contextuales que son determinantes.

En las últimas décadas, numerosos autores vienen describiendo el desarrollo expansivo del Derecho Penal (y su conflicto con el concepto clásico de Derecho Penal mínimo). Estos doctrinarios coinciden en que sus límites de aplicación alcanzan fronteras cada vez más alejadas de la lesividad, concepto que otrora se alzaba como un límite mucho más categórico frente al poder punitivo y que actualmente pierde efectividad paulatinamente. Este proceso se manifiesta en ciertos instrumentos que dejan de ser categorizados como innovadores y, en general, son aceptados en casi todos los sistemas penales de occidente, pese a sus crecientes conflictos con las garantías constitucionales clásicas del Derecho continental.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la proliferación de tipos penales de peligro abstracto, de los llamados delitos acumulativos, de delitos de acción por omisión, de bienes jurídicos universales o genéricos, incluso de posturas que directamente prescinden del concepto de bien jurídico, figuras propias de la justicia negociada, y constantes novedades en la parte especial del Derecho Penal<sup>6</sup>.

Sin ingresar en un debate sobre cada una de estas figuras, que no es el objeto de este trabajo, una cuestión es común a la instauración de estos elementos: todos ellos parecen ser producto de un Derecho Penal que va trasladando los mojones de su terreno de acción en miras a la punición de actividades preparatorias o comportamientos asociativos (y por qué no, hacia sitios cada vez más cercanos a la órbita del pensamiento), alejándose gradualmente de los resultados lesivos concretos y centrándose en el concepto de riesgo.

Estos mismos autores advierten que, lejos de ser virtuosa, esta inercia expansiva tiene efectos insalubres para el propio Derecho Penal. Al abarcar más

---

<sup>6</sup> Sobre esta expansión, y sus creaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias, recomiendo HASSEMER, Winfried, *“Persona Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal”*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019.

espacios, que antes no le eran propios, su contenido se vuelve más difuso, desnaturalizándose<sup>7</sup>. Como en aquel suplicio conocido como *potro* o *ecúleo*, el cuerpo del Derecho Penal sufre un estiramiento que provoca su desmembramiento, transformándose en algo distinto, con funciones y características que solían serle ajenas.

Desde esta visión, la pretensión de moldear el marco teórico del Derecho Penal continental para adaptarlo a instrumentos foráneos, que *a priori* aparecen como incompatibles (como por ejemplo la figura del testigo de la corona) indefectiblemente provoca fuertes contradicciones. Pero la solución a estos conflictos no radica en repeler o aclimatar estas figuras exóticas. Por el contrario, se elige vaciar de contenido o privar de vigencia a ciertos principios que antes eran fundamentales, todo ello (paradójicamente) en un esfuerzo porque ese sistema teórico tenga una mejor eficacia<sup>8</sup>.

El efecto es exactamente el contrario. Los doctrinarios de la expansión del Derecho Penal sostienen que este alejamiento de su genealogía y de su teleología, y la consecuente desnaturalización del Derecho Penal, finalmente deriva en su **inutilidad práctica** para enfrentar los problemas sociales. Se trata de las limitaciones propias de una herramienta que fue diseñada para un fin y se pretende, a toda costa, que sea empleada para otro.

Un análisis más agudo permitirá advertir que el principal problema de este déficit práctico (medido en el descontento social) no está justamente en la desnaturalización del Derecho Penal (síntoma), sino en las excesivas expectativas que impulsan su expansión, y es este el punto que interesa en este trabajo.

Desde esta perspectiva, no se trata de un fracaso del Derecho Penal, sino de un exceso de expectativas respecto de sus posibilidades. Un efecto del fenómeno contemporáneo que se ha denominado *dialéctica de lo moderno*, que construye una

---

<sup>7</sup> Hassemer advierte un déficit crónico del Derecho Penal en su realización práctica. El autor alemán, explica que, mientras unos entienden que este déficit se debe a que las leyes se aplican sólo parcialmente y que deberían ser aplicadas con mayor rigurosidad, otros entienden que esta mayor rigurosidad sólo agrava el problema (HASSEMER, Winfried, cit., pág. 37).

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried, cit., pág. 56.

narrativa impulsada por el **optimismo irreflexivo** respecto de las capacidades del Derecho Penal<sup>9</sup>.

Pero antes de continuar, cabe hacer una pequeña advertencia que permitirá mensurar mejor este estado de situación.

Sería un error pretender explicar este **optimismo irreflexivo** como una creación de las doctrinas de *Law and Order*<sup>10</sup> impulsadas por los **partidos de derecha** que, en las décadas de 1960 y 1970, promocionaban a la criminalización como la panacea frente a los problemas sociales (entre otros impulsores de estas posturas, podemos volver a mencionar a Nixon o a Ronald Reagan). Para entender el problema, es preciso observar su salto cualitativo. No hay dudas de que en aquellas décadas, al igual que en sus *revivals* de la década de 1990 (Giuliani), los programas de *tolerancia cero* se apoyaban en esta postura. Pero actualmente, esta visión optimista e irreflexiva del Derecho Penal ya no es exclusiva de estos sectores políticos. El proceso de expansión que venimos describiendo también les garantiza un papel protagónico a los **movimientos de izquierda** que, cada vez más, promueven la instauración de nuevos delitos, o de agravantes de tipos penales básicos ya legislados, como método para solucionar los principales problemas de sus agendas. Más aún, en estos espacios esta visión de la criminalización es generalizada y pocas veces discutida, al punto de que la principal crítica de sus detractores radica en su papel como *nuevos gestores de la moral colectiva*<sup>11</sup>, categoría que décadas atrás era monopolizada por los conservadores. En efecto, sin pretender abrir esta reflexión al caso por caso, existe cierto grado de consenso de todo el arco político en adoptar este tipo de narrativas criminalizantes que, dicho sea de paso, son muy redituables electoralmente.

En síntesis, tenemos un Derecho Penal en proceso de desnaturalización, siendo este proceso impulsado por una política criminal orientada a la creciente criminalización, sin reparar en su inutilidad práctica. A su vez, esta política es

---

9 HASSEMER, Winfried, cit., pág. 43.

10 También llamadas de mano dura, guerra contra el delito, entre otras.

11 Tal como sostiene Silva Sánchez esta gestión de la moral provenía de sectores burgueses-conservadores, mientras que hoy emanan de las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas, antidiscriminatorias (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales”, Euros Editores y Editorial BdeF, Buenos Aires, 2011, pag. 66).

propuesta desde ambos flancos del espectro político, como intentos por canalizar la demanda social (a costa de caer en insalvables contradicciones<sup>12</sup>).

Ante este panorama generalizado, es preciso retrotraernos a su origen, la demanda social<sup>13</sup>, y en este caso particular, la creciente y sostenida **demanda de seguridad**.

### **III.- La vigilancia se vuelve obvia**

El siglo XXI se caracteriza por un *sentimiento de amenaza* que domina la escena. El Sistema Penal se expande a partir de una *esperanza preventiva* (individual y general) que busca mejorar la sociedad, aun renunciando a los tradicionales fines de la pena<sup>14</sup>. Esta dinámica se manifiesta de formas tan potentes y con tal velocidad que los diseñadores de la política criminal pasan de ser impulsores de las estrategias de seguridad, a ser gestores de esta demanda de seguridad y, finalmente, a algo más similar a voceros de ella. Este sentimiento de riesgo se expande en muchas formas, proyectando sus efectos más allá del Derecho Penal, trascendiéndolo ampliamente.

---

12 El proceso de expansión, ha llevado a que sectores históricamente ligados a la criminología crítica, en otros tiempos abanderados del abolicionismo, sostengan que los problemas derivados de la violencia sexual y familiar, o medioambientales, deben ser resueltos mediante su mayor criminalización, pasando a segundo plano aquella concepción de la criminalización como modo de reproducción de relaciones de poder previamente constituidas, como mecanismo de opresión por parte de los poderosos.

13 En términos de Von Liszt, la **1)** demanda social determina la **2)** política criminal, que es limitada por el **3)** Derecho Penal. El presente texto ha comenzado por el final de este esquema. La expansión del Derecho Penal (como instrumentación jurídica limitante de la Política Criminal); es determinada por la Política Criminal (instrumentación política del interés social de la prevención del delito); por lo que resta analizar la demanda social que ha dado lugar a todo este impulso de criminalización.

14 Hassemer advierte sobre la renuncia a principios como la igualdad, y pone como ejemplo la regulación española de estupefacientes con finalidades contradictorias entre legislación que pretende resocializar (art. 92 del Código Penal español) y al mismo tiempo amenaza a los narcotraficantes con serias sanciones (art. 344 y ss. del mismo cuerpo legal) (HASSEMER, Winfried, cit., pág. 32).

Muchos analistas de los procesos sociales contemporáneos<sup>15</sup> posicionan en el centro de la discusión a la *búsqueda obsesiva de seguridad*, manifestada en la constante proliferación de *legislaciones de emergencia*<sup>16</sup> que advierten sobre todo tipo de riesgos y prescriben, frente a ellos, todo tipo de controles.

Bauman, por ejemplo, analizó en detalle este proceso en el marco de sus reflexiones sobre la *sociedad líquida*, y particularmente en su trabajo sobre una de sus variantes: la *vigilancia líquida*. Para el autor polaco, la expansión sin límites del flujo de información ha constituido una sociedad de vigilancia sin precedentes, en la que la seguridad es entendida como el negocio que *gestiona el futuro* mediante la venta del control de *lo que pasará*<sup>17</sup>. Esta incertidumbre da lugar a una sociedad agobiada por la inacabable búsqueda de controlar todo riesgo, en la que los mismos ciudadanos demandan ser más vigilados, y lo piden insistentemente, pagando el precio de entregar en cuotas sus libertades.

Este reclamo, por supuesto, se exagera por la expansión de las posibilidades tecnológicas de control, manifestada en mecanismos cada vez más eficaces para el flujo de información (materia prima de la vigilancia) su recolección y clasificación, tareas que antes requerían muchos recursos y hoy se realizan de forma instantánea<sup>18</sup>. Esto último torna esta situación de control cualitativamente distinta a la que propuso Foucault décadas atrás, al describir de forma brillante las sociedades de disciplinamiento y control social, y sobre todo la capilaridad del poder<sup>19</sup>.

---

15 Sobre este tema BAUMAN, Zygmunt y LYON, David, “*Vigilancia líquida*”, Paidós, Buenos Aires, 2013; ESPÓSITO, Roberto, “*Bíos. Biopolítica y filosofía*”, Amorrortu Editores, Buenos Aires - Madrid, 2021, cap. 5; AGAMBEN, Giorgio, cit.

16 ESPÓSITO, Roberto, cit., pág. 236.

17 BAUMAN, Zygmunt, y LYON, David, cit., pág. 13.

18 Tomemos por ejemplo el siguiente extracto del preámbulo de la **Ley Orgánica 4/1997 española**, de agosto de 1997, legitimada en esta narrativa de vigilancia. Lo que entonces era una novedad hoy es moneda corriente: “*La prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en **situación de peligro**, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público, lleva a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al empleo de **medios técnicos cada vez más sofisticados**. Con estos medios, y en particular mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, **se incrementa sustancialmente el nivel de protección** de los bienes y libertades de las personas”.*

19 De hecho, Bauman categoriza este periodo como **pos-panóptico**. El arquetipo de vigilancia de Bentham, tan reflexionado por Foucault, se invierte, y ahora los vigilados hacen lo

Si bien es un proceso difícil de delimitar, como todo fenómeno de semejantes magnitudes, y reconociendo sus raíces muchos más atrás en el tiempo, suele aceptarse como evento histórico determinante de esta etapa de la vigilancia al atentado del 11 de septiembre de 2001 en Manhattan, momento en que se centraliza la amenaza terrorista y, consecuentemente, el problema de la Macrocriminalidad<sup>20</sup>.

Con relación a este suceso, Bauman y Lyon dan en un punto clave: “*Después del 11-S, la **gestión de los riesgos**, ya existente en las décadas anteriores, **se hizo imprescindible, obvia.** (...) al poner el foco de la vigilancia en objetos externos, visibles y grabables, los nuevos **sistemas de vigilancia**<sup>21</sup> ignoran los motivos individuales y las elecciones personales que hay tras las imágenes grabadas, y esto llevará finalmente a la sustitución de la idea de **malhechores** por la de **categorías sospechosas**”<sup>22</sup>.*

Aunque podrían compartir muchas características, a mi entender, estas categorías sospechosas que menciona Bauman van más allá de las estudiadas en las teorías del *labelling approach* y los procesos de etiquetamiento de las minorías sociales<sup>23</sup> abordados por la Criminología Crítica. Se trata de un fenómeno de otra magnitud y con otros alcances.

---

imposible por mostrarse ante su vigilante, entregándole hasta la última gota de intimidad. Este cuadro, el sociólogo lo sintetiza en una frase que me parece muy adecuada a estos tiempos: “**el miedo a ser observado ha sido vencido por la alegría de ser noticia**” (BAUMAN, Zygmunt, y LYON, David, cit., pág. 32).

20 Con Macrocriminalidad, se hará referencia simultáneamente al terrorismo y la criminalidad organizada (y la corrupción vinculada a ellas). Si bien se las diferencia por sus finalidades (políticas y económicas respectivamente), a los efectos de este texto englobaremos ambas en un mismo concepto.

21 A lo largo de este trabajo tomaremos esta categoría de Bauman, para referirnos a las agencias estatales que recolectan información sobre las actividades de la Macrocriminalidad, ya sea Fuerzas de Seguridad, Ministerio Público y Poder Judicial en sistemas inquisitivos.

22 BAUMAN, Zygmunt, y LYON, David, cit., pág. 108.

23 De hecho Bauman también habla de BAN-ÓPTICO, del inglés BAN (prohibir), al describir la criminalización como instrumento de segregación, similar a las tesis del *etiquetamiento*, pero en la narrativa de la Vigilancia Líquida, no se pretende su control carcelario, sino que ésta se expande a todos los ámbitos de la vida, siendo mucho más abarcativa, y al mismo tiempo, menos costosa para el Estado. Más similar a lo que se llamó *control social en comunidad* (PAVARINI, Massimo, “*Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008, pág. 82 a 85).

Es cierto que en torno a la Macrocriminalidad se difunden masivamente elementos estereotipados, como videos de terroristas en lugares aleatorios de Oriente Medio, o narcos con frondosos bigotes en alguna selva sudamericana, pero el núcleo de la cuestión es otro, toda la narrativa de la vigilancia gravita en torno a una sensación generalizada de amenaza.

La Macrocriminalidad es percibida y reproducida como una fuerza capaz de poner en jaque a los Estados Nacionales, demostrando que cuenta con medios suficientes para torcer el brazo del país más poderoso de la tierra, en su propia cocina, Manhattan.

En este Sistema de Vigilancia *post 11-S* que plantea Bauman, de amenaza inminente, el **hecho** delictivo pierde centralidad y se desvirtúa. El hecho es sólo la reproducción de una grabación que muestra de lo que es capaz el enemigo que nos amenaza. Pero no sólo desaparece el concepto de **hecho**, en los términos del Derecho Penal liberal, también se desdibuja el **autor**, que ya no tiene nombre ni espacio físico concreto, como lo tenían las llamadas *subculturas*, que conformaban pandillas en los guetos suburbanos de las grandes ciudades. Actualmente, estos guetos pueden ser vistos como el lugar donde la Macrocriminalidad ejerce cierto dominio territorial, pero en términos generales, se la percibe distribuida en células, redes, está en todas partes y al mismo tiempo en ningún lugar (*placeless*), tiene conexiones transnacionales, opera en la *deep web* y al mismo tiempo está dentro de las administraciones públicas.

Podemos debatir sobre sus características o realizar un estudio criminológico, pero la percepción general de amenaza parece surgir del más ostensible sentido común: si la Macrocriminalidad es capaz de atacar en el corazón de Manhattan, no podemos saber cuándo y dónde puede ser el próximo ataque. Por eso se torna **obvia** (como dice Bauman) la **demanda de vigilancia**.

La Macrocriminalidad aparece como omnipresente y omnipotente, y por eso, en palabras del napolitano Roberto Espósito, vivimos en un **exceso de defensa**<sup>24</sup>

---

24 Espósito trae interpretaciones muy interesantes con su concepto de la *Inmunidad*, según la cual el poder reproduce los riesgos que pretende controlar y los instrumentos para controlarlos, con lo que justifica su existencia, pero finalmente esos instrumentos se vuelven en su contra, lo que se manifiesta en la paulatina pérdida de libertades que se querían defender. Al referirse a la sociedad *post 11-S*, expuso: “*Como en las más graves enfermedades autoinmunes, también*

frente a lo que **está por pasar**. La algarabía por la ejecución sumaria de Osama Bin Laden, tal vez refleje perfectamente esta percepción. Mucho más importante que el juzgamiento por lo que hizo, fue el alivio de la evitación del daño futuro.

#### **IV.- La investigación como monitoreo de actividades en curso**

Esta narrativa que venimos describiendo nos permite inferir dónde el Sistema Penal acusa el peor golpe: en su **perspectiva temporal**.

El Derecho Penal liberal está edificado en una perspectiva orientada al pasado. Está construido sobre el **paradigma del homicidio**<sup>25</sup>, el delito que, por su naturaleza, siempre habita en el pasado.

Sin perspectiva de pasado no hay posibilidad de **hecho**, y esto hace tambalear al concepto de lesividad. El Sistema de Vigilancia (cuyo paradigma es la Macrocriminalidad) invierte completamente esta disposición temporal, arrancando al Derecho Penal de su orientación al pasado, y colocándolo de cara al futuro<sup>26 27</sup>, que por definición es incierto e indefinido. La criminalidad organizada desplaza al homicidio del núcleo del marco teórico (por la fuerza de la demanda social) y se presenta como un objeto inmune a las recetas anteriores.

Como hemos visto, este cambio de perspectiva afecta al Sistema Penal en todos sus niveles, pero posiblemente, es en la dinámica de la **Investigación Penal** donde pueden verse con mayor nitidez.

La figura del investigador de los arquetipos literarios (como Sherlock Holmes o Hércules Poirot) queda obsoleta y parece pertenecer a otra época. El levantamiento de las huellas del delito cede su lugar al monitoreo *minuto a minuto* de actividades que se están desarrollando. Los testigos del hecho son cada vez menos

---

*en el conflicto planetario actual el exceso de defensa se vuelca desastrosamente sobre el mismo cuerpo*” (ESPOSITO, Roberto, cit. página 238).

25 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, cit., pág. 85

26 HASSEMER, Winfried, cit., pág. 36

27 Silva Sánchez, sobre este punto, afirma que este cambio de perspectiva temporal provoca que el Derecho Penal sea cada vez más asimilable a un Derecho Administrativo: “*El derecho penal, que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo (...) se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha administrativizado*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, cit., pág. 134).

frecuentes, mientras que la intervención de las comunicaciones telemáticas se vuelve indispensable frente al crimen organizado. La búsqueda de aquella evidencia clave que permita reconstruir un crimen, deja su lugar al constante acopio de datos que, *a posteriori*, puedan resultar relevantes<sup>28</sup>. La **retrospectiva** da lugar a la **prospectiva**. La investigación, y las actividades que la sustentan, son cada vez más parecidas al clásico rol de los servicios de inteligencia.

No es casual que, en las últimas décadas, los sistemas de inteligencia que estaban orientados a finalidades de Defensa (sobre todo en tiempos de la guerra fría), hoy utilicen sus recursos para la recolección de información destinada al monitoreo de actividades de la criminalidad organizada. Una consecuencia lógica, ya que ambas actividades se están volviendo análogas.

Por ejemplo, el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado español (CITCO) creado en 2014, forma parte de la Comunidad de Inteligencia, junto al CNI y al Centro de inteligencia de las Fuerzas Armadas. En el Decreto Real 873/2014, de creación del CITCO, se establece que el Terrorismo y el Crimen Organizado, a los fines prácticos, son la misma cosa, lo que queda claro en el hecho de que este organismo nace de la fusión del Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado (CICO) y el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA). Con relación al CICO, el Real Decreto 400/2012 que establecía sus facultades, utiliza la fórmula de **analizar cuanta información sea relevante**<sup>29</sup>, fórmula muy similar a la que luego toma el Real Decreto 770/2017<sup>30</sup>. En ambas normas, se establece que este organismo debe utilizar este cúmulo de datos para coordinar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actividades que finalmente servirán judicializar a los responsables<sup>31</sup>.

---

28 SANCHEZ SILVA, Jesús María, cit., pág. 152.

29 Real Decreto 400/2012, Artículo 2.11, c), 1ª.

30 Real Decreto 770/2017, Artículo 2.3, c), 1ª.

31 Por ejemplo, en el reciente caso del “*narco de wikipedia*”, caso en el que participó el CITCO [www.infobae.com/espana/agencias/2024/04/20/detenido-el-narco-de-la-wikipedia-en-una-operacion-con-una-tonelada-de-cocaina-incautada/](http://www.infobae.com/espana/agencias/2024/04/20/detenido-el-narco-de-la-wikipedia-en-una-operacion-con-una-tonelada-de-cocaina-incautada/)

Ahora bien, el CITCO es un eslabón más dentro de una red de organismos de inteligencia abocados a la misma tarea<sup>32</sup>, interconectados entre sí, repartidos en todo el mundo occidental. Ello, toda vez que sus canales de intercambio de información llevan ventaja frente a los lentos sistemas de exhortos o a los incipientes sistemas de intercambio semiformal que en los últimos años han empezado a instalarse entre los distintos Poderes Judiciales y Ministerios Públicos. Décadas de intercambio de información, les permite a los organismos de inteligencia afrontar el fenómeno macrocriminal de forma más veloz, y abordar la característica transnacionalidad de la criminalidad organizada.

Pero esta tendencia, que se replica con alcance casi total en Europa y América, también trae múltiples efectos problemáticos para el Estado de Derecho moderno, que no podemos desatender.

En los trabajos citados, relativos al proceso de expansión del Derecho Penal, se han realizado profundas disquisiciones sobre las implicancias de la *sociedad del riesgo* en el Derecho Penal de fondo, sobre todo en las dificultades de diseñar una teoría del delito apartada de la lesividad y una teoría de la pena de corte fuertemente preventivo<sup>33</sup>. Pero en la práctica, es en la etapa de investigación donde más proliferan los problemas, sobre todo, con relación a las posturas liberales sobre afectación a las garantías constitucionales (sobre todo relativas al derecho a la intimidad) mediante medidas de injerencia.

La doctrina de la *causa probable* o *sospecha razonable* (conocida en Argentina como la prohibición de la *Excursión de pesca*) exige que existan elementos que permitan presumir una actividad delictiva, antes de limitar la privacidad sin orden judicial, y su inobservancia deriva en la aplicación de las reglas de exclusión probatoria.

---

32 Otro ejemplo es la ley argentina 25.520 (sancionada justamente a fines de 2001) que permitía a la Agencia Federal de Inteligencia realizar investigaciones criminales a requerimiento judicial. Finalmente, esta facultad fue limitada en 2020.

33 Con esto no pretendo afirmar que Hassemer o Silva Sánchez hayan ignorado este aspecto. Por el contrario, le dedican una importante reflexión. No obstante, desde mi perspectiva, el análisis de la sociedad del riesgo y su impacto en el Derecho Penal de fondo ocupa un espacio más amplio en las bibliotecas, en comparación con el derecho procesal, y particularmente, el derecho procesal aplicado a las medidas de injerencia.

Recordemos el famoso fallo “*Katz vs. United States*”<sup>34</sup> de la Corte Suprema estadounidense, de 1967. Este fallo había sentado un precedente (adoptado luego por muchos tribunales de países democráticos) con relación a la **expectativa razonable de privacidad**, en un caso en el que el FBI había colocado un micrófono en una cabina telefónica pública, sin la debida autorización judicial. En un sentido análogo, pero en 2018, en el fallo “*Carpenter vs. United States*”<sup>35</sup>, el máximo tribunal norteamericano subrayó que esta expectativa de privacidad aplica para todos los datos de geolocalización y demás datos de registro que provienen de un abonado. En ambos casos, si no media orden judicial, se vulnera la Cuarta Enmienda constitucional.

Estos conceptos están muy apuntalados en las tradiciones judiciales occidentales, y los destacados en el párrafo anterior son sólo algunos ejemplos emblemáticos, adoptados hoy por la jurisprudencia en varios países.

Frente a ello, la pregunta nace espontáneamente: ¿Cómo se logra la convivencia entre la constante recolección de **cuanta información sea relevante** con fines preventivos del Sistema de Vigilancia y la **expectativa razonable de privacidad**? Evidentemente estamos ante un problema.

Una solución intuitiva sería sostener la nulidad, sin más, de toda medida de obtención de información producto del Sistema de Vigilancia, por tratarse de *excursiones de pesca* impulsadas por el poder Estatal a costa de la intimidad de los ciudadanos. Pero ¿qué efectos tendría limitarnos a una postura tan categórica? Si la intimidad de los ciudadanos se dirimiera sólo en el plano del proceso penal, esta solución debería dejarnos tranquilos en cuanto a los estándares de protección de nuestros datos privados. Sin embargo, desde una óptica más sistémica de la Vigilancia, el mero rechazo a la recolección de información por tratarse de un avasallamiento de los derechos constitucionales muy posiblemente generaría el efecto contrario al deseado, tal como intentaré explicar a continuación.

## V.- La investigación en su doble función: positiva y negativa

---

34 “Charles Katz v United States”, sentencia 389 U.S. 347 (1967), SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, 18/12/1967

35 “Carpenter v United States”, sentencia 585 US (2018), SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, 08/09/2021

El proceso penal es una de las diversas formas en que se manifiesta el poder punitivo del Estado, en la que éste entra en contacto, de forma concreta y con potencia restrictiva, con las libertades de los individuos.

En el proceso penal se encarnan aquellas tensiones fundantes del Estado Moderno y de su arquitectura contractual (seguridad vs. libertad; verdad vs. intimidad; interés social vs. interés individual). Durante este proceso, la relación Estado-ciudadano se enmarca en la **Justicia del Motivo**. Una serie de reglas derivadas de la presunción de inocencia, que se manifiestan en la obligación del Estado de articular cada una de sus intervenciones, explicando las motivaciones y los alcances de éstas.

Este modelo, previamente estipulado en el derecho positivo, comienza a operar desde el momento en que el Estado le imputa un hecho a un sujeto, entendiendo la imputación en términos amplios, es decir, desde que la autoridad estatal vislumbra algún indicio racional de criminalidad<sup>36</sup>. La presunción de inocencia, entonces, existe y es operativa independientemente de que el sujeto pasivo del proceso sepa que una sospecha recae sobre él. Lo protege, incluso, aunque este sujeto nunca tome conocimiento de su participación concreta en esta tensión.

La relación Estado-ciudadano (y por tanto la operatividad de esta presunción) se expresa principalmente en tres niveles dentro del proceso penal: **(i)** En el momento en que el Estado impulsa **medidas de injerencia** en la privacidad con el objetivo de recolectar información en torno al hecho criminoso (por ejemplo un allanamiento de morada) **(ii)** En el momento en que el Estado aplica **medidas cautelares o de coerción** con la finalidad de asegurar los fines del proceso penal (como la prisión preventiva) y **(iii)** en el momento en que la autoridad competente dicta una resolución respecto del mérito (como la **sentencia**).

En cada uno de estos niveles del proceso penal se presenta un conflicto concreto entre bienes jurídicos. Tanto la autoridad Judicial, como las partes intervinientes, deberán plantear la solución que consideran adecuada al caso conflictivo que se ventila. Para ello, recurrirán a las herramientas que les sean útiles

---

36 PUJADAS TORTOSA, Virginia. “*Para una teoría general de las medidas cautelares penales*”, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, Girona, 2007, pág. 55.

a tales fines, pero que al mismo tiempo doten a sus postulaciones de un marco de *racionalidad y previsibilidad*, estableciéndose de esta forma una suerte de *reglas del juego*.

De esta forma, el funcionamiento del proceso se aleja de un estado de indeterminación e incertidumbre, evitando que se reproduzcan preconceptos o prejuicios ideológicos con relación a los intereses que están en controversia<sup>37</sup>. Este marco de racionalidad se cristaliza justamente en los argumentos esgrimidos por cada uno de los intervinientes en el proceso (ya sea para petitionar, oponerse o resolver), apuntados a resolver, en cada caso, la prevalencia de un principio constitucional sobre otro, que se encuentran en una **relación de colisión**.

Este funcionamiento del proceso penal es un engranaje esencial de la maquinaria del Estado de Derecho moderno, al reconocer que entre los principios constitucionales no existen relaciones absolutas de precedencia, sino que deberá decidirse, en cada contexto, cuál principio cede ante el otro (que lo colisiona), sin que por ello sea declarado inválido para todos los casos. En otras palabras, los valores de los principios constitucionales no son cuantificables en abstracto. De esta forma, cada resolución quedará atada a las circunstancias del caso.

Esta perspectiva se vincula con lo que el neoconstitucionalismo alemán llama *ley de colisión*<sup>38</sup> y *ley de ponderación*<sup>39</sup> (balancing), que no sólo dota de razonabilidad al sistema argumentativo, sino que permite al sujeto pasivo del proceso, afectado por la decisión restrictiva de sus derechos, discutir la racionalidad de la misma, y por tanto, su validez.

Sin embargo, los tres niveles de restricción de derechos que se enunciaron antes no funcionan exactamente de la misma forma. Uno de ellos tiene una diferencia sustancial respecto de los otros dos, diferencia que adquiere especial relevancia en el contexto del **Sistema de Vigilancia** que vengo proponiendo.

Mientras que la sentencia **(iii)** o la medida cautelar **(ii)**, presuponen el conocimiento por parte del afectado de la medida que lo afecta, y

---

37 BRUZZONE, Gustavo, “*Estudios sobre justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 242.

38 Léase ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2012, pág. 71.

39 Léase ALEXY, Robert, cit., pág. 138.

consecuentemente, le dan la oportunidad de oponerse a la afectación (puntualmente a su motivación), esto no necesariamente es así con relación a las medidas de injerencia **(i)**. De hecho, en la abrumadora mayoría de medidas de injerencia que se practican en la investigación penal en torno al Crimen Organizado, es esencial para la autoridad estatal, que la diligencia ordenada sea desconocida por el afectado, si pretende que ésta sea exitosa.

En los apartados anteriores, se ha descripto la investigación penal que caracteriza esta época, y su dinámica prospectiva, como una actividad de monitoreo de actividades en curso. En esta línea, de más está aclarar que resultaría absurdo notificar a los miembros de una empresa narcocriminal, que se está monitoreando un transporte de estupefacientes mediante la interceptación de sus comunicaciones. La investigación penal en estos términos, por regla general, debe realizarse con carácter **reservado**, porque esa reserva es condición fundamental de su eficacia.

Ello no quiere decir que, para ordenar estas medidas de injerencia, se actúe por fuera de la Justicia del Motivo, se ignore la correcta aplicación de la Ley de Ponderación o que deba recurrirse a decisiones infundadas o arbitrarias. Lo que pretendo apuntalar aquí es la siguiente cuestión: el investigado no tendrá oportunidad de controlar dichas medidas de injerencia **ex ante** de la afectación del derecho, sino que, por el contrario, deberá hacerlo **ex post**.

Con relación a las medidas de injerencia se realiza un control en retrospectiva (con el derecho ya afectado) en el que la defensa buscará deficiencias argumentativas a partir de las cuales plantear la nulidad de la medida y la exclusión de sus eventuales consecuencias probatorias ponzoñosas<sup>40</sup>. Para materializar este planteo, entonces, el afectado deberá recorrer retroactivamente la **trazabilidad** del proceso, paso por paso, eslabón por eslabón, y detectar fallas en la cadena estatal de recolección de información. Si uno de esos eslabones fracasa en su motivación, todos los siguientes se caen.

---

40 La doctrina del fruto del árbol envenenado es una solución propuesta ante esta dinámica, originada a principios del siglo XX, actualmente está consagrada en todos los Estados de Derecho modernos, incorporada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la década de 1980 (STC 114/1984).

Ahora bien, las autoridades estatales que impulsan la investigación penal<sup>41</sup> y planifican la ejecución de las medidas de injerencia son plenamente conscientes de esta posibilidad, y sería *naïf* pretender que no se anticipen a ella. Esto resulta lógico, ya que el principal motor de estas agencias es la eficacia de la investigación.

Entonces, la investigación penal, en términos de monitoreo de actividades en cursos, tendrá **dos funciones** diferentes y sucesivas, siendo una **positiva** y la otra **negativa**. Por un lado, recolectar *cuanta información sea relevante*<sup>42</sup> (positiva) y por el otro, evitar que una eventual defensa futura tenga argumentos que impidan que esa información se convierta en prueba (negativa).

Entonces, si la tarea de control de las medidas de injerencia, realizada por la defensa técnica en un proceso penal, en la mayor cantidad de casos se realiza *ex post*, su éxito dependerá de qué tan correctamente sea desarrollada la investigación en su función **negativa**.

Como se dijo, la trazabilidad de las medidas de injerencia se realizará con relación a sus motivaciones, las cuales han quedado plasmadas en el proceso penal (materializado en expedientes, legajos de prueba, comunicaciones internas, grabaciones de video y todo otro registro de la actividad investigativa, dependiendo del sistema procesal). A esta altura es una obviedad, pero no está de más remarcarlo: el control retrospectivo de la defensa será realizado sobre aquello que ha dejado huellas y es susceptible de ser auditado.

Entonces, ¿es posible que parte de la información recolectada en la **función positiva** de la investigación sea utilizada de algún modo, pero sin introducirla en el proceso penal, debido a su carácter conflictivo con la **función negativa** de la pesquisa? Hay que reconocerlo: es perfectamente posible.

*Follow the money*, le indicó *Garganta Profunda* al periodista del Washington Post para orientar eficazmente su investigación. Aun así, desconocemos qué sabía, ni cómo lo había averiguado, pero evidentemente ese era el camino para develar la verdad de los hechos, que luego quedaría plasmada en la publicación periodística, pero sin ninguna mención de aquel informante.

---

41 Que en adelante llamaré agentes del Sistema de Vigilancia, englobando Poder Judicial, Ministerio Público y Fuerzas Policiales.

42 Como indicaba el Real Decreto 400/2012

En efecto, mientras la función positiva de la investigación expande el cúmulo de información, la función negativa recorta aquella porción que ingresará al proceso penal, quedando el sobrante en una **zona no trazable** del Sistema de Vigilancia.

## **VI.- Espacio trazable y espacio no trazable como parte de un mismo sistema**

Uno de los aportes más importantes de la criminología crítica de mediados del siglo XX posiblemente haya sido su teorización sobre el proceso de criminalización, al dividirlo en su faz **primaria** (mecanismo de producción de normas) y su faz **secundaria** (la acción de las agencias estatales en la aplicación de esas normas)<sup>43</sup>. Esta distinción, y particularmente la disquisición sobre los alcances de la criminalización secundaria, permitió indagar en la existencia de **sistemas penales paralelos y subterráneos**, en los que se reproducen ámbitos de aplicación discrecional del poder punitivo, fomentando (el propio poder punitivo) empresas ilícitas, lo que sería una paradoja en el ámbito del saber jurídico.

Estas categorías de ningún modo deben confundirse con lo que en el presente trabajo quiero categorizar como **espacio no trazable del Sistema de Vigilancia**, ya que, si bien pueden compartir alguna característica, no son conceptos equiparables.

La criminología crítica pone como ejemplos de estos sistemas penales paralelos a aquellas instituciones o espacios de disciplinamiento en los que se aplica el poder punitivo (como por ejemplo centros tutelares para menores) o bien, sistemas subterráneos en los que se producen detenciones clandestinas, acciones de grupos de tareas, centros secretos de detención y tortura, todos espacios y métodos que, dicho sea de paso, han sido utilizados con indeseable frecuencia por todos los países del planeta durante el último siglo<sup>44</sup>.

Si bien el poder punitivo se canaliza a través de estos sistemas, como su nombre lo sugiere, estos espacios permanecen **paralelos** al orden jurídico. Con

---

43 Sobre este tema léase BARATTA, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal”, Siglo XXI, México, 2009, pág. 167.

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 26.

ellos se busca aplicar la violencia estatal sin entrar en contacto con el proceso penal, evitando que se haga pública. De hecho, se busca todo lo contrario, alejarse lo más posible del proceso penal, inclusive llegando hasta soluciones similares a una sentencia final, actuando directamente sobre el cuerpo del sujeto pasivo del poder punitivo (sobre su libertad de locomoción, sobre su identidad e incluso sobre su vida) intentando que no quede registro histórico de ello<sup>45</sup>.

La finalidad del **Sistema de Vigilancia** en torno a la criminalidad organizada es justamente el contrario: lograr el juzgamiento de las conductas delictivas, en el marco de un proceso penal formal. Se pretende arribar a una condena judicial. Su estructura de funcionamiento está orientada a ese fin. Por tal razón el espacio no trazable del Sistema de Vigilancia no se desarrolla en paralelo al espacio trazable, sino que justamente, ambos son parte de un mismo espacio que los contiene, pero luego, sus límites son dibujados por la **función negativa** de la investigación penal.

Para profundizar sobre este punto, corresponde recapitular los conceptos reseñados en los apartados anteriores:

i. El Sistema de Vigilancia *post* 11-S busca **dar respuesta a la demanda social de seguridad**, por tanto, deberá conseguir este fin de manera pública, a la vista de quienes impulsan esta demanda. Debe mostrar resultados. Además, aunque se basa en una narrativa de *amenaza inminente*, esta demanda aún se mantiene dentro de un marco de normalidad institucional, en el que las Constituciones Nacionales se encuentran en plena vigencia, sin que sean activados los mecanismos de excepción<sup>46</sup>. Entonces, la respuesta posible para el fenómeno delictivo de la Macrocriminalidad es la condena penal.

ii. Este Sistema de Vigilancia actúa sobre la amenaza, por tanto, su **dinámica temporal es orientada a futuro**, mediante el monitoreo de las actividades en curso desarrolladas por la criminalidad organizada, fenómeno delictivo que da contenido a dicha amenaza.

---

45 Un trabajo notable que describe estos sistemas es “Poder y Desaparición” de Pilar Calveiro, doctora en ciencia política por la UNAM de México, fue víctima de la dictadura argentina de la década de 1970, permaneciendo secuestrada en diversos campos de concentración (CALVEIRO, Pilar “Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina”, Colihue, Buenos Aires, 1995).

46 Como los previstos en el artículo 116 de la Constitución Española, que hemos mencionado.

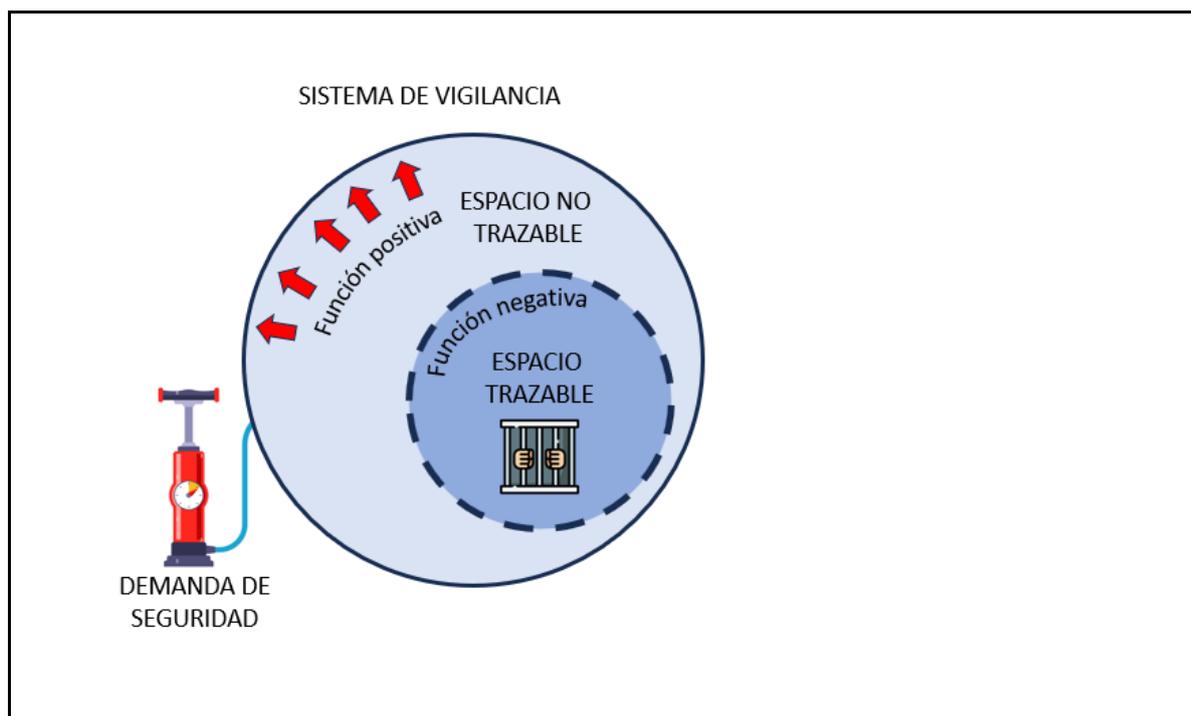
iii. Para ser eficaz en este monitoreo, y teniendo en cuenta que las actividades delictivas están en curso, es condición necesaria que el Sistema de Vigilancia se manifieste en el nivel del proceso penal dominado por las **medidas de injerencia de carácter reservado**. Por eso, este sistema no se manifiesta en los niveles de las medidas de coerción, ni en la sentencia penal.

iv. Para lograr dar respuesta a la demanda social, este Sistema tiende a la recolección de toda aquella información que pueda ser relevante (**Función Positiva** del Sistema de Vigilancia).

v. Paralelamente, y anticipándose al control *ex post* de la defensa, el Sistema de Vigilancia va seleccionando qué datos formarán parte del espacio trazable, y qué datos quedarán fuera de él (función **negativa** del Sistema de Vigilancia).

vi. Teniendo en cuenta la finalidad expuesta en el punto i, y a diferencia de lo que sucede con los sistemas penales paralelos y subterráneos, la tendencia del Sistema de Vigilancia será la de **introducir la mayor cantidad posible de información en el espacio trazable**. No obstante, como veremos en los próximos apartados, esto dependerá de las **posibilidades fácticas y jurídicas** con que cuente.

Esto podría graficarse de la siguiente manera.



Volvamos al arquetipo. En *Todos los hombres del Presidente*, *Garganta profunda* se reúne con Woodward (Redford) en secreto y le aporta una información orientativa (*Follow the money*). El hecho de ser orientativa no le quita ninguna importancia a esta información, de hecho, este ejemplo podría equipararse con un informante que le explica a un agente policial: “*La cocaína está oculta en ese predio*”. Este consejo es el que motiva a Bernstein (Hoffman) a revisar el flujo de cheques y depósitos bancarios, y descubrir de esta manera, el desvío ilegal de dinero del caso Watergate. Finalmente, estos documentos bancarios son expuestos como prueba en el Washington Post, y el efecto dominó culmina con la renuncia de Nixon.

En el Washington Post han quedado plasmadas estas pruebas documentales y (sólo a los fines de este ejemplo) podríamos equiparar el periódico con un expediente. A la mañana siguiente, uno de los funcionarios denunciados en la publicación podrá oponerse a lo que se manifiesta en esos cheques, pero nada podrá opinar sobre *Garganta Profunda* porque nada dice el periódico sobre él, y por tanto, ese lector desconoce su existencia.

Estratégicamente, las autoridades del Washington Post han decidido no nombrar al informante en la publicación, para no exponerse a que los afectados puedan manifestar dudas sobre la noticia. O, más aún, acusar una animosidad en la publicación, persecución mediática o instalar en la opinión pública que las fuentes que utilizó el periódico son poco fiables. Por supuesto, los cheques son contundentes como prueba, pero la realidad es que a ellos se llegó gracias al informante y éste ha quedado del lado del **espacio no trazable**. Ahora bien, qué más quisiera el Washington Post que mencionar a *Garganta Profunda* y realizarle una profunda entrevista, mientras más elementos de prueba se expongan, mejor (punto vi). Pero los problemas de su estadía en el mundo trazable (el alud de preguntas sin respuestas que generaría) son mayores que los problemas que representa si permanece en el mundo no trazable, es aquí cuando el periódico (función negativa de la investigación) omite mencionarlo.

Ahora resta cambiar a los periodistas por agentes del Sistema de Vigilancia, al periódico por expediente, a *Garganta Profunda* por un informante no registrado posiblemente implicado en la actividad delictiva, y a los funcionarios acusados que leen el periódico por imputados de pertenecer a una empresa narcocriminal.

## VII.- La expansión del espacio no trazable y sus efectos

Coincido con lo expuesto por Terradillos Basoco, respecto de que las causas que motivan la expansión del Derecho Penal (sobre todo la demanda de seguridad) son tan efectivas, que sólo puede pronosticarse que continúen vigentes<sup>47</sup>.

Frente a esta demanda (como se remarcó) los mecanismos tecnológicos de Vigilancia experimentan una expansión exponencial respecto de sus posibilidades. Las comunicaciones multimedia instantáneas, identificación por datos biométricos, la inteligencia artificial orientada al tratamiento de la *big data*, los mecanismos de geolocalización, son algunos entre millones de instrumentos que desarrollan cada año las empresas multinacionales, orientándolos al estudio de los patrones de comportamientos, deseos, gustos, temores, inquietudes, y todo otro dato que permita predecir la conducta colectiva de grandes poblaciones relativas a sus consumos, información fundamental para luego diseñar sus estrategias de mercado. Este entramado de sistemas de recolección de datos es administrado por lo que Terradillos Basoco llama **Soberano Privado Supraestatal Difuso**<sup>48</sup>, algo así como un gran panóptico no nacido del contrato social, sino que está conformado por corporaciones.

Muchos de estos instrumentos son importados por las agencias del Estado y redirigidos a finalidades investigativas. De esta forma, la constante expansión en las posibilidades tecnológicas de control, potencian la capacidad de las agencias estatales en el impulso de lo que en este trabajo se definió como **función positiva** del Sistema de Vigilancia.

Obviamente, la velocidad con que estas nuevas tecnologías llegan hasta las manos de los agentes estatales es mucho mayor que la velocidad con que los poderes del Estado incorporan su uso al derecho positivo. Tal situación provoca dificultades en su aplicación dentro del mundo trazable, provocando un exponencial **crecimiento del espacio no trazable**.

---

47 TERRADILLOS BASOCO, Juan María “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico” Revista Nuevo Foro Penal, N°. 70, ISSN 0120-8179, 2006, pág. 90.

48 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, cit. pág. 93. Sobre esto también reflexiona profundamente Bauman. Creo que aquí hay una pregunta crucial que excede este trabajo, sobre la relación entre la demanda social de seguridad y la necesidad empresarial de recolectar datos sobre decisiones de los consumidores ¿Es la primera consecuencia de la segunda?

Esta tendencia, además, es exacerbada por el hecho de que los instrumentos tecnológicos utilizados dejan cada vez menos rastros, reportando menos potenciales problemas a partir de su uso informal (de nuevo, sólo es auditable lo que deja huellas).

Examinemos, por ejemplo, cómo define la LECrim española el registro remoto de dispositivos: *“la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico”*<sup>49</sup>. Esta medida fue incorporada en el sistema procesal español en 2015, mediante la Ley Orgánica 13/2015, que en el apartado IV de su preámbulo reconoce que esta herramienta venía generando problemas (en el espacio trazable) debido a que los *“voluntariosos tribunales”* la aplicaban de forma análoga con las interceptaciones telemáticas tradicionales (diseñadas para comunicaciones telefónicas). No obstante, la historia de este tipo de herramientas informáticas (llamados troyanos) no empezó en 2015, sino que tiene orígenes más remotos. Desde la década de 1980 han sido utilizados por los servicios de inteligencia<sup>50</sup>, lo que induce a pensar desde cuándo forman parte del mundo no trazable del Sistema de Vigilancia.

Entonces, la expansión del catálogo de herramientas, y la sofisticación de las mismas, sobre todo en su grado de sigilo, provocan un crecimiento del espacio no trazable debido a que la utilización de estos instrumentos permite la colección a granel de información, minimizando riesgos de que queden registros.

Alguien podría esgrimir que esto tiene efectos deseables frente a la demanda de seguridad, toda vez que, en definitiva, tanto el espacio no trazable como el trazable forman parte de un sistema que pretende enjuiciar a los responsables. Sin embargo, el crecimiento del espacio no trazable trae múltiples efectos indeseables para el Estado de Derecho, pero en este caso resaltaré dos de ellos:

---

49 LECrim, Artículo 588 septies a. 1.

50 Por ejemplo [https://elpais.com/diario/2004/02/28/internacional/1077922815\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2004/02/28/internacional/1077922815_850215.html) léase

i) El primero es evidente. Se reproduce el avasallamiento incontrolado de los derechos del individuo cuyos datos son monitoreados por si acaso<sup>51</sup>, sin límite temporal, sin evaluación de proporcionalidad, etc.

ii) El segundo tiene que ver con el **incremento de las posibilidades de corrupción**.

En el delito de cohecho, por ejemplo, se produce una negociación entre partes, en la que cada una de ellas ofrece una prestación. El aumento en la cantidad de información *off the record* en manos de los agentes estatales, amplía las posibilidades de negocio para los funcionarios corruptos.

Para ejemplificar este fenómeno, traigo a colación un caso en cuya investigación participé durante siete años. Esta pesquisa fue desarrollada por la Procuraduría de Narcocriminalidad de Argentina en torno a las maniobras delictivas de un Juez Federal de ese país y de sus dos Secretarios.

Veamos una de esas maniobras:

El Juez investigaba una organización narcocriminal asentada en la provincia de Corrientes. Paralelamente, el Magistrado tenía información (obtenida *off the record*) de que a 600 kilómetros de allí se había interceptado una camioneta con una tonelada de droga, y que sus ocupantes habían huido. A su vez, el juez tenía información de que esa camioneta pertenecía a la banda criminal antes mencionada. Entonces, a través de una interpósita persona, negoció el pago de un soborno para no resolver la conexidad de ambas causas<sup>52</sup>. Aquí lo vemos con claridad. El Juez tiene información en el espacio no trazable (conexidad de ambos expedientes) y la dádiva tiene como contraprestación la no incorporación de esa información al espacio trazable (quedando impune la maniobra de transporte).

El espacio no trazable de la Vigilancia es inevitable, pero sus efectos indeseables obligan a buscar los mecanismos para reducirlo lo más posible.

---

51 Este efecto indeseable es bien evaluado en el preámbulo de la propia ley Orgánica 13/2015,

52 Causa CFP 9886/2018, TOF Corrientes. Esta maniobra fue expuesta en detalle en el alegato fiscal del caso, véase minuto 01:44:07 a 01:54:28 del siguiente video: <https://youtu.be/KzuDhQ6fgqA?t=6210>

He venido remarcando que ambos espacios funcionan como un Sistema, por lo que, aquellas modificaciones que se realicen en el mundo trazable (reformas en el proceso penal) necesariamente repercutirán en el tamaño del espacio no trazable, ya sea para aumentarlo, ya sea para reducirlo.

## VIII.- Reformas procesales de efecto expansivo del espacio no trazable

No toda reforma procesal que exprese una declaración de intenciones en pos del enjuiciamiento de la criminalidad organizada tiene efectos positivos en el Sistema de Vigilancia.

Por ejemplo, la LECrim española no prevé la figura de la **denuncia anónima**<sup>53</sup>, figura que viene siendo fomentada como una forma de perseguir al Crimen Organizado, fundamentada en la necesidad de que estas conductas sean más denunciadas, evitando los riesgos de sufrir represalias por ello.

No obstante, este tipo de figuras, como la *notitia criminis*, que sí está incorporada al derecho positivo español<sup>54</sup>, pueden ser fácilmente utilizadas por el propio Sistema de Vigilancia para introducir al expediente información habitante en el espacio no trazable. Ello, porque funcionan como **rendijas procesales**, ya que permiten el paso de información (tal como las rendijas permiten la ventilación entre habitaciones) pero no dejan ver a través de ellas. Resulta imposible determinar si la información recibida mediante estas figuras procesales tiene su origen en un vecino asustado, o en una agencia de investigación que viene monitoreando actividades delictivas hace años sin mandato judicial. Son figuras que permiten el **flujo unidireccional** de información, e impiden su trazabilidad. En este caso, el arquetipo de *Garganta Profunda* aparece nuevamente, siendo estas rendijas procesales como aquel subsuelo del centro comercial.

Este tipo de reformas, a mi criterio, pueden ser muy provechosas para un caso concreto y en soluciones a corto plazo, pero desde una perspectiva más amplia generan más problemas que los que resuelven, al expandir enormemente el espacio no trazable. La propia jurisprudencia española reflexiona sobre ello en el

---

53 Los artículos 266 y 267 exigen la identificación del denunciante.

54 LECrim, artículo 308. De hecho el TS español había equiparado ambas figuras en 2013 (Tribunal Supremo, sala segunda, (penal) STS 318/2013, 11 de Abril de 2013.

Caso de la lista Falciani, en el que se marca la posibilidad de que un denunciante actúe como *una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal*<sup>55</sup>.

## **IX.- Conclusiones**

### **a) La solución a la macrocriminalidad no está en el derecho penal de fondo**

El paradigma de la emergencia que invade en todos sus niveles las decisiones legislativas del siglo XXI deriva en una política criminal de carácter reactivo, que torna cada vez más difusa la distinción entre norma y excepción. La creciente criminalización aparece como única respuesta lógica ante esta emergencia, no porque sea efectiva frente al problema de fondo, sino porque es la única propuesta de política criminal capaz de funcionar como lenitivo instantáneo de la demanda social.

Para subir las escalas penales, o criminalizar una nueva conducta, sólo es necesario lograr las mayorías parlamentarias, e instantáneamente se puede explicar ante los ciudadanos que el cuerpo estatal responde a sus demandas. Desde el punto de vista electoral, esta dinámica (como si fuera la selección natural darwiniana) garantiza la supervivencia de los espacios políticos que más rápidamente se adaptan a este medio ambiente de creciente criminalización.

El problema radica en que esta respuesta política a la demanda social nace de una contradicción en sí misma, que podemos definir en palabras de Espósito: es la figura autorrefutadora de una *guerra tendiente a evitar la guerra*<sup>56</sup>. Así, norma y excepción se transforman en la misma cosa. Por eso, se exige que la respuesta sea rápida y contundente, y por tanto irreflexiva.

En consecuencia, el Derecho Penal de fondo es cada vez menos capaz de explicar los problemas que derivan de esta contradicción inicial de la Política Criminal, y paulatinamente se satura de figuras que son incompatibles entre sí, perdiendo su racionalidad sistémica.

El desenlace de este proceso también es lógico: la proliferación de teorías subjetivistas, que colocan en su centro de gravedad a la mera infracción a la norma.

---

55 Tribunal Supremo, sala segunda, (penal) STS 116/2017, 23 de Febrero de 2017

56 ESPOSITO, Roberto, cit., pag. 237.

Estas tesis, en el contexto que hemos descripto, se muestran más racionales, porque parecen resolver muchas de esas contradicciones. Es natural que, ante un aluvión de figuras legales que comienzan a contradecirse, el sistema buscará preservar su racionalidad sustentándola en la autoridad de la norma y no en su espíritu, como cuando un padre da órdenes contradictorias, y ante los planteos de su hijo, las reafirma: *porque yo lo digo*.

El problema es que sin desvalor de resultado, y con la acción centrada en la infracción a la norma, al final del camino, prescindiremos de la concepción de Bien Jurídico, desapareciendo la lesividad como limitante del poder punitivo.

Nótese la fuerza de este proceso, que los propios críticos de la expansión del Derecho Penal acogen “*con reservas*” las posturas similares a las del Derecho Penal del Enemigo propuesto por Jackobs, solución que caracterizan como “*inevitable*”<sup>57</sup> o como fruto de “*claudicaciones resignadas*”<sup>58</sup>. Esta propuesta, orientada a reducir la operatividad de garantías constitucionales para ciertos individuos (calificados en ciertas teorías como no-ciudadanos), a mi criterio, genera muchos más problemas que los que resuelve. El remedio, en última instancia, es peor que la enfermedad, y el Derecho Penal de fondo evidencia cada vez más su incapacidad para resolver la cuestión.

#### **b) El derecho procesal tiene mejores herramientas frente a la macrocriminalidad**

Se suele opinar que el grado de sofisticación con que opera la Macrocriminalidad, es el principal obstáculo para su juzgamiento, y por ello resulta necesario recurrir a tipos penales de peligro abstracto, y consecuentemente, a posturas subjetivistas.

Dicho de otro modo, como las agencias estatales son deficientes en la recolección de elementos de prueba con relación a la criminalidad organizada, se justifica la creación de figuras delictivas más laxas en cuanto a sus exigencias probatorias, figuras centradas en el desvalor de la acción y no en resultados lesivos, siendo estos últimos más difíciles de probar. Según este enfoque, tipos penales

---

57 SILVA SANCHEZ, Jesús María, cit., pág. 184.

58 HASSEMER, Winfried, cit. pág. 40.

como el enriquecimiento ilícito son necesarios, porque es muy difícil probar un soborno.

Sin entrar en la discusión sobre esa afirmación, este enfoque oculta, justamente, que el Estado tiene dificultades para investigar a la Macrocriminalidad, y por tanto, necesita dotarse de mejores herramientas para hacerlo. En suma, el trabajo más arduo debe realizarse en la órbita del derecho procesal, y particularmente en las medidas de injerencia.

El principal problema, está claro, es que este tipo de reformas no tienen el rédito electoral inmediato que puede tener el aumento de penas, la baja en la edad de imputabilidad o la creación de nuevas figuras penales. No obstante ello, creo que el desafío del mundo académico es el de visibilizar esta necesidad y lograr que gane protagonismo en el debate, actualmente dominado por las discusiones del Derecho Penal de fondo.

**c) No debe negarse que hay un espacio no trazable de vigilancia, sino reconocerlo para desincentivarlo**

Para esta última conclusión me permito recurrir a una analogía.

En Latinoamérica, existe un debate que suele ocupar gran parte de la agenda en años electorales, la llamada *flexibilización laboral*. En esta región, la *economía en negro*, y consecuentemente las relaciones laborales no registradas, suelen ser muy elevadas y todo el arco político reconoce este problema y sus consecuencias negativas.

Frente a esto, emergen posturas que sostienen que el crecimiento del trabajo no registrado se debe a las fuertes cargas impositivas que deben pagar los empresarios cada vez que contratan a alguien *en blanco*, lo que incentiva que los contratos no se registren. Del otro lado, sostienen que esto es una excusa para bajar los costos y aumentar las rentabilidades. No obstante, nadie niega la existencia de un universo laboral registrado y otro no registrado, disquisición fundamental para diseñar las políticas que permitan abordar el problema.

El Sistema de Vigilancia se encuentra en exponencial crecimiento, y como vimos, también está constituido por un espacio en *blanco* y otro en *negro*. Por su naturaleza, el Estado es incapaz de sancionar normas que se apliquen directamente en el espacio no trazable (como no se puede regular directamente el trabajo no registrado), pero sí resulta necesario reconocer su existencia, si se pretende

desincentivarlo. El espacio no trazable trae graves problemas, pero negar su existencia sólo provoca su crecimiento sin medida. Esto motiva a reflexionar sobre cómo operan las garantías derivadas del derecho a la intimidad, y no quedarse simplemente con la concepción liberal clásica, concebida para otro momento histórico.

Al mismo tiempo, podemos reconocer que el trabajo más arduo hay que hacerlo en el plano procesal del Derecho Penal, pero eso no implica que cualquier reforma que permita reunir pruebas para el juzgamiento de la Macrocriminalidad sea positiva.

Existen, como vimos, reformas que pueden incentivar un aumento de los espacios no regulados, y paradójicamente, reproducir la criminalidad en lugar de disminuirla. Por tanto, el reconocimiento de la existencia de estos espacios (aunque ello implique que el Derecho Penal tenga que reconocer ámbitos que se desarrollan por fuera de él) es la única forma de teorizarlos, analizar su impacto en el mundo trazable, y finalmente, diseñar estrategias para reducirlos.

## X.- Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio, “*Homo Sacer II. Primera Parte. Estado de Excepción*”, Editora Nacional, Madrid, 2002
- ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2012
- BARATTA, Alessandro “*Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*”, Siglo XXI, México, 2009
- BAUMAN, Zygmunt y LYON, David, “*Vigilancia líquida*”, Paidós, Buenos Aires, 2013
- BRUZZONE, Gustavo, “*Estudios sobre justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005
- CALVEIRO, Pilar “*Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*”, Colihue, Buenos Aires, 1995
- ESPÓSITO, Roberto, “*Bíos. Biopolítica y filosofía*”, Amorrortu Editores, Buenos Aires - Madrid, 2021
- HASSEMER, Winfried, “*Persona Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*”, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019
- PAVARINI, Massimo, “*Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008

- PUJADAS TORTOSA, Virginia. “*Para una teoría general de las medidas cautelares penales*”, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, Girona, 2007
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*”, Euros Editores y Editorial BdeF, Buenos Aires, 2011
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico” Revista Nuevo Foro Penal, N°. 70, ISSN 0120-8179, 2006
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Ediar, Buenos Aires, 2002