

TRABAJO FINAL

TEMA: "EL AGENTE PROVOCADOR EN EL DELITO EXPERIMENTAL"



MATERIA: SEMINARIO FINAL.-

TUTOR: DR. MARCELO BERNAL.-

ALUMNA: MARIA GABRIELA MARRAMÀ.-

AÑO 2008

<u>INDICE</u>	
	Página
Introducción y Nociones Básicas	4
1.- Planteamiento del problema	7
2.- Objetivo General y Objetivos Específicos	7
2.1.- Objetivo General	7
2.2.- Objetivos Específicos	7
3.- Justificación del Tema	8
4.- Marco Teórico	9
4.1.- Definición de conceptos básicos a emplear	9
4.2.- Antecedentes de la investigación.	10
4.3.- Introducción al Marco Teórico: Descripciones previas	11
5.- Metodología de Trabajo	15
5.1.- Recolección y presentación de datos.	15
5.2.- Métodos de análisis de la información relevada.	15
5.3.- Fuentes de Investigación utilizadas.	16
5.4.- Diseño de Investigación.	16
CAPITULO I El Delito Experimental	
1. - El Delito en el Derecho Positivo.	20
1.1.- Los sistemas que explican al delito.	20
1.2.-Diversos conceptos de delito.	20
1.2.- Doctrina en nuestro país.	21
2. Delito Experimental	25
2.1. Noción. Naturaleza jurídica	25

CAPITULO II El Agente Provocador	
1. El Agente Provocador en el derecho penal.	27
1.1.Introducción	27
1.2. Concepto	28
1.3. La función del Agente provocador. Alcances	28
1.4. La tarea investigativa de la prevención y las garantías constitucionales	30
2. Diferencia con el Agente Encubierto	32
2.1.El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes	36
2.2. ¿El agente provocador ha encontrado recepción en el derecho positivo argentino a partir de la introducción del agente encubierto en la ley de drogas?	37
CAPITULO III Derecho Comparado	
1.Delito Experimental y agente encubierto: La doctrina sobre "Entrapment"	40
1.1.Casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos	43
2. Delito Experimental Y Agente Encubierto: La Doctrina Española.	49
CAPÍTULO IV NOTA A FALLO	
1.Cámara Nacional de Casación Penal, salaIV (CNCasacionPenal)(SalaIV) 1997/09/11 Sanabria, Virgilio.	54
CONCLUSION	75
ANEXO	78
BIBLIOGRAFÍA	135

INTRODUCCION Y NOCIONES BÁSICAS

La política criminal tradicionalmente ha sido definida como " el sistema de decisiones estatales (de todos los poderes incluido el Constituyente) que, en procura de ciertos objetivos (que deberán ser la protección de los derechos reconocidos al individuo por su condición de tal o como miembro de la sociedad), define los delitos y sus penas (u otras consecuencias) y organiza las respuestas publicas tanto para evitarlos como para sancionarlos, estableciendo los órganos y los procedimientos a tal fin, y los limites en que tales decisiones se deberán encausar."(1)

Sin embargo, ha sido a veces utilizada como un instrumento en el proceso de control y criminalización del Estado contra los grupos más vulnerables, sometiéndolos al control penal punitivo de forma selectiva.

El poder estatal implica que tanto las autoridades como los particulares están sometidos a las normas, y éstas son las que prescriben la coacción. El monopolio del ejercicio de la fuerza es una de las atribuciones de todo Estado; en palabras de Norberto Bobbio: "si el uso de la fuerza es la condición necesaria del poder político, sólo el uso exclusivo de este poder es la condición suficiente. (2)

El uso del monopolio de la fuerza debe partir del principio universalmente reconocido de que el núcleo esencial del sistema político de la democracia constitucional es el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de toda persona, lo que implica que el empleo de la fuerza estatal está limitado por esos derechos y por las normas que prescriben la coacción. (3)

Sabemos que siempre que el derecho penal aportó algo a la humanidad lo hizo mediante su limitación. Se hace menester partir de esta constatación para replantear el derecho penal sobre esa base cierta. La legitimidad del derecho penal como ciencia o saber se basa en su capacidad limitante del poder punitivo

Conforme a lo anterior, el sistema penal presenta diferentes grados de peligrosidad para los habitantes, según sean su status social y sus características personales. Es claramente verificable la sobre representación de algunas minorías en la prisionización, la presencia de mayor número de inmigrantes, en ocasiones la persecución a minorías sexuales, en todo caso la mayor incidencia en hombres jóvenes, desempleados, habitantes de barrios marginales, etc. La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de una epidemia.

Pero en los países periféricos, como son los latinoamericanos, debido a la creciente polarización de riqueza, la mayoría de la población se halla en estado de vulnerabilidad frente al poder punitivo.

En este contexto y circunstancia, es importante recordar que un saber difícilmente merece el nombre de ciencia si carece de contenido ético, especialmente cuando se trata de un saber estrechísimamente vinculado al poder, como en el caso del jurídico penal. Las desviaciones del discurso penal separado de la ética llenan de horrores la historia de la humanidad en los últimos ochocientos años. No obstante, cuando evocamos a nuestros próceres, no recordamos a quienes legitimaron con discursos aberrantes el ejercicio genocida del poder punitivo, sino a quienes quisieron limitarlo o reducirlo.

La rectitud y la adecuación a la moral del derecho penal, reclamada insistentemente por WELZEL y por BETTIOL, era el grito de alerta contra la razón de estado o contra un pretendido naturalismo que arrasaba con la persona.

Aunque mucho se ha insistido en la necesidad de una Política Criminal coherente y racional por parte de los Estados, el mero repaso histórico de distintos ordenamientos positivos muestra la recurrencia de contradicciones e incongruencias con aquel objetivo de racionalidad. (4)

Ahora bien, con el advenimiento del siglo XXI, la consolidación del fenómeno conocido como "globalización", el abandono del Estado Social y el surgimiento del Estado Mínimo, la consiguiente exclusión de millones de personas del "sistema de derechos" del constitucionalismo moderno, se ha instalado fuertemente en el discurso académico y popular la idea de "prevención penal" como parámetro rector de la política criminal, en desmedro de los principios reductores del Derecho Penal Liberal (legalidad, reserva, culpabilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, etc.) produciéndose un cambio de timón en la función del Derecho Penal.

Es evidente que estamos frente a una nueva configuración de las relaciones mundiales de poder, basado en la producción de diferencias. De hecho, el proyecto de "aldea global" que marcaba "el fin de la historia", se devela como ideología y utopía a la vez, que hace evidentes las diferencias raciales, políticas, sociales, económicas, étnicas, mercantiles, productivas, de apropiación de excedentes y culturales. Más que un modelo de integración económica o de apertura de mercado, estamos frente a un modelo que está globalizando las formas de explotación y discriminación del "otro".

La función de la teoría del delito, como toda la elaboración del derecho penal y criminológico, desde el punto de vista ético, debe estar centrada en la capacidad de contener el poder punitivo del Estado, si no contenemos el poder punitivo del Estado a través de una elaboración jurídico-penal ética donde prevalezca la justicia social sobre el enunciado de la ley, construida para los fines del poder; si no paramos el poder punitivo de alguna manera; en suma, si no lo reducimos, el monopolio del ejercicio de la violencia contenida en el Estado, esta institución de

evidente naturaleza política se desborda y el "Estado de derecho" desaparece. Entonces la función del derecho penal desde el punto de vista ético, debe ser sustancialmente una función de contención del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Cuando no existe ninguna ética en el ejercicio del poder, o bien el poder responde a sus propios valores éticos de dominación, entonces este no responde al principio de mandar obedeciendo y respetando a los intereses de los gobernados; cuando ésta función encomendada a los gobernantes falla, el Estado de policía emerge con todo, y entonces la CIA, los Halcones del Pentágono, la GESTAPO, la KGB, la AFI, la PFP, y por supuesto LOS AGENTES PROVOCADORES, así como otros cuerpos policiales y paramilitares, operan con toda impunidad, pero dentro de la ley.

El valor ético de la norma se mide por el contenido de los principios constitucionales, si estos principios son justos, es un deber ético regirse por esos valores, si la ley que surge de esos principios constitucionales es injusta es un deber ético de los pueblos oponerse a dicha ley por injusta. La amenaza de que el Derecho Penal pueda ser utilizado como antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central, sirve para hacer un llamado para el ejercicio de un debate social comprometido sobre un tema crucial para el desarrollo y consolidación de la Democracia en las sociedades latinoamericanas de transición como la nuestra. (5)

-
- 1.-CAFFERATA NORES, JOSE I. Y/Otros. "Manual de Derecho Procesal Penal". Ed. Universidad Nacional de Córdoba.
 - 2.-PILAR NORIEGA "El monopolio de la coacción". (Texto publicado en el periódico La Jornada, México, domingo 14 de mayo de 2006). (<http://www.jornada.unam.mx/2006/05/14/012a1pol.php>)
 - 3.-BOBBIO, NORBERTO, "*Estado y sociedad, por una teoría general de la política*", Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, México, 1999, pág. 108.
 - 4.-MAHIQUES, CARLOS ALBERTO - GRASSI, ADRIÁN PATRICIO, La prevención especial a la deriva, o una inconfesada vuelta a la inocuización • Doctrina • LA LEY 2007-F, 1322
 - 5.- PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE ÉTICA CONTEMPORÁNEA Y MEMORIA HISTÓRICA, Ética y derecho, LORENZO ISMAEL VARGAS SÁNCHEZ. (Viernes, septiembre 01, 2006.) <http://sociedadesdecontrol.blogspot.com/2006/09/tica-y-derecho-notas-al-primer.html>

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para estructurar formalmente la idea de la presente investigación, comenzaremos señalando que este estudio tiene por objetivo conocer la figura del agente provocador el cual realiza su función dentro de lo que se denomina el delito experimental. ¿Cuál es su actividad específica y principalmente, cómo podemos comprobar la ilicitud en su actuación decir, por qué este agente provocador realiza una actuación ilícita?

Al conocer y contestar variadas preguntas podremos establecer cuándo se realiza una acción provocadora por parte de un agente policial, en una determinada investigación penal, y cuál es el alcance social que puede sufrir un oficial policial al ser reconocido por la sociedad como agente provocador de un ilícito.

En su obra "La policía de Investigación Criminal, Fundamentos, Racionalidad y Operación", de don Andrés Domínguez Vial, este autor señala "toda la acción investigativa policial se desenvuelve en un escenario jurídico estricto, que lo condiciona y orienta, fija sus objetivos y otorga las potestades necesarias para su desarrollo, fundado en la perspectiva de que el Ministerio Público o la Policía, en su calidad de organismo constitucional y sujeto procesal, integra, junto a otros actores institucionales, el mecanismo de Estado encargado de accionar el poder punitivo de éste"

Formulación del Problema :

¿Es lícita la actividad desplegada por el llamado Agente Provocador en el marco del Delito Experimental?
--

2.- OBJETIVOS GENERAL Y OBJETIVOS ESPECIFICOS

2.1.-Objetivo General:

Identificar la figura del agente provocador y analizar las funciones que desempeña para intentar determinar adecuadamente la legitimidad o ilegitimidad de su participación.

2.2.-Objetivos Específicos:

1.- Realizar un análisis del Delito como categoría general, repasando la clasificación del concepto, así como la doctrina nacional mas destacada sobre el mismo.

2.-Comprender el significado del "Delito Experimental" como categoría específica, su naturaleza jurídica y principales características.

3.- Desarrollar un análisis en profundidad acerca del concepto de "Agente Provocador", características propias, funciones y rol que desempeña en el delito experimental, y fundamentalmente sus consecuencias jurídicas.

4.- Conocer a través de un estudio jurisprudencial, los principios y pautas establecidas por nuestros jueces, como también aquellos establecidos en el derecho comparado.

3.- JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Si bien es cierto como argumentan los juristas que "el Estado a través del poder judicial y el ministerio público tiene el monopolio de la coacción". Esta actividad del Estado tiene sus principios constitucionales, normas y límites. Sin embargo, existen grandes vacíos que hacen que se genere impunidad, porque la sociedad desconoce como ejercer un control civil sobre la actividad, ejercicio y rendición de cuentas de los funcionarios públicos y policiales, y sus actuaciones como ejecutores de la actividad punitiva y coactiva del Estado

En este contexto se inserta y aparece la peligrosa figura del agente provocador, definido como aquél que instiga a otro sujeto a la ejecución de un hecho ilícito, o a crear con su conducta provocadora las circunstancias de hecho necesarias para que ese otro sujeto ejecute tal hecho, con la finalidad de comprobar tal ilicitud para su represión.

Es decir que a través de la actividad provocadora que despliega el agente provocador otro sujeto ejecutará un hecho ilícito, consistente en un delito o en una contravención, siendo sorprendido al momento de ejecutarlo; adviértase que lógicamente el agente provocador no es otro que un funcionario público que, con su accionar, está instigando o creando las condiciones fácticas para la realización de un acto ilícito; precisamente esa calidad de funcionario público es la que plantea, desde la perspectiva ética como veremos seguidamente, la principal objeción y crítica a esta figura.

Teniendo en cuenta que el esfuerzo jurídico colisiona constantemente con las fuerzas del estado de policía y que siempre que el derecho penal aportó algo a la humanidad lo hizo mediante su limitación. Se hace menester partir de esta

constatación para replantear el derecho penal sobre esa base cierta y esta tarea se intentara realizar a través del presente trabajo, limitado a uno de los aspectos mas sobresalientes por medio del cual estas fuerzas del estado de policía se extralimitan en su accionar y avanzan bruscamente sobre los derechos de los ciudadanos, en nombre de la ley y específicamente de la ley penal.

4.- MARCO TEÒRICO:

4.1.- Definición de conceptos básicos a emplear:

A fin de esbozar una respuesta al problema que nos ocupa, en primer término corresponde delimitar y tener presente los principales conceptos que se manejaran a lo largo del presente estudio para una mejor comprensión del tema. A continuación se plantea un glosario base.

Delito: Nuestro Código Penal no contiene ninguna definición de delito y su lenguaje resulta bastante impreciso, toda vez que en ocasiones emplea la voz "acto", en algunas "conducta", en otras "delito", y las mas, "hecho". De esta terminología es muy poco lo q se puede extraer.

Dada esta falta de precisión en el vocabulario legal, se ha distinguido en nuestra doctrina diversas definiciones del mismo. Siguiendo al jurista Ricardo Nuñez, se puede definir Delito como hecho punible, a saber: "hecho (esto es acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable, y punible".

Delito experimental: El delito experimental constituye una cuestión que, esencialmente no ha sido materia pacífica en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, como tampoco su caracterización y naturaleza jurídica, y paralelamente, su encuadre constitucional, no reinando hasta el presente un criterio uniforme al respecto.

En principio podemos decir que se configura cuando el sujeto activo es provocado por un agente o un tercero a cometer un delito con el fin de someterlo a la justicia, o cuando los agentes de la prevención disponen señuelos en forma tal de crear la ocasión al delincuente.

Para la configuración del delito experimental es imprescindible la presencia del llamado "agente provocador", que es definido como el que instiga a otro a cometer un delito, no por estar interesado en que éste se consume o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que resulte algún perjuicio al instigado. También se lo ha caracterizado como

aquel que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible (tentativa), detenerlo y entregarlo a la justicia.

Si inexcusablemente para que exista delito experimental, debe operar sobre el sujeto, alguien distinto de él que active su decisión de actuar, el personal policial, ha determinado al procesado a emprender la acción por la que se le juzga.

Agente Provocador: Según la definición esbozada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CN Penal Economico) (Sala A), de fecha 15/05/1996. Prefectura Naval Argentina. Publicado en La Ley 1996-D, 506.

El Agente Provocador es aquel que instiga a otro a cometer un delito o aporta a su comisión condiciones subjetivas y objetivas determinantes, no por estar interesado en su consumación, sino para evitarla.

El Dr. Carlos D. Froment, en su trabajo "El delito experimental y las garantías constitucionales", (obra que se citara frecuentemente a lo largo del presente estudio), esboza que para la configuración del delito experimental es imprescindible la presencia del llamado "agente provocador", que es definido como el que instiga a otro a cometer un delito, no por estar interesado en que éste se consuma o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que resulte algún perjuicio al instigado

Agente encubierto: La Cámara Nacional en lo Penal Económico, en el mismo fallo enunciado supra caracterizó al agente encubierto como aquel que se infiltra en una organización delictiva y actúa como "mero observador o informante" de la actividad ilícita de aquella, agregando la doctrina que aquel despliega su conducta con objeto de coleccionar la prueba necesaria para acreditar la existencia de un hecho antinormativo y la individualización de sus autores, así como lograr la detención de éstos e impedir la consumación del ilícito.

4.2.- Antecedentes de la investigación.

En este tipo de investigación de tipo exploratorio y descriptivo, el marco teórico es denominado por algunos autores como simplemente la revisión de la literatura, un proceso y un producto, es decir, un proceso de inmersión del investigador en el conocimiento existente y disponible que puede estar vinculado con nuestro planteamiento del problema, y un producto que a su vez es parte de un proceso mayor, como es el reporte de investigación. Es decir, la elaboración de un marco teórico comprende la revisión de la literatura correspondiente para luego adoptar

una teoría o desarrollo de una perspectiva teórica o de referencia y aplicada a el tema en estudio.

Debido a la complejidad del tema del agente provocador, sólo existen ciertos textos que pueden ayudarnos a establecer, detectar, recopilar y obtener una información fidedigna, ello porque este tema incluso ha servido para hacer volar la imaginación de escritores y lectores y dar pie a la fantasías sin embargo en este estudio se consultará cierta bibliografía de la que se obtiene relevante información como textos escritos y revistas que permiten sustentar o elaborar una simple revisión del tema, en cuanto a su literatura.

Podemos decir que los antecedentes teóricos más importantes de esta investigación se encuentran principalmente en los trabajos realizados por: FROMENT, CARLOS DANIEL. "El delito experimental y las garantías constitucionales.", SERGIO GABRIEL TORRES- MARRAZZO LAURA M. "El Agente Provocador en el Derecho Penal" y GUARIGLIA, FABRICIO. "El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación"

Otros textos que si bien no refieren al tema directamente, pero que abordan temas relacionados son: LORENZO ISMAEL VARGAS SÁNCHEZ "La fascinación estética del discurso del "orden", CAFFERATA NORES, JOSE I. Y/O. "Manual de Derecho Procesal Penal", CARLOS ALBERTO - GRASSI, ADRIÁN PATRICIO. "La prevención especial a la deriva, o una inconfesada vuelta a la inocuización Mahiques.", NAGER, HORACIO SANTIAGO. "Política Criminal y modelos de seguridad ciudadana en la "sociedad de la emergencia", ZAFFARONI EUGENIO. "Tratado de derecho penal.", RICARDO NUÑEZ. "Manual de derecho penal parte general.", ROXIN, C. "Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2a Ed. Madrid. 2003. Págs. 192 y ss.", MORILLAS CUEVA, L. "Metodología y Ciencia Penal. Granada. 1993.", QUINTERO OLIVARES, G. "Manual De Derecho Penal. Parte GENERAL", y JAKOBS, G. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Y Teoría De La Imputación. Madrid. 1995".

4.3.- Introducción al Marco Teórico: Descripciones previas:

Política Criminal y Garantías Individuales.-

Tras la Segunda Guerra Mundial, Occidente estaba todavía afectado por los horrores, algunos recién descubiertos, de la tiranía de las naciones totalitarias. El nacionalsocialismo pretendió acabar con las etnias humanas que había considerado como «inferiores». El comunismo soviético, y sus famosas «purgas», había eliminado, y continuó durante algunos años, a sectores enteros de la población por

su sospecha de constituirse en «enemigos de la ideología revolucionaria». El individuo había perdido sus derechos como tal, no gozaba de dignidad humana en el régimen del terror, y su existencia sólo tenía sentido como célula del órgano estatal, como componente funcional de un todo que le otorgaba su razón de ser. El Estado. Los derechos humanos, las libertades públicas, las garantías del ciudadano, la dignidad humana, constituían «prejuicios» de los gobiernos débiles, corruptos.... Nacen así las nuevas democracias occidentales (Alemania, Italia, Austria, Francia, Holanda, Bélgica, etc.) como un sistema político abiertamente enfrentado a las formas autoritarias de gobierno y sin caer en los errores del liberalismo anterior. Se profundiza en la democracia y en el propio sometimiento del Estado al Derecho (aspectos que no siempre fueron aceptados por el liberalismo, sobre todo el primero). Se construye así el Estado democrático de Derecho sobre dos pilares básicos: la profundización en la vigencia real de los derechos humanos y el respeto al pluralismo político (las dos grandes negaciones de los sistemas totalitarios de partido único). Esto implica que la dignidad humana vuelva a ocupar el eje central de la regulación de las normas fundamentales del Estado. Por ello, se elaboran constituciones consensuadas por las fuerzas políticas más relevantes del arco parlamentario, frente a los textos del Siglo XIX, que constituían el fruto de la victoria ultrajante de una tendencia (conservadora o progresista) frente a otra. También será una consecuencia propia de la democracia occidental la estimación como necesaria del control del gobierno del Estado por el resto de poderes (especialmente, por el parlamento) y por los propios medios de comunicación de masas. El Estado democrático de Derecho se caracteriza porque rige con gran fuerza el principio de sometimiento de todos al imperio de la Ley. Es Estado de Derecho porque nadie, ni siquiera el poder público, o el Jefe del Estado, pueden actuar fuera de los límites que marcan las propias normas jurídicas, dotando así vigencia a la seguridad jurídica y vedando el arbitrio en la actuación de los individuos y de la propia administración

Y es Estado democrático porque el poder legislativo se encuentra en situación preeminente frente a los poderes ejecutivo y judicial. Y en efecto, si la soberanía reside en el pueblo, será la representación institucional del pueblo, el parlamento, quien vertebrará el desarrollo de la vida social a través del instrumento de la ley, sometiendo el resto de poderes a los dictados de ésta.

Una vez más, la concepción del Estado está directamente relacionada con una concreta visión político-criminal. El Estado democrático debe guardar un cuidadoso equilibrio entre protección de las libertades fundamentales del ciudadano, por supuesto, también a través de la legislación penal, y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la

pacífica convivencia. Esto implica una determinada concepción del delito el injusto del delito ha de caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, Lo cual significa que el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le moleste o que le incomode. No puede sancionar bajo pena meros criterios morales, o la disidencia política, o la diferente forma de entender el mundo, o la diversidad cultural, o el concreto modo de ser del individuo. Pues si la pena es el instrumento represivo del Estado que más intensamente ataca a los derechos y bienes del individuo, el recurso a la sanción debe estar legitimado. Por eso el delito debe suponer siempre una agresión a las condiciones básicas de la coexistencia humana El respeto absoluto a las garantías de la persona implica a su vez que el Estado, so pretexto de mantener a ultranza una política de orden público, no puede incriminar comportamientos que se encuentran «lejanos» en la puesta en riesgo de bienes jurídicos. No puede adelantar su línea de defensa para alimentar una total seguridad ciudadana, pues entonces golpea la barrera de la inviolabilidad del individuo, uno de sus pilares fundamentales. Esto supone que los actos lejanos al inicio de la ejecución del crimen, como la proposición, la provocación o la conspiración para delinquir, no deben tipificarse con carácter general. De esta forma, el principio de legalidad exige que la descripción de la figura delictiva y la definición de la correspondiente sanción se determinen previamente por una ley anterior a su comisión. Y la referencia a la ley es en sentido estricto, esto es, como regulación normativa emanada de los órganos parlamentarios, pues sólo la representación de la soberanía popular puede determinar normativamente los límites a modelo de convivencia constitucionalmente El Estado democrático de Derecho pone el énfasis en la dignidad humana como soporte del conjunto de derechos y garantías del individuo. En Derecho Penal, ello se manifiesta en el principio de culpabilidad, según el cual, al autor del hecho antijurídico sólo se le impondrá una pena si en el momento de perpetrar la acción se le podía reprochar personal y jurídicamente dicho comportamiento antijurídico en la medida en que pudo actuar de modo distinto al que lo hizo, en la medida en que estaba en condiciones de ser motivado normalmente por la norma para obrar conforme a Derecho.

El Derecho Penal no puede regular las conciencias de los ciudadanos, sino tan sólo las conductas externas. Por eso se exige una culpabilidad jurídica, y no moral. Por eso ésta se fundamenta en el hecho aislado constitutivo de la acción penal, y no en la personalidad global del autor. La concepción político-criminal del Estado democrático de Derecho se proyecta, del mismo modo, en la función que se le atribuye a la pena. Desde el punto de vista conceptual, la sanción es retribución, pues así se asegura el principio de proporcionalidad entre ésta y la gravedad del

delito perpetrado. Pero todo mecanismo represivo que limite libertades del ciudadano tiene que estar justificado en la medida en que es absolutamente necesario para conseguir un fin legítimo. Y si este fin es la tutela de bienes jurídicos en orden al mantenimiento de la paz social, la principal consecuencia jurídica tiene encomendada la misión de evitar futuros delitos mediante la prevención general y la prevención especial. Eso sí, como Estado democrático de Derecho, dicha prevención no puede obtenerse exclusivamente por la intimidación (frente a toda la ciudadanía o frente al condenado). Es necesario que se institucionalicen mecanismos racionales de futura evitación de hechos criminales fuera de la tradicional coacción psicológica. Así, fortaleciendo el funcionamiento real del sistema penal en todos sus órdenes (policía, proceso penal, legislación penal, centros de ejecución de condena, etc.), se consigue una confianza en la eficacia del Derecho Penal, y ello internaliza en la ciudadanía la convicción de la necesidad del seguimiento de la norma, produciéndose finalmente una menor propensión a la realización de la conducta delictiva. Y, desde el punto de vista del individuo, al Estado democrático le interesa ahora no sólo que éste se encuentre «cohibido» por haber sufrido las negativas consecuencias de la aplicación de la pena, sino que, como ciudadano que es, se desea su integración en la sociedad.

Principio fundamental del Estado democrático de Derecho es la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y por supuesto, también ante la ley penal. El principio de igualdad se plasma en el tratamiento político-criminal de las conductas de los servidores del Estado, los funcionarios públicos.

La condición de funcionario público deja de ser considerada como privilegio. Ahora, los funcionarios que perpetran delitos abusando de su cargo, verán incrementada la sanción de su conducta, dado que los servidores del Estado que delinquen violan, aparte del bien jurídico propio del delito, la dignidad de la función pública y la imagen de respeto que requiere la administración del Estado. (6)

6.- BORJA JIMENEZ, Emiliano, (2003) Curso de Política Criminal, Valencia, (Editorial Tirant lo Blanch)

5.- METODOLOGIA DEL TRABAJO.

5.1.-Recolección y presentación de datos.

La recolección de datos del presente estudio, se realizara por medio de la selección de distintos tipos de investigaciones teóricas existentes tanto en Internet como en libros especializados, en las que se reflexiona sobre el tema, como también a través de la presentación de casos referidos al objeto de la investigación existentes tanto en el ordenamiento nacional como en el derecho comparado.

Las investigaciones mencionadas, pueden clasificarse en diferentes tipos o categorías:

- Teóricas. En los que se reflexiona sobre el tema.
- Panorámicas. Se ofrece una visión de la situación actual del tema expuesto.
- Descriptivas. Se comentan las experiencias llevadas a cabo en un ámbito determinado. Jurisprudencia.
- Prácticas. Presentación de proyectos que pueden ser aplicados en la práctica.

El objeto de análisis de este estudio lo constituirán las investigaciones teóricas y descriptivas por considerarse las mas adecuadas a los fines de profundizar sobre el problema planteado.

5.2.- Métodos de análisis de la información relevada.

El objetivo de cualquier investigación es adquirir conocimiento y la elección del método adecuado que nos permita conocer la realidad es por tanto fundamental.

Los estudios de tipo cualitativos, son mas propios de las ciencias sociales es por ello, que el presente estudio será desarrollado con el *método inductivo*, (a través del desarrollo de la teoría) y por medio de una *metodología o paradigma de investigación cualitativa*, es decir no se analizaran datos cuantitativos sobre variables, sino que se intentará identificar la naturaleza profunda del problema planteado.

El *tipo de diseño de investigación* que se utilizara será *no experimental o correlacional* donde el investigador se limita a la observación del fenómeno que analiza sin manipulación del mismo y no se lleva a cabo ningún tipo de control. Como asimismo *hermenéutico* (limitado a los textos).

Por ultimo, en base a la finalidad de la investigación, el diseño será de tipo *jurídico descriptivo*: el cual consiste en aplicar "de manera pura" el método analítico a un tema jurídico, es decir, descomponerlo en tantas partes como sea posible. (7)

5.3.-Fuentes de Investigación utilizadas.

El presente estudio se realizara en base a fuentes secundarias en lo que respecta a la doctrina jurídica y trabajo especializados a los cuales se acudir , y en base a fuentes primarias en lo referido a los casos de jurisprudencia y leading cases que se analizaran.

5.4.-Diseño de Investigación.

A.- Dimensión témporo-espacial

Nuestra investigación se encuentra limitada especialmente al análisis de un campo jurídico determinado: El Agente Provocador en el Delito Experimental en nuestro ordenamiento jurídico y en dos ordenamientos de derecho comparado: EEUU y España.

En cuanto al espacio, realizaremos un análisis que abarque la doctrina nacional, y la jurisprudencia de los Tribunales que resulten pertinentes. Se acompañaran asimismo, un análisis del tema en el derecho comparado. Los países escogidos a tales efectos son Estados Unidos y España, ya que es donde mayor desarrollo ha tenido nuestro objeto de estudio.

En cuanto a los límites temporales de la investigación, en el análisis doctrinal, estará dado por la doctrina de los autores que se considere más relevante existente hasta la fecha, lo propio se hará con el análisis jurisprudencial del problema de estudio.

B.- ámbito de estudio

En el proceso de investigación se analizaran la doctrina y jurisprudencia existente tanto nacional como en el derecho comparado que informan directamente la cuestión.

7.-  lvarez Cáceres R. El método científico en las ciencias de la salud. Las bases de la investigación biomédica. Madrid: Díaz de Santos, 1996.)

C.- Diseño de análisis

El tipo de análisis a emplear, será descriptivo-cualitativo. Luego de determinar el concepto de delito experimental, se tratará de identificar el accionar del agente provocador y la ilegitimidad de tal actividad. Además, se describirán los criterios jurisprudenciales de los "leading case" referidos al tema de estudio, todo dentro del ámbito descrito en la dimensión témporo-espacial.

D.- Material de estudio

Doctrina: Referida a:

- Delito como categoría general.
- Delito Experimental como categoría específica.
- Agente provocador.
- Agente Encubierto a modo comparativo.

Jurisprudencia:

Se analizarán las siguientes resoluciones:

1) El *leading case* en la materia dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III (CN Casación Penal) (Sala III) de fecha

Fecha: 10/03/1994. Veisaga, José A.

2) La Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II (CN Casación Penal) (Sala II) de fecha : 03/06/1999. Gaete Martínez, Rufo E

3) El decisorio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CN Penal Económico) (Sala A) de fecha 15/05/1996. Prefectura Naval Argentina.

4) El *leading case* en la materia dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) de fecha 11/12/1990. Fernández, Víctor H.

5) La Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I (CN Fed. Crim. y Correc.) (Sala I) de fecha 19/07/2007. Levy, Gustavo R.

6) La resolución dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II (CN Fed. Crim. y Correc.) (Sala II) de fecha 10/06/1999. Schroeder, Juan Jorge y otros

CAPITULO I
EL DELITO EXPERIMENTAL

1.- EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO.

1.1.- Los sistemas que explican al delito.

Antes de entrar al estudio de las categorías que integran al delito, es importante precisar que existen dos sistemas a través de los cuales se formulan los estudios del delito:

Sistema unitario o totalizador: para esta corriente el delito es una unidad total, monolítica, que ni siquiera con fines didácticos es susceptible de división.

Sistema atomizador o analítico: sin que exista uniformidad en cuanto al número y cualidad de los elementos que lo integran, señala que el delito debe estudiarse analizando cada uno de sus elementos constitutivos.

1.2.- Diversos conceptos de delito

CONCEPTO	
Natural	∅ Es delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. Garofalo.
Sociológico	∅ Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado. Ferri.
Jurídico	∅ Acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad. Beling. ∅ Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos. Carrara. ∅ Crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Feuerbach. ∅ Acto humano sancionado por la ley. Carmignani. ∅ Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Mezger. ∅ Hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena. Florian. ∅ Acontecimiento típico, antijurídico, imputable. Mayer.

Legal	<p>∅ Acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Carrancá y Trujillo.</p> <p>∅ Los malos hechos que se hacen a placer de una parte, e a daño, o a deshonra de la otra; ca estos hechos tales son contra los mandamientos de Dios, e contra las buenas costumbres, e contra los establecimientos de las Leyes, e de los Fueros o Derechos. Setena Partida.</p> <p>∅ Acto u omisión que sancionan las leyes penales. Código Penal mexicano de 1931.(8)</p>
--------------	---

1.3.- Doctrina en nuestro país.

Siguiendo al jurista Ricardo Nuñez, en cuanto a la definición del delito en el derecho positivo, entendemos que la tipificación penal de los hechos presupone jurídicamente normas prohibitivas u ordenadoras de esos hechos antijurídicos, por ser socialmente inadecuados por su dañosidad o peligrosidad para los bienes jurídicos. La imputación delictiva se excluye si el autor de un hecho definido como punible, lo comete en defensa de un interés que la ley aprecia como socialmente preponderante frente al bien protegido por la pena. Es lo que sucede cuando el autor del hecho definido como delito procede en resguardo del "mal menor". (art. 34 inc. 3º).

Más aun, de la naturaleza normativa del derecho penal deriva una condición mas para castigar penalmente a una persona. Como que las normas tienen por objeto la regulación de la conducta humana, presuponen que sus destinatarios son personas dotadas de la capacidad y de la posibilidad necesarias para recibir influencia y, por consiguiente, susceptibles de ser objeto de un reproche jurídico por su violación como culpables de ella. Así lo acepta el Código Penal que asienta la responsabilidad delictiva en la posesión por parte del autor de la conciencia de la criminalidad de su acto y en su posibilidad de dirigir la acción (art. 34 inc. 1º), y de determinarse en su libertad (art. 34, inc. 2º).

A la ley penal no le interesa el delito en si, sino el delito punible, vale decir, el delito que además de sus elemento estructurantes, admite que se lo castigue en el caso concreto, esta exigencia se traduce en el derecho vigente en la necesidad de que el hecho sea perseguible penalmente (arts. 71 y ss y 59 y ss.) y que no este excusada la responsabilidad del autor.

8. Texto extraído del portal jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México- Facultad de Derecho U.N.A.M. (<http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/uno.htm>)

Seguidamente, el autor nos proporciona una definición de delito como hecho punible, a saber: "hecho (esto es acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable, y punible". (9)

2.- DELITO EXPERIMENTAL.

2.1-Noción. Naturaleza jurídica.

El delito experimental constituye una cuestión que, esencialmente no ha sido materia pacífica en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, como tampoco su caracterización y naturaleza jurídica, y paralelamente, su encuadre constitucional, no reinando hasta el presente un criterio uniforme al respecto, a pesar de haber sido objeto de numerosos análisis, de los más destacados estudiosos del derecho a fin de determinar cuándo estamos, en presencia del mismo.

Siguiendo el minucioso trabajo elaborado al respecto por el Dr. Carlos D. Froment, "El delito experimental y las garantías constitucionales", cuyas citas son asimismo mencionadas a continuación, podemos decir en principio que se configura cuando el sujeto activo es provocado por un agente o un tercero a cometer un delito con el fin de someterlo a la justicia, o cuando los agentes de la prevención disponen señuelos en forma tal de crear la ocasión al delincuente.

Para la configuración del delito experimental es imprescindible la presencia del llamado "agente provocador", que es definido como el que instiga a otro a cometer un delito, no por estar interesado en que éste se consume o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que resulte algún perjuicio al instigado

También se lo ha caracterizado como aquel que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible (tentativa), detenerlo y entregarlo a la justicia.

Si inexcusablemente para que exista delito experimental, debe operar sobre el sujeto, alguien distinto de él que active su decisión de actuar, el personal policial, ha determinado al procesado a emprender la acción por la que se le juzga.

9. Ricardo Nuñez, Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Marcos Lerner, editora Córdoba. Tercera parte. Capítulo I. pag 108.

Algunos autores lo encuadran como una modalidad especial de delito imposible. Tal es el caso de Fontán Balestra, quien considera que estamos en presencia del mismo cuando el autor cree que podrá consumar el delito, pero tal cosa no ocurre porque la víctima está advertida (v.g. del fraude en la estafa o de la ineficacia de la amenaza en la extorsión) o porque la autoridad está queriendo sorprenderle con las manos en la masa, o bien cuando se quiere comprobar la conducta de un sujeto, con lo que el agente provocador --persona o acción-- constituye un verdadero experimento. Asimismo el autor distingue cuando se trata de delito imposible, es decir en el caso en que el agente provocador facilitó de tal modo los hechos o tenía tales conocimientos, que los medios o el objeto se hayan tornado por eso inidóneos, o cuando el caso se encuadra en la tentativa, que es cuando el hecho sólo fue interrumpido en su comienzo de ejecución.

También Jiménez de Asúa, considera esta figura como una especie peculiar de delito imposible, marcando claramente su diferencia con la figura de delito putativo, con la que lo encuadra parte de la doctrina, en especial muchos de los penalistas de Italia que se fundaron en las sentencias de la Corte de Cassazione. Un **delito putativo** o **delito imaginario** tiene lugar cuando alguien efectúa una acción en el convencimiento de que es una conducta prohibida por la ley, no siéndolo. En el delito putativo se da un error de prohibición: la persona cree que algo está prohibido pero no lo está, y por lo tanto, en virtud del principio de legalidad, el delito putativo no está penado. En el delito putativo, el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable. Esto no es lo que sucede en la especie que se juzga, pues el procesado alentó la violación de un precepto realmente existente; y si no sobrevino la consumación fue por la imposibilidad absoluta del objeto sobre el que recayó la actividad desplegada..." Advierte acertadamente Nuñez Barbero que si no puede haber tentativa punible cuando falta el objeto material de la acción porque no hay posibilidad de poner en peligro el bien o interés protegido, tampoco deberá ser punible la tentativa, por análoga razón, cuando no hay posibilidad de ofenderlo por la existencia de una circunstancia --predisposición de la fuerza pública--, ya cognoscible en el momento de la iniciación de la acción, y que excluya en absoluto la posibilidad del peligro... la intervención del agente provocador produce una imposibilidad de que el daño se verifique. Esta imposibilidad de realización del daño no es accidental, como lo sería si hubiese supuesto una circunstancia sobrevenida durante el curso de la acción, sino que es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el interés protegido. Si cualquier motivo puede determinar la inexistencia del delito por inidoneidad de la acción, la intervención del agente

provocador (copartícipe simulado) resta totalmente eficacia a la conducta común y excluye toda posibilidad de daño o peligro para el bien jurídico, ya que su actividad si es inicial y preconstituida, supone y contiene un obstáculo que impide de modo absoluto la consecución del resultado y produce, por consiguiente, la insubsistencia del delito.

Es decir entonces, que entre los distintos autores, lo importante es que hay un principio de acuerdo: descartan todos ellos que en tales casos puede tenerse el delito por consumado. (10)

Podemos afirmar que para determinar la calificación del delito como experimental y por lo tanto la acción del agente provocador y los alcances de la misma, es necesario precisar si el autor fue instado a llevar a cabo el "iter criminis" o si, en cambio, él libremente siguió un plan trazado en aras del fin que se había propuesto teniendo por cierta la posibilidad de consumir ese delito, realizando así el sujeto activo todos los actos necesarios para ello, pero no logró consumarlo debido a que la autoridad preparó una perfecta protección que lo frustró. De esta manera, si tenemos en cuenta que el agente provocador instigó o determinó la actuación dolosa del actor, por lo cual éste no adoptó por sí la decisión del hecho, esta circunstancia no puede reflejar en sí misma la disposición personal a delinquir del presunto culpable, que es lo que en definitiva se persigue reprimir. De este modo faltaría la configuración de los elementos, objetivo -ya que el agente provocador realizó por su mano parte del tipo legal, teniendo un dominio casi absoluto del hecho-, y subjetivo -ya que éste además provocó o determinó al sujeto activo a llevar a cabo la consumación del ilícito-, que conforman el tipo penal que se atribuye a la conducta del imputado en el caso concreto.

Humberto S. Vidal, en su libro "El delito Imposible", hace una breve mención al delito experimental afirmando que el mismo se configura cuando se pretende que un sujeto, de quien se sospecha, cometa el delito que previamente se lo ha condicionado con disimulo.

Para este autor, el delito experimental no es un caso de delito imposible porque, generalmente, el "experimento" coloca en situación de peligro al bien jurídico que se pretende proteger. En consecuencia, serian casos de tentativa.

En este sentido señala que los actos del agente no son inaptos para lesionar el bien. Lo que sucede en estos casos es que el control de terceros puede frustrar la consumación. Pero tal control, puede fallar. Habitualmente, el delito experimental

suele procurarse cuando se sospecha de funcionarios venales (policías, magistrados, empleados de correos, etc.). En tales condiciones la autoridad, previamente alertada, monta un aparato de "provocación" y, al mismo tiempo, de "frustración" del delito. Pero como el medio corruptor es el dinero, o algún valor, no puede descartarse la posibilidad de que el agente se apodere o intente su apoderamiento. Y todo ello sin olvidar que en los delitos de cohecho (256 y ss C.P.) o violación de secretos (154 C.P.) ciertas actitudes del sujeto colocan con anterioridad al experimento directamente en tentativa. El agente provocador viene a poner en evidencia una conducta venal anterior.

El funcionario público que acude a una cita para que se efectivice la promesa corruptiva esta, por lo menos, en tentativa de cohecho pasivo, aunque la presunta dadora fuere ilusoria o sin valor alguno, dada la presencia oculta de la autoridad.

De todos modos, explica este autor, es preciso examinar con cuidado las diversas situaciones a fin de establecer si el delito experimental termina en una tentativa o en un delito imposible. Al respecto señala en una nota que la jurisprudencia no es firme en este tema, adoptando un criterio casuístico. (11)

10. Froment, Carlos Daniel. "El delito experimental y las garantías constitucionales". • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 504. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CNPenalEconomico)(SalaA) - 1996/05/15 - Prefectura Naval Argentina.-

11. Humerto S. Vidal. "El delito imposible". Ed. Marcos Lerner. Editora Córdoba. (Pág. 47 y ss.)

CAPITULO II
EL AGENTE PROVOCADOR

1.-EL AGENTE PROVOCADOR EN EL DERECHO PENAL.

1.1.- Introducción.

Como podemos advertir, resulta imposible abordar el tema del delito experimental sin prestar especial consideración a la figura del agente provocador, que es protagonista esencial en este delito.

Según el prestigioso jurista Carlos David Calix Vallecillo, en su trabajo: "Las Actuaciones Del Agente Encubierto En el ambito del blanqueo de capitales", cuyas citas se mencionaran asimismo a continuación, la utilización del agente provocador como una técnica de lucha contra la criminalidad organizada aparece en escena hace ya bastante tiempo. Su origen se remonta al período del absolutismo francés en tiempos de Luis XIV donde para reforzar al régimen se crea la figura del delator. Con el paso del tiempo la actividad de vigilar se muestra insuficiente para neutralizar la oposición al régimen y se pasa del espionaje a la provocación. En aquella época se pagaba a informantes para que mantuvieran al tanto a los gobernantes acerca de los pasos que daban o pensaban dar los opositores. A medida que más información aportaban, más suculentas eran las recompensas. A poco andar, estos informantes pasaron del espionaje y la delación hacía la provocación de actividades subversivas contra el régimen. El incentivo de la recompensa estaba en mente. Su intención no era prevenir delitos, sino más bien cometerlos o incentivar su comisión para luego descubrirlos y reprimirlos.

Paulatinamente el empleo del agente provocador se ha ido extendiendo a otros ámbitos fuera de los estrictamente políticos, de tal manera que hoy en día asistimos a un aumento notable de la utilización de esta figura como técnica de investigación criminal. Ello viene dado por los cambios o transformaciones sufridas en la forma de manifestarse los comportamientos delictivos. Hemos pasado de una criminalidad tradicionalmente individual, al auge de una criminalidad especialmente organizada que se sirve de medios logísticos muy modernos, como son los grupos dedicados al tráfico de estupefacientes, de armas, obras de arte, terrorismo, etc...Esta nueva criminalidad organizada y corporativa, en cierta manera inmune a los métodos tradicionales de investigación policial (observación, interrogatorios de testigos, estudio de huellas, etc.), determinan que la policía deba echar mano de recursos como el denominado agente provocador. (12)

12. Carlos David Calix Vallecillo. (Doctor en Derecho por la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID (UCM) y Juez de Letras Primero Seccional de Danlí, Honduras), "Las Actuaciones Del Agente Encubierto En El Ambito DelBlanqueo De Capitales. Conductas Típicas y su posible justificación", (Libro Estudios Penales y Política Criminal. Zamora Jiménez, Arturo. Pág. 77. Ed. Angel Editor).

1.2.- Concepto.

Los autores Sergio Gabriel Torres- Marrazzo Laura M. en su completa obra "El Agente Provocador en el Derecho Penal", trazan ciertos presupuestos para delimitar el concepto de agente provocador:

La voluntad del agente provocador persigue un objetivo más allá de los relevantes para el tipo.

El primer presupuesto que requiere el concepto es que la conducta provocadora persiga como objetivo inmediato: que la persona del provocado se haga responsable criminalmente, para que le sea impuesta una pena.

El agente provocador carece de voluntad de producir el disvalor que fundamenta el injusto

Los actos del agente provocador deben ser adecuados formalmente a algunas de las categorías típicas de codelinuencia. De otro modo su comportamiento excedería el análisis jurídico penal. Sucede, que si bien el agente provocador interviene en la realización del hecho delictivo, al tiempo carece de voluntad de producir el disvalor del resultado. Aquí es donde radica la estructura contradictoria de su comportamiento. Ello significa que ni directamente, ni tampoco a través del provocado, quiere que sobrevenga el objetivo desaprobado por la norma penal y sin embargo a fin de lograr el castigo de éste, provoca la comisión de un delito. Tal es la contradicción que caracteriza el comportamiento del agente provocador. (13)

1.3.-La función del agente provocador. Alcances.

Según el trabajo desarrollado por Carlos Daniel Froment: "El delito experimental y las garantías constitucionales", referido anteriormente, cuyas citas se mencionarán a continuación, existe una primera referencia concreta de Carrara como al que actúa con el único fin de comprometer al instigado, al cual tenía odio, para ponerlo en manos de la justicia.

13. Sergio Gabriel Torres- Marrazzo Laura M. "El Agente Provocador en el Derecho Penal" • Doctrina • LA LEY 2002-A, 1337. Publicado en: LA LEY 2002-A, 1337.

Por su parte, y contrario al criterio antes expuesto, Manzini y Antolisei, y con ellos una corriente de la jurisprudencia italiana, justifican, por el cumplimiento del deber, la actuación de funcionarios de seguridad pública, que al desempeñar la función de agentes provocadores, tienden a asegurar la individualización de un delincuente.

El último autor citado se pregunta si, en vista de las medidas adoptadas por la fuerza pública para impedir el delito, la acción del delincuente puede considerarse idónea y afirma, pura y simplemente, que: "la predisposición de la policía es un acto comparable 'ex post' y de por sí solo no excluye la adecuación o peligrosidad de la actividad criminal".

A continuación, el autor procede a citar al Dr. Ricardo Núñez quien considera que "...la actuación de un agente provocador no vuelve imposible el delito. Cuando para provocarlo se ha realizado de modo no delictivo alguna de las condiciones que exige la respectiva figura legal, resulta claro que el defecto de consumación típica no se debe a la propia inidoneidad de la acción u omisión del autor, sino a la interferencia de una causa ajena a su voluntad, como es la realización por mano ajena de parte del tipo legal. Si, por el contrario, el agente provocador no ha tenido una intervención de esa especie y frustra la acción del autor, no es porque aniquile su capacidad, sino que actúa como causa impeditiva del delito ajena a la voluntad de aquél".

Esta diferenciación esbozada por Núñez, en cuanto al alcance de la actuación del agente provocador, también es perfilada por Jiménez de Asúa, al mencionar un fallo de la Cámara Federal de Córdoba, haciendo alusión especial al voto del magistrado Schwartz, quien distingue en los casos en que condicionada por terceros como ocasión o tentación ambiente, participa de los caracteres del delito experimental cuando la empresa delictuosa nace y se desenvuelve en la mente del autor espontáneamente y en forma autónoma, o, en cambio, cuando el delito responde a las sugerencias de un agente provocador, que es quien determina a otro a la comisión del delito; indudablemente aquella modalidad es exponente de una mayor inclinación en la disposición personal a delinquir...". (14)

14. Froment, Carlos Daniel. "El delito experimental y las garantías constitucionales". • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 504. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CNPenalEconomico)(SalaA) - 1996/05/15 - Prefectura Naval Argentina.-

1.4.- La tarea investigativa de la prevención y las garantías constitucionales.

Según el prestigioso jurista Klaus Tiedemann en su trabajo "Constitución y Derecho penal", la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración. «La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias». Este precepto de la Declaración francesa de Derechos Humanos de 26 de agosto de 1789 (art. 8) va dirigida de modo directo al legislador. La frase encarna, en terminología de la actual política criminal alemana acuñada por el Tribunal Constitucional Federal, los postulados de proporcionalidad y subsidiariedad del Derecho penal. En el mismo artículo 8º de la Declaración de 1789 se contiene el principio que poco más tarde formulara Feuerbach en términos latinos como «nulla poena, nullum crimen sine lege», que se dirige, por el contrario, al juez, quien, en expresión de Montesquieu, no debía ser más que «la bouche de la loi», lo que se concreta hoy según extendida opinión en la prohibición de la analogía in malam partem a la hora de aplicar las figuras delictivas de la Parte Especial.

Esas ideas fundamentales que comportan la limitación del poder del Estado en su más grave expresión como poder punitivo, originariamente tan sólo como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo desde la Revolución francesa y durante doscientos años en los textos constitucionales y en los Códigos Penales, si bien con amplitud y precisión diversas. La lucha por el Estado liberal de Derecho, a imagen del movimiento constitucional de los Estados Unidos de América, fue también en la Alemania del siglo XIX la lucha por un proceso penal y justo y con garantías, algo que hoy nos resulta evidente. En el siglo XX, y tras la Segunda Guerra Mundial, aquellos principios se han visto complementados de forma considerable. La Constitución alemana, por su parte, estableció hace cuarenta años, en su artículos 101 y siguientes, un Catálogo de Derechos Fundamentales, que, de un modo general, reciben el nombre de derechos fundamentales a la justicia, Justizgrundrechte, que afectan sobre todo al proceso judicial y fundamentalmente al proceso penal. (15)

15. Klaus Tiedemann ."Constitución y Derecho penal". Traducción: Luis Arroyo Zapatero. Localización: Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 11, Nº 33,1991,pags.145.174.http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_033_149.pdf.-

Por todo ello, no se valoran como felices las opiniones de Manzini y Antolisei mencionadas supra, que justifican la actuación del agente provocador para asegurar la individualización de un delincuente, ya que ante la posibilidad de que un delito quede impune, debe prevalecer el respeto por las garantías constitucionales.

Tal como lo expresa el citado autor Froment, Carlos Daniel. ("El delito experimental y las garantías constitucionales"), la cuestión motivo del presente análisis, no sólo apunta al exceso manifiesto en la conducta del agente provocador, sino además que la tarea investigativa de los organismos de prevención haya sido puesta en marcha con anterioridad a la autorización judicial de la misma, que es en definitiva lo que reviste de legalidad y legitimidad al acto. Es entonces, explica el autor, cuando, independientemente de la fuerza probatoria que intrínsecamente emerge del medio de prueba conseguido ilegalmente, la disyuntiva que plantea su posible utilización inexcusablemente debe resolverse excluyendo la probanza así lograda. La exclusión no debe ser un acto de automática producción ante la verificación de una inobservancia cualquiera. Opera cuando la trasgresión procedimental se refiere a preceptos de rango constitucional o legal que asimismo violenten garantías de defensa en juicio y debido proceso legal.

No esta demás citar al autor Gemir Miguel Ángel, quien en su trabajo, "Prueba y actividad probatoria en el enjuiciamiento penal. Vicisitudes a resolver", donde nos explica que partiendo de que un sistema procesal acusatorio se funda en garantías procesales fundamentales como: presunción de inocencia hasta la prueba en contrario, la separación del órgano acusador del juzgador, la carga de la prueba para la acusación y el derecho del acusado a la defensa, se concluye que en base a tales preceptos indiscutibles, el modelo acusatorio se circunscribe a la obtención de una verdad procesal empíricamente demostrable y garantizada valga la redundancia por tales extremos esenciales, que en definitiva se erigen no sólo en garantías de libertad, sino definitivamente en garantías de verdad, y por tanto ponen un límite normativo en la adquisición de pruebas.

Y ello, a diferencia de lo que ocurre con un sistema de corte *inquisitivo* (en el que se pierde de vista el hecho-delito como objeto privilegiado del proceso), en el que en pos de una verdad máxima y sustancial, se encamina a la obtención más que de pruebas empíricamente constatables, de juicios de valor no comprobables para la defensa, en los que se apoyará la decisión. (16)

Siguiendo dicho razonamiento no debe admitirse la validez probatoria de los elementos allegados al proceso merced a una actividad violatoria de garantías constitucionales.

Admitir lo contrario importaría una interpretación restrictiva del ámbito de actuación de la garantía constitucional del art. 18, que alteraría su esencia. Además, al otorgarle a la violación constitucional alguna eficacia --aun indirecta--, se la estimularía en la práctica. Digamos entonces que se crearía un estado de inseguridad jurídica, relativizando el valor de la justicia, en el que la verdad pueda obtenerse a cualquier precio, sin que exista una ponderación axiológica de intereses en conflicto, generándose una especie de guerra entre las autoridades de prevención y los infractores a la ley penal, fomentando lo que en realidad se intenta combatir, llegándose entonces a una vorágine sin retorno, en el que el triunfo queda librado al que oponga mayor resistencia, echando por tierra los principios rectores de nuestro estado de derecho, convirtiéndose la Constitución en una vaga enumeración de preceptos vacíos. (17)

2.- Diferencia con el Agente Encubierto.

Existe una clara distinción entre la herramienta procesal del agente encubierto (que oculta su calidad de agente de las fuerzas de seguridad a los fines de investigar o prevenir un delito) y el agente provocador (que crea la voluntad o instiga a cometer el delito con el fin de someter a su autor a la justicia).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en el año 1990, expresó que la utilización excepcional de la herramienta del agente encubierto no es por sí sola inconstitucional, mas aclaró que el uso de un agente provocador es siempre extraña a nuestro ordenamiento jurídico.- En la causa "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771..."(El citado Fallo se encuentra transcrito en el Anexo del presente trabajo).

El agente provocador obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para conseguir la reacción en el sentido deseado, cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocado se haga acreedor de una pena.

16.Prueba y actividad probatoria en el enjuiciamiento penal. Vicisitudes a resolver • Lemir, Miguel Angel • Doctrina • Sup. Penal 2008 (setiembre), 13 - LA LEY 2008-E, 1252.-
17. Froment, Carlos Daniel. "El delito experimental y las garantías constitucionales". • Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 504. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CNPenalEconomico)(SalaA) - 1996/05/15 - Prefectura Naval Argentina.-

La Cámara Nacional en lo Penal Económico Sala A, en un fallo de fecha 15/05/1996, (Prefectura Naval Argentina), que se encuentra asimismo transcrito en el Anexo del presente estudio, caracterizó al agente encubierto como aquel que se infiltra en una organización delictiva y actúa como "mero observador o informante" de la actividad ilícita de aquella, agregando la doctrina que aquel despliega su conducta con objeto de coleccionar la prueba necesaria para acreditar la existencia de un hecho antinormativo y la individualización de sus autores, así como lograr la detención de éstos e impedir la consumación del ilícito.

Agente provocador, en cambio, es quien instiga o induce a otro a cometer un delito o "porta a su comisión condiciones subjetivas u objetivas determinantes", u "organiza las circunstancias para que el delito sea cometido, induciendo de alguna manera a su comisión", no con la intención de que éste se consuma, sino para evitarlo y lograr el castigo de sus autores.

Si bien ambos dirigen su actividad a la búsqueda del castigo del delito, existen características que permiten diferenciar con toda precisión un agente del otro.

Tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, (fallo supra mencionado), que el agente encubierto, o también llamado colaborador, ciñe su rol a la de un testigo privilegiado, se limita a reproducir para el proceso aquello que conoció por complacencia del imputado que le permitió adentrarse en su círculo delictivo.

Señala ese mismo Tribunal que el agente provocador tiene una conducta activa al participar en la producción del hecho antinormativo, de forma tal que el delito es el producto de la "actividad creativa" del funcionario encargado de hacer cumplir la ley.

Además, debe señalarse que el agente encubierto puede actuar antes o después del comienzo de la ejecución del delito, mientras que el provocador siempre lo hace con anterioridad.

En orden a las observaciones que formulamos, se observa la dudosa constitucionalidad de esa clase de procedimientos. Un verdadero "agente provocador" de las infracciones que busca acreditar, no se limita a ser un testigo privilegiado, un observador o informante de la actividad ilícita de otro, sino que va más allá generando condiciones sin las cuales la infracción no podría cometerse. Como consecuencia de tal caracterización, lo actuado por estos funcionarios deviene contrario a las reglas del estado de derecho, tal como lo han sentenciado de manera uniforme la jurisprudencia de la CSJN y sus tribunales inferiores y la de

los países que, como Alemania, España y Estados Unidos, consagran garantías similares a las previstas en nuestra Constitución nacional.

Las funciones y facultades del agente encubierto, se encuentran contenidas dentro de las finalidades generales del proceso instructorio, poseyendo per se, las facultades propias del personal policial, en virtud del carácter que los mismos detentan como auxiliares de la justicia.

No sólo el CPPN en sus arts. 193, 183 y conc. ponen de manifiesto la función de esta figura y el rol que le compete desempeñar en tal carácter, así, la ley 24.424 (Adla, LV-A, 27), claramente establece que, el agente encubierto desplegará su conducta con el objeto de comprobar la existencia de un hecho antinormativo, impedir la comisión del mismo, proceder a la individualización de aquellos que intervinieran en el hecho delictuoso, obtener pruebas que acrediten la acaencia del resultado típico y detener a los respectivos autores, partícipes y encubridores del hecho.

Si algo ha caracterizado a la discusión en torno al agente encubierto, no sólo en nuestro país, sino universalmente, es su compatibilidad -incluso tomando la figura en abstracto- con garantías y derechos individuales consustanciales al Estado de derecho, e, incluso, con principios básicos del sistema democrático de gobierno. La infiltración de un agente encubierto en el entorno de una persona, con el fin de recabar información de cargo, conlleva, por lo pronto, una afectación inmediata a su derecho a la intimidad y al dominio sobre datos sensibles vinculados a su propia persona (derecho a la autodeterminación informativa, en la terminología del tribunal constitucional alemán); la afectación es mucho más intensa si el agente encubierto, además, ingresa en la morada del investigado, o mantiene con él conversaciones que apuntan a la obtención de información o datos (Constitución Nacional, art. 18), es decir, que persiguen la autoincriminación de la persona investigada. En el mejor de los casos, si el agente encubierto decide mantener una actitud de observador pasivo de la actividad de la persona investigada, esto constituye, de todos modos, un caso de vigilancia secreta estatal, que inevitablemente afectará el derecho a la vida privada consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 11) (Adla, XLIV-B, 1250); este derecho debe ser comprendido no sólo como la facultad de establecer un ámbito de intimidad no sujeto a injerencias de terceros, sino que también abarca el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, llegando a incluir ciertas relaciones personales en el contexto profesional o de negocios. Si bien la vigilancia secreta no vulnera necesariamente en forma intolerable este derecho, el

potencial que ella presenta para su utilización abusiva reclama salvaguardas específicas y, más allá de que ellas resulten adecuadas o no, la ley argentina prevé para tal fin, en el caso de utilización de un agente encubierto, el requisito de orden judicial fundada, el limitado ámbito de intervención (organizaciones delictivas vinculadas al tráfico y comercio de estupefacientes) y la regla de subsidiariedad ("si las finalidades de la investigación no pudieren ser logradas de otro modo"), todo ello incluido en el art. 31 bis de la ley de drogas.

No obstante, resulta interesante lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Fiscal c. Víctor Hugo Fernández", al considerar que, la actuación del agente provocador es contraria a nuestra normativa legal vigente por cuanto el mismo en su accionar crea o instiga la ofensa criminal.

A partir de allí, hay quienes prefieren considerar la gestión del agente provocador como una forma de autoría, en atención a que la instigación constituye una modalidad de participación criminal en los términos del art. 45 del C.P.A. y la misma resulta una categoría accesoria de la autoría.

Gran parte de la doctrina sostiene que, la función del agente provocador, constituye una especie de incitación estatal para la comisión del ilícito y esto es totalmente incompatible con lo normado en nuestra Constitución Nacional, contrariando el dogma "...Afianzar la justicia..." y el Principio del Legalidad contenido en el art. 18 del citado cuerpo normativo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso " Sorrels" y en numerosos fallos, comparte el criterio de la sentencia ut supra mencionada, por cuanto dictaminó que, no pueden castigarse aquellos hechos contrarios al ordenamiento legal si, han sido provocados por propios funcionarios del gobierno con la intención de aplicar la ley y hacer justicia.

En definitiva, si bien el empleo de un agente encubierto para la averiguación de delitos no es en sí mismo contrario a garantías constitucionales, de conformidad con el orden jurídico su utilización requiere que el comportamiento de aquél se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo cual no sucede cuando ese agente se involucró de tal manera que con su actuar crea las condiciones necesarias para la consumación del delito o instiga al delincuente a su comisión transformándose, de tal manera, en el 'agente provocador' de tal injusto, el que resultará, en consecuencia, un delito experimental o provocado." Recordemos las

palabras del maestro Carrara: "Es satánico el papel del que induce a Ticio a cometer un delito para denunciarlo y arruinarlo...". (18)

2.1.-El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes

La ley 24.424 (Adla, LV-A, 27) ha incorporado a la legislación nacional (a través de la ley 23.737 --Adla, XLIX-D, 3692--) diversas disposiciones que conciben un verdadero "régimen penal especial de estupefacientes" integrado por el resto de las prescripciones de esta última normativa y la reciente exclusión acordada por la ley 24.390.

Concretamente, dentro de estas novedades se encuentran: la creación de un tipo penal autónomo de confabulación para cometer delitos relacionados con estupefacientes; una regulación legislativa para la utilización de los agentes encubiertos y figuras penales que reprimen las acciones que pongan en peligro al mismo; la consagración de la figura del arrepentido; la introducción de específicas reglas procesales y tuitivas de los colaboradores en la investigación, e importantes y altamente cuestionables potestades de los jueces con referencia a la prevención y represión del contrabando o tráfico de esta mercadería.

Se expresa así, la búsqueda de formas alternativas para luchar contra un tipo especial de delincuencia, caracterizado como de muy difícil comprobación y persecución, a través de un cuerpo regulador que introduce nuevos aspectos que proponen variaciones radicales en la investigación y prevención de determinados delitos de estupefacientes.

En él, por su trascendencia práctica, resalta la incorporación normativa de la figura del agente encubierto.

Sin embargo, conviene desde ya apuntar, que el costo de estas nuevas formas es válidamente debatido, por su difícil convivencia con determinadas garantías constitucionales y principios procesales. (19)

18. Guariglia, Fabricio. "El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación" • Nota a Fallo • LA LEY 1998-B, 371.-
19. Zysman Bernaldo de Quirós, Diego. (Profesor adjunto (int.) de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, de la Facultad de Derecho de la UBA): "El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes"- Doctrina • LA LEY 1997-B, 1077.-

2.2.-¿El agente provocador ha encontrado recepción en el derecho positivo argentino a partir de la introducción del agente encubierto en la ley de drogas?

Siguiendo con el minucioso análisis llevado a cabo por el autor Guariglia, Fabricio, en su citada obra "El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación", la respuesta negativa a este interrogante se impone: el agente encubierto tiene como presupuesto de su intervención al menos la sospecha fundada de comienzo de ejecución de un hecho que autoriza su intervención; su actuación, en consecuencia, tiene carácter represivo y apunta al esclarecimiento de un hecho ya cometido o tentado. La intervención preventiva del agente encubierto, esto es, su actuación en el campo previo al comienzo de ejecución de un hecho punible, no ha sido reconocida por el legislador argentino. El agente provocador, correctamente comprendido, es por regla una herramienta preventiva dirigida a la evitación de peligros futuros y no al esclarecimiento de hechos pretéritos; la manifestación más clara de ello es que con anterioridad a su actuación el delito no existe en el mundo, sino que es él, el que lo "crea".

El agente encubierto no tiene la facultad de "provocar a sospechosos o a personas no sospechosas a la comisión de delitos para posteriormente detenerlas".

Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal -o, mejor dicho, para la admisibilidad del producto de su intervención- de un fundamento normativo específico. Ello no debería sorprender: en primer lugar, toda injerencia estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos reclama de una autorización legislativa específica. A ello obliga el principio de reserva de ley, que impide la creación jurisprudencial de normas de injerencia, ya sea mediante la aplicación extensiva de las existentes, ya mediante la simple y llana creación de facultades completamente desconocidas para el ordenamiento jurídico. La introducción de facultades de injerencia estatales constituye una decisión política trascendental que, en el marco del Estado de derecho, sólo puede ser tomada por el legislador, único órgano democráticamente legitimado para tal fin; rige aquí, en consecuencia, el principio *nulla coactio sine lege*, que proscribela "invención" jurisprudencial de facultades coactivas o de injerencia, más allá de su conveniencia o necesidad político-criminal.

El recurso a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los EE.UU., a la que ya echara mano la Corte Suprema Nacional para fundar la constitucionalidad del agente encubierto aun cuando el legislador no hubiera decidido nada al respecto, ignora o soslaya una diferencia fundamental entre ambos sistemas jurídicos: en los EE.UU., salvo ciertas excepciones, las facultades de injerencia estatales no tienen

ningún tipo de reglamentación legislativa; es la jurisprudencia la encargada de delimitar las posibilidades de afectación de cada garantía, a través del control posterior de constitucionalidad. En nuestro sistema jurídico, la cuestión queda zanjada directamente en el plano del derecho positivo común, mediante la reglamentación expresa (Constitución Nacional, art. 18).

Nuestro ordenamiento parte, en verdad, del principio opuesto: reglamentador natural de las garantías constitucionales es el derecho procesal penal, y sólo a él le corresponde la determinación y delimitación de las afectaciones posibles a aquéllas. Este ha sido, sin duda, el camino elegido por el constituyente, quien, apartándose de la Constitución Federal de los EE.UU. en este punto, otorgó al Congreso y las legislaturas la facultad de dictar las leyes que declaren los casos y forma en que puede ser limitada o restringida la inviolabilidad del domicilio.

En suma: en el sistema jurídico argentino la tarea de la jurisprudencia sólo puede ser el analizar, en el caso concreto: a) si la injerencia ha sido regularmente realizada por los órganos de la persecución penal, mediante el legítimo ejercicio de una facultad legislativamente prevista; b) si esta facultad concedida por el legislador constituye una limitación o afectación razonable de la garantía o derecho afectado. En ningún caso, por lo tanto, pueden los tribunales argentinos convalidar intrusiones estatales en la esfera de derechos constitucionalmente garantizados sin que ellas estén autorizadas por una norma específica de injerencia.

El legislador argentino pretendió reducir la actuación del agente encubierto a una ultima ratio, admisible sólo allí donde otras medidas menos lesivas de investigación fracasaran. Ello obliga al juez interviniente a fundar motivadamente en el caso concreto, sobre la base de hechos objetivos, la opción por el agente encubierto y, consecuentemente, el descarte de los métodos tradicionales de investigación; meras afirmaciones genéricas no bastan-mucho menos la ausencia de toda referencia en la orden a posibles métodos alternativos de investigación- y, en casos de penumbra, el magistrado se ve obligado por la propia regla a intentar primero medidas menos intrusivas.

La cuestión, sin embargo, es objeto de continuas y complejas discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas. En primer lugar, es claro que el problema debe ser dilucidado a través de las normas penales aplicables a los casos de instigación (Cód. Penal, art. 45), ya que es eso, y no otra cosa, lo que realiza de ordinario un agente provocador. (20)

20. Guariglia, Fabricio. "El [agente](#) encubierto se vuelve [provocador](#). Un nuevo desacierto de la Casación". • Nota a Fallo • LA LEY 1998-B, 371

CAPITULO III
DERECHO COMPARADO

1.- Delito Experimental Y Agente Encubierto: La Doctrina sobre "Entrapment".

Una de las mas importantes elaboraciones de la jurisprudencia estadounidense es la doctrina conocida como *entrapment* (la traducción castellana mas inmediata es la voz "entrapamiento". En la obra *Derecho Penal de los Estados Unidos*, de Edmundo S. Hendler se prefiere aludir a ella como "delito inducido por la autoridad"), considerada peculiar del derecho norteamericano. Se la puede exponer del siguiente modo: "la concepción y planeamiento de un delito por parte de un funcionario con el fin de que sea cometido por quien no lo habría hecho, de no ser por el engaño o la persuasión del funcionario, exime de responsabilidad criminal a quien lo comete". Fue consagrada por la Corte Suprema estadounidense en el caso "Sorrells v. Unites Status", fallado en 1932. Un funcionario encargado de la aplicación de la "Ley Seca" consiguió entrar en confianza con Zorreéis y, después de reiterada insistencia, con apelación a la camaradería y luego de por lo menos dos negativas a los requerimientos del agente, este ultimo le proporcionó licor que fue objeto de acusación. Sostuvo la mayoría en ese caso: "...Esta claro que la prueba es suficiente para comprobar que el acto que se imputa al acusado fue instigado por el agente de prohibición, que fue una creación intencional, que el acusado no tenia previa disposición para cometerlo sino que era un ciudadano trabajador y honesto, y que el agente lo tentó a su comisión por medio de repetidas y persistentes provocaciones..."

El voto del juez Roberts se sintetiza en la siguiente frase: "...El principio aplicable es que los tribunales deben tener vedado el juzgamiento de delitos instigados por los propios agentes del gobierno. Ninguna otra cuestión, ninguna comparación de razones de equidad entre el funcionario culpable y el acusado culpable, tiene cabida en el respeto de ese principio superior de la policía publica..." Es ilustrativo del criterio mayoritario de que la desincriminacion por *entrapment* no constituye una exención del tipo de un indulto o un reconocimiento de inmunidad, sino una absolución basada en la ley penal de fondo, (mientras que el punto de vista de la minoría obedece a la inadmisibilidad del método empleado por la autoridad para comprobar el hecho. De allí que se distingan ambos criterios como subjetivo y objetivo.)

El enfrentamiento de esos dos criterios, con igual resultado, es decir prevaleciendo nuevamente el subjetivo, y con coincidencia en el resultado desincriminante por razón de *entrapment*, se reproduce en el caso "Sherman v. Unites Status" del año 1958. Nuevamente, vuelve a reeditarse la discusión entre el criterio subjetivo y el objetivo en el caso "Unites Status v. Russell" en 1973 pero esta vez con resultado distinto: desestimando la exención por *entrapment* y con disidencia no solo de

fundamentos sino también en cuanto a la determinación de condenar o absolver. El caso era el de un agente encubierto que proporciono a los acusados una sustancia química necesaria para producir la droga que estos elaboraron y el les compro. La mayoría de la Corte, expresada esta vez por el juez Rehnquist, hizo hincapié en que el acusado había admitido su predisposición.

En el caso "Hampton v. United States, de 1976, el acusado había sido condenado a cinco años de prision por distribuir heroína. El hecho que dio lugar a la condena consistió en dos ventas de esa sustancia efectuadas a agentes de la Administración Federal de Drogas (Drug Enforcement Administration: DEA). La mayoría de la Corte, expresada por el juez Rehnquist, señalo que era indudable que el acusado había mostrado "predisposición" para cometer el delito pero agrego "... el apelante se funda en el sentido de que es posible que algún día nos enfrentemos con un comportamiento escandaloso, por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que los principios del debido proceso impedirían absolutamente a la autoridad obtener una condena...

No hay dudas de que, con la reiterada ratificación de los resultados en cada uno de los casos en que se enfrentaron los enfoques objetivo y subjetivo, este último ha quedado consagrado como el vigente para la Corte Suprema de los Estados Unidos. También es el que se ha impuesto en los tribunales federales inferiores y en gran parte de los tribunales de los estados. La doctrina de los autores, en cambio, ha optado por el temperamento opuesto, respaldando mayoritariamente la tesis objetiva.

Otro tanto ocurre en una obra crucial del Derecho Penal estadounidense como el Código Penal Moderno del American Law Institute cuya parte pertinente (sección 2.13) traducimos de la siguiente manera:

"(1) Un funcionario o una persona que obra en cooperación con un funcionario incurre en *entrapment* si, con el propósito de obtener prueba de la comisión de un delito, induce o alienta a alguien a desenvolver una conducta constitutiva de ese delito, ya sea que:

- a) haga manifestaciones deliberadamente falsas encaminadas a inducir la creencia de que esa conducta no se encuentra prohibida; o
- b) emplee métodos de persuasión o inducción que creen un riesgo sustancial de que el delito sea cometido por personas que, de otra manera, no estarían dispuestas a cometerlo.

“(2) Una persona acusada de un delito será absuelta si demuestra, por preponderancia de las pruebas, que su conducta se produjo como respuesta a un *entrapment*. La cuestión de *entrapment* será decidida por el tribunal sin intervención del jurado”.

Se debe añadir que ese mismo criterio es el adoptado en dieciséis de los estados, once de ellos por medio de su respectiva legislación y otros cinco por vía de interpretación jurisprudencial.

No obstante existir en el sistema norteamericano un test objetivo y otro subjetivo para determinar la existencia del "entrapment", para su procedencia ambos supuestos concurren en la existencia probatoria de que el imputado haya sido inducido a cometer el crimen por el agente que el imputado o una persona standard no lo hubiera cometido a no ser por la inducción recibida y que el agente actuó como tal con el único objeto de obtener evidencia para llegar a un pronunciamiento de condena.

En el leading case *Sorrells V. United States* (287 U.S. 435) la Corte Suprema de Justicia admitió los alegatos de la defensa de una causa en la que un agente simuló una amistad con el imputado para que -luego de varias insistencias- este le vendiera medio galón de whisky en infracción a la ley y sostuvo que se incurre en "entrapment" si un agente induce violar la ley a una persona no predispuesta a cometer el tipo de delito que se le endilga. En este caso, al igual que en *Jacobson b. United States* (503 U.S. 540) y *Sherman b. United States* (356 U.S. 369) para la mayoría de la Corte fue determinante la falta de predisposición de los acusados para cometer el delito en lo que se conoce como test subjetivo de la celada o *entrapment*.

Es interesante por otra parte señalar que un sector de la doctrina estadounidense considera que ni el criterio objetivo ni el subjetivo resultan idóneos, por sí solos. Así, el profesor Damon D. Camp, comentando el caso *Jacobson*, ha propuesto una tercera alternativa que consiste en una combinación de los dos criterios reseñados: "... La propuesta conlleva un proceso de tres pasos. El primer paso supone el requisito previo de que el acusado convenza al tribunal de que la conducta del gobierno fue lo suficientemente cuestionable como para que una persona ordinaria pudiera haber sido inducida a participar. El segundo paso incluye un examen sumario para determinar si existe prueba alguna de predisposición. Si se ofrece prueba de una conducta estatal cuestionable y de la predisposición del acusado, entonces la cuestión de *entrapment* puede ser presentada al jurado. Luego, el jurado sopesa la prueba de la conducta del gobierno, comparándola con la prueba de la predisposición del acusado. La pauta a aplicar sería si la participación del acusado puede ser atribuible más a la conducta del gobierno que a la proclividad

individual del acusado. Si la participación del acusado se basa mas en la primera (la conducta gubernamental) que en la segunda (la predisposición del acusado), entonces quedaría probado el *entrapment*...”

1.1.- Casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos-

“SORRELS V. UNITED STATES” (287 U.S. 435)

Recurso de CERTIORARI para revisar la confirmación de una sentencia por violación de la Ley de Prohibición. (El recurso estaba limitado a la cuestión de si la prueba sobre inducción por la autoridad era suficiente para someterla al jurado). “...Creemos que hay, indudablemente, casos en que la conducta de parte de los funcionarios del gobierno es tan claramente provocativa de la violación de la ley que la política pública requiere que los tribunales no permitan llevar adelante una acusación por tales violaciones. De todos modos, esa conducta no da lugar a una exención, sino más bien requiere poner en operación las atribuciones de los tribunales para evitar los abusos oficiales.

Proponemos, en consecuencia, que la cuestión debía ser planteada previamente al juicio sobre el fondo, por medio de una petición especial al tribunal, desde que el acusado no sostiene que él no sea culpable, sino que, por razones de política pública, no debe ser acusado...”

El acusado fue imputado por dos cargos: (1) la posesión y (2) la venta, el 13 de julio de 1930, de medio galón de whiskey en violación a la Ley Nacional de Prohibición. Sostuvo ser inocente. Durante el juicio se basó en la exención de haber sido inducido por la autoridad. El tribunal se rehusó a admitir la exención, resolvió, "como cuestión de derecho", que no había inducción por la autoridad. Sobrevino el veredicto de culpabilidad y el acusado fue sentenciado a dieciocho meses de prisión. La Cámara de Apelaciones del Circuito confirmó la sentencia y esta Corte otorgó un recurso de certiorari limitado a la cuestión de si la prueba era suficiente para someter al jurado el tema de la inducción por la autoridad.

Lo sustancial de las declaraciones en el juicio en cuanto se refiere a la inducción por la autoridad, fue lo siguiente: Propuesto por el Gobierno, un tal Martin, agente de la prohibición, declaró que fingiendo ser turista, visitó la casa del acusado, el 13 de julio de 1930, acompañado por tres residentes del condado que conocían bien al acusado. El testigo le preguntó al acusado si le podía conseguir licor y éste manifestó que no tenía nada. Posteriormente hubo un segundo pedido sin resultado. Después de eso, el testigo pidió por tercera vez al acusado que le

consiguiera licor en cuya ocasión este último dejó la casa y, al cabo de unos minutos, volvió con medio galón de licor por el que el testigo pagó al acusado cinco dólares.

Está claro que la prueba es suficiente para comprobar que el acto que se imputa al acusado fue instigado por el agente de prohibición, que fue una creación intencional, que el acusado no tenía previa disposición para cometerlo, y que el agente lo tentó a su comisión por medio de repetidas y persistentes provocaciones. Tan grosero abuso de una autoridad conferida para detectar e investigar delitos y no para fabricar criminales, merece la más severa condena.

Está establecido firmemente que el hecho de que funcionarios o empleados del Gobierno meramente brinden oportunidades o facilidades para la comisión del delito no obsta a la acusación. Artificios y estratagemas pueden ser empleados para capturar a quienes están implicados en empresas criminales [...citas de fallos de la Corte Suprema y de distintos tribunales federales...]. El propósito adecuado de esa actividad permitida, frecuentemente esencial para el cumplimiento (enforcement) de la ley, es revelar el designio criminal; mostrar el tráfico ilícito, la publicación prohibida, el uso fraudulento del correo, la confabulación ilegal u otros delitos, y de ese modo descubrir a los eventuales violadores de la ley. Una cuestión diferente se presenta cuando el designio criminal se origina en los funcionarios del Gobierno, y ellos implantan en la mente de una persona inocente la disposición a cometer el delito e inducen su comisión para poder llevar adelante su acusación.

La Cámara de Apelaciones del Circuito llegó a la conclusión de que la exención por haber sido inducido por la autoridad puede mantenerse únicamente cuando, como resultado de la inducción, el acusado sea puesto en situación de haber cometido un delito que él no quería cometer, o cuando, por razón del consentimiento implícito en la inducción, no se cometa de hecho ningún delito.

Las siguientes expresiones del Juez de Circuito Sanborn en el precedente *Butts v. United States*, ilustran la cuestión: "La primer obligación de los funcionarios de la ley es prevenir, no castigar el delito. No es su deber incitar y crear delitos para el solo propósito de perseguirlos y castigarlos. Aquí las pruebas tienden de manera decidida, si es que no lo hacen en forma concluyente, a demostrar que su primer y principal empeño fue causar, crear delitos para castigarlos, y es inconcebible, contrario a la política pública y a la ley establecida del país, castigar a un hombre por la comisión de un delito del que nunca habría sido ni sería culpable, en intención o de hecho, si los funcionarios de la ley no lo hubieran inspirado, incitado, persuadido, y tentado a que tratase de cometerlo". La sentencia en ese caso fue revocada por el "error fatal" del tribunal del juicio al rehusarse a instruir al jurado en ese sentido.

Cuando el designio criminal no se origina en el acusado sino que es concebido en la mente de los funcionarios del Gobierno y el acusado es tentado a la comisión del acto criminal por persuasión, manifestación engañosa o inducción, el Gobierno está impedido de acusar por razón de sensatez de la política pública.

La validez del principio expresado y aplicado de esa manera se encuentra cuestionada sobre bases tanto teóricas como prácticas. El argumento, desde el punto de vista de los principios, es que el tribunal está llamado a juzgar al acusado por un delito en particular que se encuentra definido por la ley y que, si las pruebas demuestran que ese delito fue cometido dolosamente, no importa que su comisión fuera inducida por funcionarios del gobierno en la forma y circunstancias asumidas. Se sostiene que cuando alguien intencionalmente realiza un acto en circunstancias que conoce, y esa conducta está prohibida por la ley cuando se dan esas circunstancias, trasgrede intencionalmente la ley en el único sentido en el que la ley considera la intención. [cita]. Además, en tanto la ley está destinada a sancionar un daño público y no una injuria privada, no hay base para impedir al gobierno perseguir al trasgresor por la conducta de sus funcionarios. A la observación de la política pública, los impugnantes replican que la legislatura, actuando dentro de su autoridad constitucional, es el árbitro del interés público y que, en tanto la conducta está prohibida y penalizada por una ley validamente dictada, los tribunales no tienen la libertad de desestimar la ley e impedir que se persiga su trasgresión porque sean de la opinión de que el delito ha sido instigado por funcionarios del gobierno.

Está manifiesto que esos argumentos se basan enteramente en la letra de la ley. No toman en cuenta el hecho de que su aplicación en las circunstancias del caso resulta extraña a sus propósitos; de que esa aplicación resulta tan chocante al sentido de justicia que se ha propiciado como deber del tribunal detener la acusación en el interés del propio gobierno, para protegerlo de la conducta ilegal de sus funcionarios y preservar la pureza de sus tribunales.

La interpretación literal de las leyes a expensas de las razones que las inspiran y con consecuencias absurdas o injusticias flagrantes, ha sido frecuentemente repudiada.

Dijo la Corte: "Todas las leyes deben tener una interpretación sensata. Los términos generales deben estar limitados en su aplicación de modo de no conducir a la injusticia, la opresión, o a una consecuencia absurda. Se debe presumir siempre, en consecuencia, que la legislatura trató de hacer excepción a sus palabras a fin de evitar resultados de ese carácter. Las razones de la ley en tales casos deben prevalecer sobre su letra."

Consideramos que este principio establecido de interpretación se aplica aquí. No podemos concluir que fue la intención del Congreso al sancionar la ley que su proceso de detección y cumplimiento fuese a ser abusado con la instigación, por funcionarios del gobierno, a actuar por parte de personas de otro modo inocentes de modo de tentarlas a su comisión y castigarlas. No estamos obligados por la letra a violentar el espíritu y propósito de la ley. Ese, entendemos, ha sido el criterio predominante y subyacente en las sentencias judiciales que sugieren que el Gobierno en esos casos está impedido de acusar o de que los tribunales deben desestimar la acusación.

Cuando los tribunales de equidad rehusan acordar la protección equitativa porque los demandantes no tienen las manos limpias, están administrando principios de equidad desarrollados por la jurisprudencia. Pero frente a una acusación criminal necesariamente debe regir la ley que define el delito.

Interpretar las leyes de manera de evitar absurdos o injusticias manifiestas, ajenas al propósito del legislador, es, como hemos visto, una función tradicional y apropiada de los tribunales de justicia.

La conclusión que hemos alcanzado sobre esas bases tiene sus propias limitaciones. Estamos frente a una prohibición legal y lo que interesa es asegurar simplemente si, en vista de la política pública y de la adecuada administración de justicia, la conducta inducida debe considerarse incluida en la prohibición.

El argumento está basado en que la admisibilidad de la exención conducirá a la introducción de cuestiones paralelas relativas a las actividades de los funcionarios del Gobierno y a la conducta y los propósitos del acusado previo al delito imputado. Es interesante mencionar el voto por separado del Sr. Ministro de la Corte Roberts: "Últimamente la expresión "entrampamiento" ha sido adoptada por los tribunales para significar la instigación de un delito por funcionarios del gobierno. Los casos en los cuales tal incitación ha sido reconocida como exención han aumentado a una cifra preocupante.

La sociedad está en guerra con las clases delincuentes, y los tribunales unánimemente han entendido que en el despliegue de esa batalla las fuerzas de la prevención y detección pueden usar trampas, señuelos y engaños para obtener pruebas de la comisión del delito. Recurrir a tales medios no supone que la acusación consiguiente sea nula ni que se deban excluir las pruebas así obtenidas. Pero la exención que aquí se invoca supone más que obtener pruebas por artificios o engaños. El entrampamiento es la concepción y el planeamiento del delito por un funcionario, y el intento de cometerlo por parte de quien no lo habría hecho a no ser por la trampa, la persuasión o el engaño del funcionario. La violación del principio de justicia por la inducción al delito del inadvertido debe ser tratada por el

tribunal cualquiera sea quien la plantee o el estado del procedimiento en que se pone de manifiesto el hecho.

Cualquiera puedan ser los deméritos del acusado o sus previos delitos, no justifican la instigación y creación de un nuevo delito como medio de conseguir castigarlo por sus pasadas infracciones. El cometió el delito en cuestión, pero, supuestamente, solo por la instigación y la inducción del funcionario del gobierno. Decir que esa conducta de un funcionario del gobierno esté disculpada y convertida en inocua por el hecho de que el acusado tenga mala reputación o haya cometido transgresiones previas, es desvirtuar totalmente la razón para rehusar el procedimiento del tribunal frente a una transacción aborrecible. Es de descartar la base de la doctrina y en realidad ponderar las razones de equidad en apoyo del gobierno y del acusado cuando en verdad no las hay que correspondan a este último y cuando la norma que rige no puede basarse en la estimación del bien proveniente de la condena del trasgresor por medios indebidos

La sentencia debe ser revocada y la causa reenviada al tribunal del distrito con instrucciones de anular la acusación y absolver al acusado.

Los Sres. Ministros de la Corte Brandeis y Stone coincidieron con este voto.

“JACOBSON VS. UNITED STATES”

En 1984, el apelante Jacobson había ordenado por correo el envío de una revista en la que aparecían jóvenes y niños desnudos. En aquel momento tal conducta no era ilegal. Sin embargo, en la misma época, el Congreso sancionó la ley que castigaba el recibir por correo descripciones explícitamente sexuales de niños. En el mismo mes en que dicha ley entro en vigor, los inspectores de correos encontraron el nombre del apelante en la lista de correo de la librería de California que le había enviado las revistas. A continuación, los funcionarios del gobierno pusieron en marcha un plan, que duro dos años y medio y que consistió en entrar en contacto epistolar con Jacobson, haciéndose pasar por representantes de organizaciones destinadas a promover la lectura de publicaciones de contenido sexual, especialmente aquellas que contenía fotos de jóvenes desnudos. El apelante respondió favorablemente los ofrecimientos efectuados por los agentes encubiertos del gobierno, quienes le enviaron varias publicaciones pornográficas en las que aparecían jóvenes realizando actos sexuales.

Jacobson fue condenado por violar una disposición de la Ley de Protección de los Niños que penaliza el recibir a sabiendas por correo “una descripción visual que involucre el uso de menores realizando una conducta sexual explicita”. Jacobson baso su defensa en que el Gobierno lo había inducido a cometer el delito a través

de una serie de comunicaciones enviadas por agentes encubiertos que se extendieron por un lapso de 26 meses hasta su arresto. Fue hallado culpable después de un juicio por jurado. La Cámara de Apelaciones confirmó la condena al sostener que el Gobierno había probado, mas allá de toda duda razonable, que Jacobson había estado predispuesto a violar la ley y que, por lo tanto, no había sido inducido a cometer un delito.

La Corte, por mayoría, revocó la condena.

"...Si en este caso, los agentes le hubieran ofrecido simplemente al apelante la oportunidad para ordenar pornografía infantil a través del correo y el apelante, de quien se presume que conoce la ley, hubiera aprovechado rápidamente esta oportunidad delictiva, entonces sería improbable que su defensa basada en el *entrapment* hubiera justificado una instrucción al jurado...

Pero no es eso lo que ocurrió aquí. Para el momento en que el apelante finalmente efectuó su pedido de material pornográfico, había sido objeto de 26 meses de reiteradas comunicaciones de los agentes gubernamentales y de organizaciones ficticias. Por lo tanto, si bien él estaba predispuesto a violar la ley para mayo de 1987, es nuestra opinión que el Gobierno no probó que esta predisposición era independiente y no el producto de la atención que el Gobierno había dirigido sobre el apelante desde enero de 1985...

Tal como fue explicado en *Sherman*, en donde se concluyó que existía *entrapment* como una cuestión de derecho, el Gobierno no debe aprovecharse de las debilidades de una persona inocente y engañarla para que cometa delitos que, de otra manera, no hubiera intentado cometer...

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley van demasiado lejos cuando implantan en la mente de una persona inocente la disposición a cometer los supuestos delitos e inducen a su comisión con el objeto de poder llevar adelante una acusación.

Dado que concluimos, como cuestión de puro derecho, que ello es lo que ocurre en el caso, y que la fiscalía no llegó a aportar pruebas para fundar un veredicto del jurado de que el recurrente estuviera predispuesto, en forma independiente de los actos del gobierno y mas allá de toda duda razonable, a violar la ley al recibir pornografía infantil a través del correo, revocamos la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirmó la condena de Keith Jacobson..." (21)

21. Traducción de Edmundo S. Hendler. Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Buenos Aires. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.- <http://www.catedrahendler.org/>

2.- DELITO EXPERIMENTAL Y AGENTE ENCUBIERTO: LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Siguiendo las enseñanzas del autor jurista español Riquelme Eduardo, hasta una época relativamente reciente, la investigación policial dirigida a investigar los beneficios y ganancias procedentes del delito, no ocupaba un lugar preeminente en el marco de la lucha contra las organizaciones criminales. Hoy en día este panorama ha cambiado notablemente, de las clásicas organizaciones de "picaresca" integrada por piratas y bandoleros, y de la organización "mañosa", típica de individuos que efectúan hurtos y estafas habilidosas a pequeña escala, en la actualidad presenciamos el auge de una criminalidad provista de unas estructuras y de un modus operandi, propio de las grandes multinacionales, dedicadas a múltiples actividades delictivas que trascendiendo las fronteras nacionales les generan enormes sumas de dinero y otro tipo de bienes.

Delimitado de este modo el ámbito en que se desarrolla la actividad que despliega el agente encubierto, se traduce la utilización del mismo como técnica de investigación policial dirigida a la obtención de pruebas para lograr la condena penal de los integrantes de aquellas organizaciones, y con ello, como consecuencia esperada, el desmantelamiento de éstas.

Se ha sostenido que son agentes encubiertos aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia.

La Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero incorpora el agente encubierto al artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha Ley viene a regular algunos de los requisitos y garantías que resulta necesario cumplimentar a la hora de recurrir a los agentes encubiertos como método de investigación criminal.

El agente encubierto debe ser necesariamente un funcionario de la Policía Judicial cuya actuación ha de contar con la autorización del Juez o Fiscal, en las operaciones que realiza con identidad supuesta o falsa, previamente asignada por el Ministerio del Interior.

Así las cosas, la infiltración policial aparece como una técnica de investigación que se utiliza fundamentalmente en la fase de instrucción del proceso penal, y cuyo empleo se restringe al ámbito de la investigación de actividades delictivas propias de la criminalidad organizada.

Figura distinta a la del agente encubierto es la del agente provocador.

Aparte de que la actuación del primero está expresamente prevista y regulada, la diferencia fundamental entre uno y otro estriba en que el primero a diferencia del segundo no provoca o induce a otros a la realización del delito, sino que es el quien por si mismo realiza conductas típicamente relevantes. Abona a esta distinción el hecho de que para considerar justificada la conducta del agente encubierto la ley exige entre otros requisitos que la misma "no constituya una provocación al delito". El concepto, las condiciones y exigencias de la actuación del agente provocador no han sido regulados por el legislador español, sino que únicamente ha sido objeto de una construcción meramente doctrinal y jurisprudencial.

En la definición y límites de la actuación del agente provocador, la jurisprudencia distingue dos situaciones: la primera en la que dicho agente provoca con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas que son reveladoras de un delito ya cometido (normalmente tenencia de droga preordenada al tráfico). Esta conducta del agente provocador resulta admisible como técnica de investigación delictiva pues lo que provoca no es más que la obtención de pruebas del delito, pero no el delito como tal. En éste primer supuesto la doctrina jurisprudencial se decanta por la impunidad del agente provocador y el castigo del provocado.

La segunda situación se presenta cuando el hecho delictivo no es producto de la iniciativa del autor provocado, sino que viene determinado por la inducción "engañosa" del agente, que tiene como finalidad probar la comisión de ese hecho. En este caso se entiende que sin tal inducción "engañosa", el delito provocado de ningún modo habría tenido lugar. Cuando se da un hecho de tales características no cabe exigir responsabilidad penal a las personas que hayan intervenido en el, de tal manera, que han de quedar impunes tanto el autor provocado como el agente provocador.

De este modo la técnica "investigadora" que conduce al "delito provocado", siendo una forma de actuar propia de regímenes autoritarios, ha recibido el rechazo por parte de la jurisprudencia.

Dado que el agente encubierto puede ser considerado por la banda como uno más, y por tanto con capacidad de iniciativa, decisión e incluso planificación, puede darse el caso de un agente que convenza a sus pares para realizar una operación de droga, lo que constituiría una clara provocación del delito.

Se ha señalado que el límite entre una provocación legítima y otra ilegítima está en la condición que posea el sujeto provocado. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos, sostuvo en un caso que se cita habitualmente "congress could not have intended that its statutes were to be enforced by tempting innocent persons into violations. However, the fact that government agents merely afford

opportunities or facilities for the commission of the offense does not constitute entrapment...Entrapment occurs only when the criminal conduct was the product of the creative activity of law-enforcement officials". Ello implica que los casos de provocación ilícita de delitos son aquellos en los que el provocado no se disponía de modo alguno a cometer el delito. Dicho de otro modo, casos en que nunca el provocado hubiera cometido el delito de no mediar la acción provocadora del agente. Por el contrario, aquellos casos en que la provocación lo que hace es simplemente acelerar la consumación de un delito que de todas formas iba a ser cometido, serían casos de provocación "legítima". Lo anterior revelaría que no toda provocación sería ilegal, sino sólo aquella que hace nacer en el provocado la voluntad criminal. En estos casos, la provocación se acerca decididamente a la instigación del delito, figura recogida en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, y por tanto es ilícita.

Se pone de manifiesto la contradicción existente en que se pretenda evitar el resultado criminal a través del incentivo a su comisión por parte de la persona que se pretende sancionar. Ello recuerda el origen de la figura del agente provocador, el que está en el periodo del absolutismo francés. En aquella época se pagaba a informantes para que mantuvieran al tanto a los gobernantes acerca de los pasos que daban o pensaban dar los opositores. A medida que más información aportaban, más suculentas eran las recompensas. A poco andar, estos informantes pasaron del espionaje y la delación hacía la provocación de actividades subversivas contra el régimen. El incentivo de la recompensa estaba en mente. Su intención no era prevenir delitos, sino más bien cometerlos o incentivar su comisión para luego descubrirlos y reprimirlos. Se ve que un comportamiento de ese tipo, si bien puede ser efectivo para reprimir al "enemigo", se aleja por completo del Estado de Derecho.

Si bien es discutible que se pudiera legitimar la actuación de un agente encubierto en rol provocador para reprimir delitos graves, por ejemplo para que aquellos que los han cometido los vuelvan a cometer, es indiscutiblemente ilegítimo que se provoque a un sujeto que no ha cometido delito alguno con el fin de hacerlo caer en la trampa y sancionarlo. Por ello el hecho que autorice la actuación del un agente encubierto en organizaciones que se "apresten" a cometer delitos es riesgoso, desde la perspectiva que pueden ser personas que no hayan cometido delito alguno nunca, que ni siquiera tengan claro el cómo cometer el delito de tráfico, y que, quizás, de no mediar la acción del agente encubierto, jamás lo hubieran concretado. En estos casos, ¿debe la persecución penal tener poder total para actuar, tentando al ciudadano, sin riesgo alguno de sanción penal, siendo su "peor escenario" la no aplicación de castigo para el provocado?

Si bien es cierto que la lucha contra el tráfico ilícito de drogas es muy importante para la comunidad, dado la innegable fuerza criminógena que posee este delito, también lo es el hecho que en estas situaciones límites es donde se ve la fuerza moral de los principios que deben inspirar la persecución penal. (22)

22. Riquelme P., Eduardo. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". Política Criminal, Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Política Criminal nº 2, año 2006.
http://www.politicacriminal.cl/Revista_Electronica_Politica_Criminal/2_2006.html

CAPITULO IV
NOTA A FALLO

EL AGENTE ENCUBIERTO SE VUELVE PROVOCADOR. UN NUEVO DESACIERTO DE LA CASACIÓN.

Por Guariglia, Fabricio.

Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV (CNCasacionPenal)(SalaIV) ~ 1997/09/11 ~ Sanabria, Virgilio

SUMARIO: I. El caso. - II. La decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal. - III. Consideraciones finales.

I. El caso

El día 22 de septiembre de 1995 fue allanado un domicilio en el que se encontró en poder de Virgilio Sanabria la cantidad de 390, 36 gr. de marihuana, fraccionados en 10 paquetes grandes y 3 pequeños. El hallazgo fue el producto de las pesquisas realizadas por dos agentes encubiertos infiltrados en el entorno de Sanabria mediante la facultad otorgada a la persecución penal por el art. 31 bis de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), reformada por la ley 24.424 (Adla, LV-A, 27)(*). Al requerir la elevación del caso a juicio, el ministerio público imputó a Sanabria la comisión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. c de la ley 23.737).

Realizado el debate, en el que uno de los agentes encubiertos declaró como testigo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 4 de San Martín, integrado por los jueces Ledesma, Díez Ojeda y de Corvez decidió, en un fallo dividido, absolver a Sanabria sobre la base de la ilegitimidad de la actividad de los agentes encubiertos, actividad en la que se apoyaba toda la recolección de información y prueba de cargo utilizada durante el juicio. Los fundamentos del extenso y documentado voto de la jueza Ledesma fueron, en una apretada síntesis, los siguientes: a) la decisión del juez de instrucción autorizando la intervención de agentes encubiertos no cumplía con el requisito de motivación, ya que su fundamentación se limitaba a una remisión a los "antecedentes del legajo"; en particular, la cláusula de subsidiariedad prevista en el art. 31 bis de la ley de drogas resultaba vulnerada, ya que el juez de instrucción omitió toda referencia a la imprescindibilidad de la utilización de agentes encubiertos y a la inidoneidad de otras medidas de investigación menos lesivas para obtener los fines perseguidos; al mismo tiempo, tampoco concurrían al caso los presupuestos que autorizan la infiltración de un agente encubierto, ya que no se trataba de una organización delictiva orientada a la realización de ilícitos vinculados con estupefacientes, sino de un presunto autor individual; b) la actividad de los agentes encubiertos excedió el marco de la investigación, y fue, en verdad, la

promotora del delito que se imputó posteriormente a Sanabria; es decir, los funcionarios de la persecución penal actuaron como agentes provocadores, figura no prevista por la modificación introducida a la ley de drogas, y, por lo tanto, insostenible desde la perspectiva del derecho positivo, además de éticamente cuestionable; c) aun prescindiendo de las objeciones anteriores, la intensidad de la provocación policial en el caso concreto sólo podría conducir a la absolución, siguiendo el test objetivo de "entrapment"; junto con ello, la valoración directa de aquella información obtenida a partir de actividades encubiertas (incorporada en forma de datos, testimonios o declaraciones reservadas) afectaría de modo inadmisibile el derecho de defensa (Constitución Nacional, art. 18), y reclamaría como principio la existencia de otras pruebas que corroboraran el contenido de dicha información (con cita de las llamadas "Reglas de Mallorca", art. 33, inc. 3º). El juez Díez Ojeda adhirió a estos fundamentos y añadió la inadmisibilidad procesal de la declaración testimonial de los agentes encubiertos, ya que ellas se referían a manifestaciones autoincriminatorias del imputado, realizadas en completa ignorancia del carácter real de los agentes encubiertos.

La sentencia del tribunal de juicio fue recurrida por el representante del ministerio público en casación y el recurso fue concedido. La Cámara Nacional de Casación Penal se opuso rotundamente a la solución otorgada al caso por el tribunal oral, en una sentencia que será analizada en las páginas que siguen, y que, adelantando ya mis conclusiones, provoca estupor y preocupación.

II. La decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal.

La sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por los jueces Gustavo Hornos, Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia y Amelia Berraz de Vidal, fue la encargada de decidir sobre el recurso planteado por el ministerio público, y lo hizo anulando la sentencia del tribunal oral por vicios en la fundamentación de la sentencia.

Los fundamentos centrales de la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal, y su crítica, expuestos a continuación.

La sentencia del tribunal oral resultaría cuestionable por falta de fundamentación, ya que no se señala en ella cuál es el fundamento normativo que permite concluir que la motivación inexistente o defectuosa de la orden prevista en el art. 31 bis conduzca a la nulidad; "recordemos", se afirma, "que la medida en cuestión había sido dispuesta durante la etapa de instrucción y en ningún momento había sido recurrida o atacada por las partes"... El razonamiento resulta en sí desacertado: los vicios en la fundamentación de una orden judicial que autoriza una injerencia estatal, y mucho más su simple y llana ausencia, implican un defecto procesal

insalvable, esto es, una nulidad absoluta por inobservancia de las normas que regulan la intervención del juez (Cód. Procesal Penal, art. 167, inc. 2º y art. 168). La conclusión de la magistrada resulta realmente difícil de entender; si algo ha caracterizado a la discusión en torno al agente encubierto (de ahora en más, AE), no sólo en nuestro país, sino universalmente, es su compatibilidad -incluso tomando la figura en abstracto- con garantías y derechos individuales consustanciales al Estado de derecho, e, incluso, con principios básicos del sistema democrático de gobierno. La infiltración de un agente encubierto en el entorno de una persona, con el fin de recabar información de cargo, conlleva, por lo pronto, una afectación inmediata a su derecho a la intimidad y al dominio sobre datos sensibles vinculados a su propia persona (derecho a la autodeterminación informativa, en la terminología del tribunal constitucional alemán); la afectación es mucho más intensa si el agente encubierto, además, ingresa en la morada del investigado, o mantiene con él conversaciones que apuntan a la obtención de información o datos (Constitución Nacional, art. 18), es decir, que persiguen la autoincriminación de la persona investigada. En el mejor de los casos, si el AE decide mantener una actitud de observador pasivo de la actividad de la persona investigada, esto constituye, de todos modos, un caso de vigilancia secreta estatal, que inevitablemente afectará el derecho a la vida privada consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 11 (2) y (3))(Adla, XLIV-B, 1250); este derecho debe ser comprendido no sólo como la facultad de establecer un ámbito de intimidad no sujeto a injerencias de terceros, sino que también abarca el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, llegando a incluir ciertas relaciones personales en el contexto profesional o de negocios. Si bien la vigilancia secreta no vulnera necesariamente en forma intolerable este derecho, el potencial que ella presenta para su utilización abusiva reclama salvaguardas específicas y, más allá de que ellas resulten adecuadas o no, la ley argentina prevé para tal fin, en el caso de utilización de un AE, el requisito de orden judicial fundada, el limitado ámbito de intervención (organizaciones delictivas vinculadas al tráfico y comercio de estupefacientes) y la regla de subsidiariedad ("si las finalidades de la investigación no pudieren ser logradas de otro modo"), todo ello incluido en el art. 31 bis de la ley de drogas.

La segunda parte de la argumentación -la intervención del AE no fue impugnada por las partes- es aún más endeble: en el caso concreto, la medida había sido ordenada con la conformidad del MP, que, consecuentemente, no tenía agravio alguno que fundamentara su impugnación; a la vez, la orden fue dictada, necesariamente, de espaldas al imputado, quien, a lo sumo -ya que de ordinario toda la información sobre la actividad del AE se guarda en un legajo reservado-

habrá accedido a ella durante la etapa de preparación del debate. De todos modos, ya que, como se dijo, la insuficiente fundamentación de la orden judicial representa un caso de nulidad absoluta declarable de oficio (Cód. Procesal Penal, art. 168), la inactividad del afectado en nada modifica la situación.

Dicho esto, resulta ahora inevitable formular algunas precisiones acerca de las relaciones entre AE y agente provocador, la admisibilidad de las prácticas de provocación de delitos en el orden jurídico nacional y sus consecuencias desde la perspectiva de la teoría del delito...

Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal -o, mejor dicho, para la admisibilidad del producto de su intervención- de un fundamento normativo específico. Ello no debería sorprender: en primer lugar, toda injerencia estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos reclama de una autorización legislativa específica. A ello obliga el principio de reserva de ley, que impide la creación jurisprudencial de normas de injerencia, ya sea mediante la aplicación extensiva de las existentes, ya mediante la simple y llana creación de facultades completamente desconocidas para el ordenamiento jurídico. La introducción de facultades de injerencia estatales constituye una decisión política trascendental que, en el marco del Estado de derecho, sólo puede ser tomada por el legislador, único órgano democráticamente legitimado para tal fin; rige aquí, en consecuencia, el principio *nulla coactio sine lege*, que proscribe la "invención" jurisprudencial de facultades coactivas o de injerencia, más allá de su conveniencia o necesidad político-criminal. Resultaría insólita la conclusión contraria: pocos temas han suscitado un grado de controversia equiparable al que crea la provocación de delitos por parte del Estado; con razón, Andrew Ashworth considera insoslayable en toda discusión sobre el tema al "poderoso argumento de que los órganos de la persecución penal, cuyo deber es prevenir el delito, no deban ser autorizados a involucrarse en la creación del delito"¿No resulta obvia, en consecuencia, la necesidad de una discusión democrática, en el que todas las voces sean oídas, y todas las consecuencias debidamente analizadas, en el ámbito del Congreso nacional como paso previo a la concesión de un poder semejante a la persecución penal?¿De dónde surge, por otro lado, la legitimación democrática de los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal para decidir la afectación a las garantías y derechos individuales de los ciudadanos cuando ella no ha sido expresamente prevista por el legislador?.

El recurso a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los EE.UU., a la que ya echara mano la Corte Suprema Nacional para fundar la constitucionalidad del AE aun cuando el legislador no hubiera decidido nada al respecto, ignora o soslaya una diferencia fundamental entre ambos sistemas jurídicos: en los EE.UU., salvo ciertas

excepciones, las facultades de injerencia estatales no tienen ningún tipo de reglamentación legislativa; es la jurisprudencia la encargada de delimitar las posibilidades de afectación de cada garantía, a través del control posterior de constitucionalidad. Un ejemplo claro: el célebre fallo "Miranda v. Arizona" (1966) constituyó un intento de la Corte de Warren para extender el ámbito del principio "nemo tenetur...", consagrado en la Quinta Enmienda, al ámbito del interrogatorio policial del sospechoso, el cual se desarrollaba -y se desarrolla- en un vacío reglamentario, al igual que el resto de la etapa de investigación preliminar; en nuestro sistema jurídico, la cuestión queda zanjada directamente en el plano del derecho positivo común, mediante la reglamentación expresa del "nemo tenetur..." (Constitución Nacional, art. 18) en los artículos del Cód. Procesal Penal relativos a la declaración del imputado (Cód. Procesal Penal, art. 294 y sigtes.). Nuestro ordenamiento parte, en verdad, del principio opuesto: reglamentador natural de las garantías constitucionales es el derecho procesal penal, y sólo a él le corresponde la determinación y delimitación de las afectaciones posibles a aquéllas. Este ha sido, sin duda, el camino elegido por el constituyente, quien, apartándose de la Constitución Federal de los EE.UU. en este punto, otorgó al Congreso y las legislaturas la facultad de dictar las leyes que declaren los casos y forma en que puede ser limitada o restringida la inviolabilidad del domicilio.

En suma: en el sistema jurídico argentino la tarea de la jurisprudencia sólo puede ser el analizar, en el caso concreto: a) si la injerencia ha sido regularmente realizada por los órganos de la persecución penal, mediante el legítimo ejercicio de una facultad legislativamente prevista; b) si esta facultad concedida por el legislador constituye una limitación o afectación razonable de la garantía o derecho afectado. En ningún caso, por lo tanto, pueden los tribunales argentinos convalidar intrusiones estatales en la esfera de derechos constitucionalmente garantizados sin que ellas estén autorizadas por una norma específica de injerencia.

Por lo demás, tampoco resulta comprensible la absoluta ausencia de todo análisis en el fallo relativo a la punibilidad de las conductas del provocador y del provocado; el fallo parece apoyarse en la asunción silenciosa de que la instigación del provocador es siempre impune, mientras que la conducta del provocado "ya motivado", para utilizar las palabras de la jueza Capolupo, es siempre punible

Al decidir como lo hizo, la Cámara Nacional de Casación Penal ha dejado trunco un esperanzador comienzo de la jurisprudencia nacional, que, interpretando correctamente las nuevas normas de la ley de drogas, rechazó la posibilidad de que ellas abarcaran la provocación policial de delitos, corriente en la que se enrolaba el fallo del Tribunal Oral Federal de San Martín anulado por la Cámara Nacional de Casación Penal.

c) El siguiente punto de disconformidad de la Cámara Nacional de Casación Penal con el fallo del tribunal de juicio radica, por un lado, en los presupuestos materiales que autorizan la intervención de un AE y, por otro, en el alcance y requisitos de la orden judicial necesaria para ella. En cuanto al primer punto, la jueza Capolupo señala su discrepancia con la determinación del tribunal de juicio sobre la ausencia, en el caso concreto, de una "organización delictiva" que permitiera, según el art. 31 bis, la intervención de un AE; su primer argumento consiste en que sería "obvio que quien efectúa seriamente un ofrecimiento de este tipo [se refiere al supuesto ofrecimiento de drogas realizado por el imputado a los AE intervinientes] y tiene como habitual este tipo de transacciones...cuenta con la existencia de un aparato que le permita llevarla a cabo". Si este razonamiento es acertado, entonces prácticamente todos los delitos de la ley de drogas -con la excepción de la tenencia con fines de consumo personal y alguno más- admiten per se la intervención del AE, ya que en todos ellos la presencia o intervención de terceras personas parece inevitable ¿Para qué habrá creído necesario el legislador, entonces, establecer el límite objetivo consistente en la exigencia de una "organización delictiva" como presupuesto de la intervención? Hubiera bastado con enumerar que la intervención era posible en todo caso que involucrara un delito previsto en la ley de drogas o en el art. 866 del Cód. Aduanero. Es auto evidente que el criterio correcto de interpretación sólo puede ser el opuesto al afirmado en el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal: el art. 31 bis (a) exige, para todos los casos, la sospecha fundada en datos objetivos (y no la mera presunción) de la existencia de una organización delictiva ¿Cómo se debe interpretar este elemento? Como se observa, su propia ambigüedad torna complejo cualquier intento en este sentido; sin embargo, la gravedad que la intervención del AE presenta como injerencia estatal, su excepcionalidad como herramienta para el esclarecimiento de hechos vinculados a la criminalidad organizada y los criterios de proporcionalidad que presiden toda intromisión estatal en los derechos de los ciudadanos permiten apoyar la tesis que limita el concepto a la existencia de una estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia individual de algunos de sus integrantes. En consecuencia, meros casos de coautoría y participación que no se encuentren enmarcados en una estructura semejante no admiten la intervención de un AE; mucho menos, casos de autoría individual como el que presentaba el caso en análisis.

Finalmente, el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal analiza el alcance de la cláusula de subsidiariedad contenida en el art. 31 bis. El tribunal de juicio había criticado que, entre otros defectos de motivación, la orden no había siquiera analizado la posibilidad de utilizar medios de investigación menos intrusivos que el

AE. La Cámara Nacional de Casación Penal rechaza este criterio, afirmando -con cita de Edwards- que no resulta preciso agotar todos los medios de prueba alternativos para poder autorizar la intervención de un AE, y que la decisión sobre la medida "debe surgir de la propia discrecionalidad del magistrado instructor" (voto de la jueza Capolupo). Este razonamiento desconoce la finalidad de la regla y la vuelve completamente inútil como salvaguarda: al establecer la cláusula de subsidiariedad, el legislador argentino pretendió reducir la actuación del AE a una ultima ratio, admisible sólo allí donde otras medidas menos lesivas de investigación fracasaran. Ello obliga al juez interviniente a fundar motivadamente en el caso concreto, sobre la base de hechos objetivos, la opción por el AE y, consecuentemente, el descarte de los métodos tradicionales de investigación; meras afirmaciones genéricas no bastan-mucho menos la ausencia de toda referencia en la orden a posibles métodos alternativos de investigación- y, en casos de penumbra, el magistrado se ve obligado por la propia regla a intentar primero medidas menos intrusivas. Considerar que esta determinación configura un coto de pura discrecionalidad judicial, con un control limitado posterior, implica, de hecho, reducir a letra muerta el límite impuesto por la regla de subsidiariedad.

III. Consideraciones finales.

El fallo que se acaba de comentar es, desde todo punto de vista, alarmante: por un lado, la Cámara Nacional de Casación Penal, sin mayor reflexión, ha expandido las facultades del AE más allá del ámbito de actuación legislativamente previsto, creando jurisprudencialmente una norma de injerencia que autoriza al Estado nada más ni nada menos que a provocar la comisión de delitos; por otro, se ha dedicado a dismantelar las escasas salvaguardas previstas por el art. 31 bis. Esto no puede ser visto sino en el contexto de una tendencia regresiva de la jurisprudencia de los altos tribunales argentinos, que, en vez de avanzar en el desarrollo de las garantías individuales en el Estado de derecho y de reformular su contenido para tornarlas acordes con los avances tecnológicos y las nuevas formas de interferencia estatal o privada, parecen optar por la lisa y llana convalidación de la actividad estatal, con prescindencia de su contenido.

Se trata, en fin, de una decisión en la que criterios puramente eficientistas desplazan a las garantías individuales y el decisionismo judicial ocupa el lugar de la fundamentación jurídica, metodología que, lamentablemente, parece constituir uno de los rasgos característicos del sistema penal argentino de fin de siglo.

Transcripción completa del fallo.

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV (CNCasacionPenal)(SalaIV)

SUMARIOS:

La exigencia de fundamentación de la resolución que ordena la utilización de agentes encubiertos, prevista en el art. 31 bis de la ley de estupefacientes 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), tiene por finalidad evitar que dicha medida de prueba pueda resultar arbitraria, lo cual no acontece si la decisión judicial se funda en elementos incorporados con anterioridad a su dictado que, de un modo razonado, permiten arribar a la decisión jurídica adoptada.

Una particular economía en el desarrollo de la fundamentación del auto que dispone medidas invasoras de la intimidad -en el caso, el empleo de agentes encubiertos- no compromete, por esa sola razón, la validez del dispositivo, máxime si de la decisión surge la justificación de la razón concreta que impulsó al magistrado a dictarla, según los antecedentes y circunstancias del hecho por él conocidos.

No surge ni de la letra ni del espíritu del art. 31 bis de la ley de estupefacientes 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) la necesidad de haber agotado todas las medidas de prueba para ordenar la utilización de agentes encubiertos. Por el contrario, dicha decisión es una medida que debe surgir de la propia discrecionalidad del magistrado instructor, sin que ello implique desvirtuar su carácter excepcional de este medio investigativo, ni su utilización indiscriminada e imprudente.

Es el juez que dirige la instrucción quien debe sopesar la posibilidad de lograr su cometido mediante los medios de prueba tradicionales y, en caso de estimar la ineficacia de los mismos, ordenar la utilización de agentes encubiertos, autorizada por el art. 31 bis de la ley de estupefacientes 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692).

El empleo de agentes encubiertos no es por sí mismo inconstitucional, salvo que el infiltrado hubiese producido el crimen persuadiendo a inocentes a cometerlo.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, septiembre 11 de 1997.

Resulta: I. Que el fiscal de cámara ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, doctor Cassani, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada a fs. 348/349 y 367/386 por dicho tribunal oral -según veredicto de fecha 5 de marzo de 1997, cuyos fundamentos se dictaron y dieron a conocer el 12 de marzo de 1997- en la causa N° 239 de su Registro, mediante la cual se declaró, por mayoría, la nulidad del auto de fs. 4 por el que se dispuso la utilización de un agente encubierto en la investigación llevada a cabo en autos y, en consecuencia, se absolvió a Virgilio Sanabria "en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización por el que fue acusado".

Entendió el sentenciante que el auto de fs. 4 carecía de la fundamentación que prescribe el art. 31 bis de la ley 23.737, pues no había en él mención de normas legales y, además, el instructor sólo basó la adopción de la medida en una remisión a "los antecedentes obrantes en el legajo".

Ese fue, sintéticamente, el motivo por el que el a quo decidió anular el citado auto de fs. 4 y, así, puede leerse en el punto IV del voto de la doctora Ledesma -al que adhirió el doctor Diez Ojeda-: "Por todo lo dicho, en punto a la ausencia de fundamentación al designar los agentes encubiertos, siendo que constituye un requisito emanado de función jurisdiccional, que los jueces controlen el desarrollo del procedimiento cuando se encuentren involucrados aspectos que atañen al orden público... advirtiendo la trascendencia del vicio en que incurrió el magistrado instructor a fs. 4 y 6 y sin perjuicio de la dudosa legalidad del decisorio de fs. 6, es que corresponde invalidar todo lo actuado a partir de tales providencias. Ya que, conforme lo expuesto, el derecho de defensa no puede ser objeto de semejantes restricciones, y porque la verdad que se busca en un proceso no puede pretenderse con criterios o métodos propios de un sistema inquisitivo, que hemos abandonado en nuestra legislación".

Sin embargo, los nombrados magistrados también efectuaron al votar otras consideraciones respecto a la utilización de agentes encubiertos en este caso.

Así, la doctora Ledesma refirió que el auto de fs. 4 no indica las razones por las cuales se justifica la aplicación de la medida que autoriza el citado art. 31 bis, y que "conforme surge de las actuaciones y de la prueba receptada en la audiencia", no existía una imposibilidad de continuar la investigación por el cauce normal que regulan los arts. 194 y sigtes. del Cód. Procesal Penal, ya que al momento de disponerse la utilización de un agente encubierto se contaba con elementos que permitían realizar medidas tales como una intervención telefónica, vigilancia, filmación, etc. y, por otra parte, tampoco se presuponía la existencia de una organización que justificara la decisión adoptada.

Señaló también que de "las actuaciones documentadas en instrucción, como de lo recreado en el debate se desprende con toda claridad que la intervención de los agentes encubiertos fue decisiva para la preparación del ilícito, que el imputado no tuvo dominio absoluto del hecho, toda vez que estuvo condicionado en su realización, por la voluntad de los agentes encubiertos, quienes tuvieron un papel de intensa actividad"; lo cual llevó a la magistrada a concluir que los preventores habían actuado como "agentes provocadores", "de un modo tal que su obrar resultó idóneo para crear un delito penal y en este caso sin lugar a dudas se plantea una cuestión ética..., de la misma entidad de la que puso de resalto en sus argumentos la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos Montenegro (Fallos:

303:1938, La Ley, 1982-D, 225) y Fiorentino (Fallos: 306:1572, La Ley, 1985-A, 160), ratificados en innumerables fallos y en particular Rayford (Fallos: 308:733, La Ley, 1986-C, 396) y Daray (Fallos: 93.092, La Ley, 1995-B, 352), etc., al señalar que el Estado no puede fundar decisiones justas a partir de la consecuencia de un ilícito. De tal modo, resulta repugnante que el Estado provoque delitos, cuando su deber es el de prevenirlos y no provocarlos, y más aún que pretendan fundar decisiones justas sobre la base de tal accionar".

Por último, refirió la doctora Ledesma que, conforme lo establecido por el art. 33, inc. 3º, de las denominadas Reglas de Mallorca, difícilmente podría llegarse en autos a fundar una sentencia condenatoria, y que "el aprovechamiento, por parte del Estado de datos que hayan sido obtenidos por el informante, violando derechos consagrados por la Constitución (art. 18, Constitución Nacional), por los pactos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), resulta contrario al orden jurídico vigente".

A su turno, el doctor Diez Ojeda -que además de esgrimir argumentos similares a los de su colega, adhirió a los fundamentos expresados por ella- señaló también, fundándose en "las constancias del expediente y la prueba colectada en la audiencia", que:

- a) desde el inicio de la instrucción se contaba con elementos que permitían llevar a cabo la pesquisa por vías ordinarias, tales como los datos personales del imputado, el número de la línea telefónica con la que llevaría adelante sus operaciones y, además, la colaboración del denunciante y su esposa;
- b) la "notitia criminis" sólo permitía intuir la existencia de una persona que ofrecía conseguir importante cantidad de marihuana, pero no había indicios serios de una organización criminal que fuera necesario penetrar;
- c) los agentes encubiertos no se limitaron a observar o acompañar una actividad ilícita, sino que la provocaron, pues debieron insistirle al imputado para poder llevar a cabo una transacción ilícita y éste último, que debía obtener la droga de manos de un tercero, sólo accedió a ello luego de que los agentes le exhibieron el dinero con que comprarían la marihuana.

Asimismo, indicó el magistrado que los autos de fs. 4 y 6, mediante los que se dispuso la actuación de dos agentes encubiertos en autos, eran nulos conforme lo dispuesto por el art. 123 del Cód. Procesal Penal, puesto expresaban los motivos de hecho y de derecho que justificaban la adopción de tal medida.

Como fundamento de la decisión adoptada, refirió también el doctor Diez Ojeda que "la prueba de la voluntad se obtuvo por medios ilícitos e inconstitucionales toda vez que por vía de engaño se anuló la garantía constitucional y el derecho humano básico internacional que proscribe la autoincriminación (art. 18 y 75, inc. 12,

Constitución Nacional)", por lo que consideró nulas las declaraciones testimoniales prestadas por los agentes encubiertos, "en lo relativo a los propósitos criminales del imputado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 168 del ritual y... el auto que ordena los allanamientos de fs. 29/30 y fs. 33..., por fundarse en la confesión ilegítimamente obtenida por los agentes encubiertos".

II. Que el recurrente consideró que el tribunal oral a quo efectuó una valoración errónea del alcance que, en los términos del art. 123 del Cód. Procesal Penal, debe tener la fundamentación a la que se refiere el art. 31 bis de la ley 23.737.

Señaló el fiscal, basándose en la obra de Francisco J. D'Albora ("Código Procesal Penal de la Nación", Nota al art. 123, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), que la ausencia de mención de una norma legal no conlleva la nulidad del decisorio, como también que el requisito de fundamentación se encuentra satisfecho en el auto de fs. 4 cuando se remite a "los antecedentes obrantes en el legajo", de los que surgía la necesidad de proseguir la investigación del modo en que se llevó a cabo pues Sanabria moraba en forma transitoria dentro de una "villa" que, "por sus características impedía el desenvolvimiento encubierto de la prevención".

También señaló el doctor Cassani, apoyándose en la obra de Carlos E. Edwards, "El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada" ps. 69/71 (ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996), que no es preciso que el juez haya agotado todas las medidas de investigación alternativas antes de proceder a la utilización de agentes encubiertos, sino que debe evaluar en el caso concreto si no cuenta con otras medidas que aseguren el éxito de la instrucción. A la luz de tales consideraciones, entendió el recurrente que exigirle al magistrado instructor una mayor actividad en relación a las averiguaciones y comprobaciones que fundamentaban el pedido policial, sería imponerle una actitud exagerada con respecto a las prescripciones del art. 31 bis de la ley 23.737 y art. 123 del Cód. Procesal Penal.

El requisito de fundamentación se cumple, a criterio del fiscal, cuando el juez haya tenido en cuenta las actuaciones antecedentes y que "se pueda deducir de aquéllas tal circunstancia" y que, tal como fue expresado en el voto minoritario del fallo recurrido, los requisitos exigidos por el citado art. 31 bis se encontraban en autos, como también que era previsible la existencia de una pluralidad de individuos que participó en el tráfico de estupefacientes, circunstancia que fue acreditada en el debate por declaraciones testimoniales.

III. Que durante el término de oficina previsto por el art. 466 del Cód. Procesal Penal, el fiscal de cámara ante esta instancia, doctor Wechsler, amplió fundamentos, señalando que la remisión a los antecedentes del legajo efectuada en

el auto de fs. 4 satisfacía los requisitos de fundamentación exigidos por el art. 123 del ordenamiento procesal.

IV. Que celebrada la audiencia prevista en el art. 468 del Código de rito, de la que se dejó constancia a fs. 297, quedaron las actuaciones a estudio del tribunal.

V. Que tras la deliberación que prevé el art. 469 del Cód. Procesal Penal, se realizó el sorteo para que los jueces emitan su voto, resultando el orden sucesivo siguiente: doctores Capolupo de Durañona y Vedia, Hornos y Berraz de Vidal.

La doctora Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

I. Estimo que el recurso en análisis resulta formalmente procedente pues la decisión atacada es una sentencia definitiva y se encuentran satisfechos los requisitos exigidos por el inc. 1º del art. 458 del Cód. Procesal Penal.

Por otra parte, el recurrente ha atacado fundadamente la decisión tomada por el a quo, ya que mediante la interpretación que efectúa con relación a los arts. 123 del Cód. Procesal Penal y 31 bis de la ley de estupefacientes -en los que uno de los magistrados se apoyó para emitir su voto nulificante- concluye la errónea aplicación de la ley procesal en el caso.

Cierto es que el recurrente no ha intentado rebatir todos los fundamentos esgrimidos por el sentenciante, sino que sólo se ha ceñido a analizar si el auto de fs. 4 debe ser anulado por falta de fundamentación, pero estimo que ello no empece a la viabilidad del recurso, pues se advierte de la lectura de la sentencia atacada que esta cuestión ha sido crucial en la decisión que en definitiva se adoptó.

II. Previo a ingresar al análisis del agravio del recurrente, creo conveniente señalar que existe en la sentencia recurrida un serio vicio de fundamentación sobre el que corresponde expedirse de conformidad con lo prescripto por el art. 168, párr. 2º del Cód. Procesal Penal.

Como es sabido, el carácter de sentencia definitiva del decisorio obrante a fs. 367/386 exige que las decisiones que en ella se adopten sean el producto de un razonamiento expresado en los fundamentos del fallo, razonamiento que tenga entre sus bases o premisas una indicación de las normas legales a partir de las cuales se arriba a la decisión adoptada. Esta circunstancia es exigida no sólo por art. 404, inc. 2º), del Cód. Procesal Penal, sino también por el "debido proceso" prescripto por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional (conf. Fallos: 240:160,

287:306, 297:362, 268:186, 261:209, entre otros; La Ley, 93-19; 153-68; 1978-A, 302; 127-1092-), y el sentenciante no ha cumplido con ella.

En efecto, de la lectura de los votos que conforman la mayoría puede advertirse que se ha omitido cualquier tipo de referencia o fundamentación normativa mediante la cual se pueda colegir, concretamente, que la ausencia de la motivación que exige el art. 31 bis de la ley 23.737 resulta violatoria, en el caso, de determinadas garantías constitucionales -recordemos que la medida en cuestión había sido dispuesta durante la etapa de instrucción y en ningún momento había sido recurrida o atacada por las partes y la declaración de nulidad sólo cabía en el caso que se dieran los supuestos a que hace referencia el citado art. 168 del Cód. Procesal Penal.

III. Pero, sin perjuicio de ello, advierto también que en la sentencia recurrida, la afirmación relativa a que los preventores que habían sido designados como agentes encubiertos habían provocado o determinado el accionar de Sanabria -lo cual invalidaría la investigación-, se sustenta únicamente en que ello surge "de las constancias del expediente y la prueba colectada en la audiencia", sin indicar concretamente cuáles son los elementos de convicción que permiten llegar, de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, a tal conclusión.

Cabe señalar, por otra parte, que según surgiría de las referidas "constancias del expediente", fue Sanabria quien había ofrecido a un imputado que declaró en autos en los términos del art. 29 ter de la ley 23.737, comercializar estupefacientes (conf. actuaciones reservadas), como también que -antes de tomar contacto con los preventores que actuaban en forma encubierta- había ofrecido a la esposa de este "arrepentido" que le consiguiera compradores a cambio de una propina, tras lo cual ésta lo contactó con uno de los preventores que, luego de mostrar interés en comprar estupefacientes, recibió la oferta de 70 kgs. de marihuana por parte de Sanabria.

También, según "constancias del expediente", Sanabria habría indicado al agente encubierto que la cantidad de estupefaciente ofrecido debía bajar a 60 kgs. pues su socio había vendido los 10 kgs. restantes, que su socio había sido arrestado, pero igual se haría la operación pues estaba viniendo su "compinche" desde el Paraguay, y que debido a que este último no había arribado, resolvió vender sólo 28 kgs. de la sustancia mencionada que él tenía guardados.

Asimismo, Sanabria habría indicado concretamente cómo se llevaría a cabo toda la transacción y habría exigido la exhibición del dinero con el que ella se llevaría a cabo.

Lo expresado demuestra en forma palmaria, sin infringir las limitaciones que en materia de valoración de prueba tiene este tribunal, que la afirmación del sentenciante, relativa a que los preventores "provocaron" el accionar del imputado, resulta totalmente infundada pues de tales piezas surge, en principio, la afirmación contraria, es decir, que Sanabria ya estaba motivado a cometer el delito aún antes de conocer los agentes que actuaron en forma encubierta.

IV. Lo hasta aquí señalado amerita adoptar la decisión prevista por el art. 471 del ordenamiento ritual, pero estimo conveniente analizar la cuestión relativa a la falta de fundamentación del auto de fs. 4 de la que se duele el recurrente, pues también aquí advierto una inobservancia de las normas procesales.

Entiendo que la cuestión es similar, en cierto sentido, a la que tuve oportunidad de analizar al votar en los autos caratulados "Aragona, Antonio y Ferreccio, Enrique s/ recurso de casación" (causa Nº 201, rta. el 2/11/95, reg. 447 de esta sala) y "Nadal, Juan C. y Aragón, Francisco J. s/ recurso de casación" (causa Nº 560, rta. 14/7/97, reg. 886, también de esta sala), aunque cabe hacer una salvedad.

En dichos casos el magistrado instructor había omitido indicar los motivos por los que consideraba justificado disponer una medida de instrucción, pese a que la ley procesal obligaba a hacerlo, y se discutía si ello implicaba una violación constitucional. Pero allí -y esto es fundamental- la adopción de la medida tenía como consecuencia la invasión de ámbitos privados protegidos por nuestra Ley Suprema -cuestión que en autos no ha sido puesta de manifiesto-.

No obstante, señalé en aquellas oportunidades, citando la postura del doctor Petracchi al votar en los autos: "Torres, Oscar C. y Rasuk, Eduardo M. s/ley 20.771" (CSJN, reg. T.117 XXIII, rta. el 19/5/92) que "el control judicial está impuesto... por la necesidad de controlar la coacción estatal y evitar la arbitrariedad de sus órganos. Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna".

Así, la exigencia de fundamentación tiene como función primordial, en casos como éstos, evitar que la medida de prueba pueda resultar arbitraria, circunstancia que no existiría cuando la decisión judicial encuentre apoyatura en elementos incorporados con anterioridad a su dictado que, de un modo razonado, permitan arribar a la decisión jurídica que en definitiva se adoptó.

En el caso de autos, antes de disponerse la medida de fs. 4, se contaba con información referida a que Sanabria -respecto de quien se había señalado que se

dedicaba al comercio de droga y que vivía en una "villa" transitoriamente y, además, se poseía su número telefónico- buscaba un comprador de estupefacientes para realizar una venta con sustancias que él importaba desde el Paraguay. Estos elementos permiten, a mi juicio, entender razonable la decisión tomada por el juez instructor.

En principio considero errónea la afirmación del sentenciante relativa a que no existía una organización delictiva en la que infiltrarse sino que se presuponía únicamente el accionar delictivo de una sola persona y ello impedía la utilización de agentes encubiertos.

A mi entender, resulta totalmente factible e incluso inevitable, colegir que, tras la oferta efectuada por Sanabria podía existir una organización destinada al comercio de sustancias prohibidas por la ley 23.737. Es que ya sea en forma unipersonal o mediante la colaboración de varias personas -modalidad ésta mucho más común-, es obvio que quien efectúa seriamente un ofrecimiento de este tipo y tiene como habitual este tipo de transacciones -de esta información disponía el instructor-, cuenta con la existencia de un aparato que le permita llevarla a cabo.

Pero sin perjuicio de ello, se advierte que el tribunal a quo ha efectuado una interpretación parcial del art. 31 bis de la ley de estupefacientes, pues luego de indicar en el párr. 1º cuáles son los fines que deben perseguirse en una investigación al utilizar "agentes encubiertos", señala dos modos en que pueden conseguirse tales fines: uno relativo a la existencia de una organización en la que infiltra el preventor (inc. "a") y otra, no tenida en cuenta por el sentenciante, que posibilita la participación del agente en la realización de los hechos reprimidos por dicha ley (inc. "b").

Así, no resulta difícil afirmar que el art. 31 bis posibilita "a efectos... de comprobar la comisión algún delito previsto por esta ley... que agentes de las fuerzas de seguridad, actuando en forma encubierta, ... participen en la realización de alguno de los delitos" previstos por ella.

En este marco puede situarse, sin hesitación alguna, la tarea encomendada a fs. 4 al agente encubierto designado, a quien se ordena actuar en tal carácter "... simulando ser un traficante de estupefacientes, con el objeto de lograr el secuestro del material cuya existencia se denuncia y la detención de sus autores...".

Cabe ahora analizar la afirmación del a quo relativa a que el magistrado instructor contaba con la posibilidad de realizar medidas de prueba tales como intervención telefónica, vigilancia, filmación, etc. por lo que no debía haber utilizado agentes encubiertos en la investigación.

Tal como señala el recurrente apoyándose en la obra del doctor Carlos E. Edwards citada "ut supra", no surge ni de la letra ni del espíritu del art. 31 bis que sea

necesario haber agotado todas las medidas de prueba para poder llevar a cabo la que esa norma regula.

Por el contrario, la decisión de utilizar agentes encubiertos es una medida que debe surgir de la propia discrecionalidad del magistrado instructor, sin que ello implique, obviamente, desvirtuar el carácter excepcional que este medio de investigación posee, ni afirmar una utilización indiscriminada e imprudente de esta herramienta.

Pero es sin lugar a dudas el juez que dirige la instrucción quien debe sopesar la posibilidad de lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podemos llamar "tradicionales" y, en caso que estime que éstos no resultaran eficaces, echar mano al cauce investigativo que autoriza el art. 31 bis de la ley de estupefacientes.

En este sentido, cabe tener presente que, antes de dictarse el decreto de fs. 4, se sospechaba que Sanabria había propuesto a la mujer de un "arrepentido" conseguir un comprador de estupefacientes, como también que se encontraba habitando transitoriamente en una "villa".

Así, tal como señala el recurrente y el camarista que votó en disidencia en la sentencia atacada, doctor Korvez, aparecía francamente dificultoso llevar a cabo exitosamente un seguimiento o vigilancia de la persona del imputado, pues las características del lugar en que habitaba lo impedían.

Por otra parte, practicar escuchas telefónicas tampoco se avizoraba como una medida eficaz, toda vez que era Sanabria quien aparecía como buscando un comprador y, además, se tenía información de que vivía transitoriamente en el domicilio cuyo número telefónico aportaron los preventores. Limitarse entonces a intervenir la línea telefónica y estar a la espera de que alguien llamara a Sanabria, no parece que hubiera sido lo más efectivo.

V. Por las razones expuestas en los autos precedentes, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas y declarar la nulidad de la sentencia recurrida, conforme lo establece el art. 471 del Cód. Procesal Penal, así como los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con la misma. Asimismo, estimo que, a efectos de cumplir con las razones de cautela a las que se hace referencia en la obra de Fernando De la Rúa, "La Casación Penal", p. 264, párr. 2º (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994), resulta conveniente que el juicio de reenvío que corresponde efectuar en autos sea efectuado por un tribunal distinto al que dictó la sentencia recurrida.

El doctor Hornos dijo:

I. El recurrente se agravia de la sentencia de fs. 367/386 por cuanto consideró que el tribunal, en su voto mayoritario efectuó una valoración errónea del alcance que, en los términos del art. 123 del Cód. Procesal Penal, debe tener la fundamentación a la que se refiere el art. 31 bis de la ley 23.737.

Como bendice la juez preopinante, en el consid. IV de su voto, la exigencia de fundamentación tiene como función primordial, en casos como éstos, evitar que la medida de prueba pueda resultar arbitraria.

Tal y como sostuvo en los precedentes "Aragona" y "Nadal" -ya citados-, la fundamentación a la que hace referencia el art. 123 y el art. 31 bis de la ley 23.737 (norma aplicable en la presente) debe observarse dentro de un marco de razonabilidad y atendiendo a los fines que persiguen las normas bajo análisis, así como el interés general en el afianzamiento de la justicia. Ello también, conforme al carácter restrictivo de las nulidades (art. 2º y 166, Cód. Procesal Penal).

La Constitución de los Estados Unidos de América -fuente relevante de la Nacional-veda en su Cuarta Enmienda los arrestos y requisas "irrazonables". Aun cuando nuestra Constitución se apartó de esta fórmula, sentando el principio de la inviolabilidad del domicilio y de otras áreas de la intimidad, delegándose en una ley la determinación de los casos y justificativos en que podrá procederse a invadir la esfera de la intimidad de los individuos, el principio parametral de la razonabilidad resulta plenamente aplicable a nuestro derecho.

Se infiere de la fórmula utilizada por el juez la ponderación de los elementos reunidos en las actuaciones, así como su decisión afirmativa fundada en tales elementos al pedido del personal a sus órdenes.

En efecto, siendo requerida al magistrado instructor la participación de un agente encubierto, resulta razonable concluir que la decisión en tal sentido se integró con dichos fundamentos, debiéndose ponderar asimismo que existía en autos una base sustancial y mínimamente suficiente para justificar la medida cuestionada, como ya se consideró en el voto que encabeza el presente decisorio.

De ello se desprende que, aún cuando pueda considerarse pobre la fundamentación, ésta resulta suficiente, quedando determinado que no se trató de una medida infundada o arbitrariedad tal como la norma procesal busca prohibir.

Cabe dejar consignado, sin perjuicio de la solución que postulo, que la técnica judicial adoptada no resulta la más adecuada. La fundamentación expresa, clara y precisa es el sistema recomendable en casos como el presente. Ello, dentro de los límites de las posibilidades que la realidad impone en la génesis investigativa y la urgencia con que las decisiones de esta índole usualmente son adoptadas.

II. En cuanto a los argumentos del tribunal, referidos a que los preventores que fueron designados como agentes encubiertos habían provocado o determinado el accionar de Sanabria y a que el juez instructor contaba con la posibilidad de realizar otras medidas de prueba, adhiero al voto de la Juez preopinante por análogos fundamentos.

Resulta procedente recordar en este punto del análisis que nuestro más alto tribunal, en oportunidad de examinar el empleo de agentes encubiertos, concluyó que no es por sí mismo inconstitucional salvo que el infiltrado hubiese producido el crimen persuadiendo a inocentes a cometerlo (Fiscal c. Fernández, F. 400. XXII, rta. el 11/12/90 -La Ley, 1991-B, 190). De esta manera adhirió sustancialmente a la nutrida jurisprudencia norteamericana acerca de la doctrina del "entrapment" (vgr. "Hampton", 1976), que se remonta a los tiempos de la llamada "ley seca" (Sorrels vs. U.S., 1932).

III. En base a los argumentos precedentes -carentes de mayor pretensión- adhiero al voto de la doctora Capolupo de Durañona y Vedia, y propicio se haga lugar al recurso de casación y se declare la nulidad de la sentencia recurrida, conforme lo establece el art. 471 del Cód. Procesal Penal, así como de los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con la misma; debiendo remitirse las presentes actuaciones a un nuevo tribunal (conf. art. 173, Cód. Procesal Penal).

La doctora Berraz de Vidal dijo:

I. El impugnante -en atención al motivo del inc. 2º del art. 456 del Cód. Procesal Penal-, fundó su recurso en que el tribunal sentenciante realizó una incorrecta interpretación del art. 31 bis de la ley 23.737 -reformada por la ley 24.424- en función del art. 123 del Código de forma y en consecuencia una incorrecta aplicación de lo preceptuado en la parte 2ª del art. 168 del mismo cuerpo legal.

Así dejó circunscripto expresamente el recurrente el ámbito de su impugnación, señalando en la presentación que nos ocupa que no habría de ingresar en las otras cuestiones analizadas en el acto sentencial, pues las consideraciones que ellas recibieron dependían únicamente de que se acordara validez a los autos cuestionados, circunstancia que al no darse en el caso, torna -a su entender- abstracto el tratamiento de las siguientes.

Esa es entonces -a mi entender- la única cuestión que debe recibir respuesta en esta instancia, toda vez que por lo acotado de la aplicación del principio "iuria novit curia" en ella, me veo impedida de mejorar o ampliar los motivos introducidos por

el recurrente, o adelantar opinión sobre materias que no fueron sometidas a consideración de este tribunal.

Además debo señalar que coincido con el impugnante en cuanto a que la respuesta al primer planteo que efectuaron los magistrados de a quo ("Si la decisión adoptada por el juez de instrucción a fs. 4 y 6 se corresponde con la fundamentación exigida por el art. 31 bis, ley 23.737, reformada por ley 24.424 y si de esa fundamentación se desprende la imposibilidad de que la finalidad de la investigación pudiera lograrse de otro modo) dio fundamento a la resolución que en definitiva adoptara; ello es, la declaración de nulidad del auto de fs. 4 y de todo lo actuado en su consecuencia (punto I del mismo), resultado, entonces, puramente teórico en orden a lo decidido, el resto de las argumentaciones desarrolladas por los votantes en mayoría.

II. Con la salvedad efectuada en el punto anterior, y en relación con el fondo de la cuestión planteada por el Representante del Ministerio Público Fiscal, coincido con la solución propugnada en los votos que anteceden, en cuanto a que debe ser declarada la nulidad de la sentencia de fs. 348/349 y 367/386, así como también de los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con la misma, conforme lo dispone el art. 471 del Cód. Procesal Penal, debiendo ser otro tribunal el que sustancie nuevamente el juicio y dicte sentencia (art. 173, Código citado). Ello por cuanto coincido con mis colegas en relación a que la orden dictada por el magistrado instructor designando la participación de un agente encubierto resultaba razonable, toda vez que encuentra integración en los elementos que obraban bajo su control y dirección, ya sea en el expediente como en el legajo reservado y secreto acompañado a estos actuados.

Estimo aplicable al caso lo por mí sostenido "in re": "Herrera, José M. s/ recurso de casación" (causa Nº 369, reg. Nº 633, rta. el 15/8/96), en el sentido de que "una particular economía en el desarrollo de la fundamentación del auto que dispone medidas invasoras de la intimidad, no compromete -por esa sola razón- la validez del dispositivo; dispositivo que, como en este caso puede verse integrado con la justificación de la razón concreta que impulsó al magistrado a dictarla teniendo en consideración los antecedentes y circunstancias del hecho por él conocidos, lo que le permitía ejercer el debido control de las garantías constitucionales en juego.

En relación con la ausencia de fundamentación normativa de las órdenes de designación de agente encubierto de fs. 4 y 6 a la que alude los votantes en mayoría, dicha cuestión luce en el caso como un apego por parte de los sentenciantes a un excesivo rigorismo formal, toda vez que en las constancias anteriores al dictado de dichas medidas se indica expresamente que la causa se

enmarca dentro de las previsiones de la ley 23.737 y por ende, cuando el juez de instrucción indica "... conforme a los antecedentes obrantes en el legajo no existen otros medios para proseguir la investigación, dispónese la designación de un funcionario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quien actuará como agente encubierto, simulando ser un traficante de estupefacientes, con el objeto de lograr el secuestro de material cuya existencia se denuncia y la detención de sus autores...", indudablemente está haciendo aplicación -al invocar el "nomen iuris"- de la figura creada por el art. 31 bis de la ley 23.737; única norma, por otra parte, que contempla la designación de agentes encubiertos en materia de estupefacientes.

Por último, respecto al argumento relativo a si la finalidad de la instrucción podía ser lograda de otro modo, coincido con las razones expresadas en el voto de la doctora Durañona y Vedia.

En ese sentido comparto lo señalado por mi colega en cuanto a que no surge ni de la letra ni del espíritu de la norma en boga que sea imprescindible haber agotado todas las medidas de prueba para poder ordenar la actuación de un agente encubierto; y que esa medida debe surgir de la propia discrecionalidad del magistrado instructor, lo cual no significa privarla de su carácter eminentemente excepcional, y siempre dentro de un marco cierto de razonabilidad.

Dentro de ese ámbito de discrecionalidad en el que actúa, el instructor habrá de determinar si los medios probatorios comunes resultarán eficaces para lograr el fin perseguido, o si, por el contrario, es menester designar un agente encubierto para que dichos objetivos no resulten inalcanzables.

El análisis de la razonabilidad de la medida adoptada durante la instrucción por otro tribunal, no puede mantenerse ajeno a las circunstancias fácticas que rodearon al hecho a investigar, porque de lo contrario se convertiría en un examen puramente teórico y reñido con los principios básicos que rigen aquella etapa del proceso.

Entiendo así, que no puede dejar de sopesarse a fin de concluir si existían otros medios de prueba a ordenarse en aquella oportunidad, circunstancias tales como que el sujeto que se investigaba habitaba de manera transitoria en una vivienda dentro de una villa, con las características físicas que esos lugares revisten, y que no pueden ser desconocidos por el tribunal de a quo; lo cual torna hartamente difícil una vigilancia por parte de personal policial que no resulte advertida por el sospechado o sus vecinos.

A lo dicho cabe agregar que ya tenía conocimiento el magistrado del hecho de que el aquí imputado no se encontraba efectuando pública oferta del estupefaciente que intentaba comerciar, sino que esperaba adquirentes que se contactaran con él, sumándose a ello la transitoriedad de su residencia en el lugar, lo cual lleva a

concluir razonablemente que ordenar la intervención telefónica de la línea en cuestión podía no ser una medida de eficacia a los fines de la investigación. Así voto.

Por lo expuesto y en mérito del acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 387/392 por el fiscal de cámara ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 4 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, doctor Carlos A. Cassani, sin costas, y declarar la nulidad de la resolución de fs. 348/349 y 367/386, así como la de los actos anteriores o contemporáneos que tengan conexión con la misma, apartando de la causa a dicho tribunal oral (arts. 173, 471, 530 y 531, Cód. Procesal Penal). Regístrese, notifíquese, remítase la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 4 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, a los efectos de que la envíe a un nuevo tribunal oral para su prosecución, sirviendo la presente de atenta nota de remisión. - Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia. - Gustavo M. Hornos. - Amelia L. Berraz de Vidal

CONCLUSION

Como bien es sabido el Estado democrático de Derecho existe sobre dos pilares básicos: la profundización en la vigencia real de los derechos humanos y el respeto al pluralismo político. Esto implica que la dignidad humana ocupa el eje central de la regulación de las normas fundamentales del Estado.

El Estado democrático de Derecho se caracteriza porque rige con gran fuerza el principio de sometimiento de todos al imperio de la Ley.

Es Estado de Derecho porque nadie, ni siquiera el poder público, o el Jefe del Estado, pueden actuar fuera de los límites que marcan las propias normas jurídicas, dotando así vigencia a la seguridad jurídica y vedando el arbitrio en la actuación de los individuos y de la propia administración

El Estado democrático debe guardar un cuidadoso equilibrio entre protección de las libertades fundamentales del ciudadano a través de la legislación penal, y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacífica convivencia. Esto implica una determinada concepción del delito, como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, lo cual significa que el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le incomode o que le perturbe.

El respeto absoluto a las garantías de la persona implica a su vez que el Estado, so pretexto de mantener a ultranza una política de orden público, no puede incriminar comportamientos que se encuentran lejanos en la puesta en riesgo de bienes jurídicos. No puede adelantar su línea de defensa, pues entonces golpea la barrera de la inviolabilidad del individuo, uno de sus pilares fundamentales.

Esto supone que los actos lejanos al inicio de la ejecución del crimen, como la proposición, la provocación o la conspiración para delinquir, no deben tipificarse con carácter general.

Principio fundamental del Estado democrático de Derecho es la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y por supuesto, también ante la ley penal. El principio de igualdad se plasma en el tratamiento político-criminal de las conductas de los servidores del Estado, los funcionarios públicos. De estos, el ordenamiento jurídico requiere y manda que, al desplegar su actividad para la averiguación de delitos su comportamiento se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo cual no sucede cuando ese agente se involucró de tal manera que con su actuar crea las condiciones necesarias para la consumación del delito o instiga al delincuente a su comisión transformándose, de tal manera, en el 'agente provocador' de tal injusto, del que resultará, en consecuencia, un delito experimental o provocado."

Siguiendo este razonamiento, y entendiendo la Antijuridicidad como uno de los elementos componentes del delito: lo contrario al derecho; cuando el funcionario actúa como agente provocador de determinados delitos, excede los límites de lo permisible, y por ello su conducta deviene antijurídica. Se ve que un comportamiento de ese tipo, si bien puede ser efectivo para reprimir al "enemigo", se aleja por completo del Estado de Derecho.

Sin perjuicio de que advertimos el legítimo interés de la sociedad en la represión estatal de delitos, mas aun en tiempos de inseguridad y violencia reinantes, debe entenderse que ese interés social cede y debe ceder, si seguimos eligiendo el Estado de derecho, cuando el logro de tal cometido implica avalar o consentir actos que emanan del mismo Estado y que desamparan a los ciudadanos ante el avance de éste sobre sus derechos fundamentales, sin importar en tal caso, la índole y las características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional.

El Estado nunca puede utilizar medios ilícitos, para el posterior castigo del delincuente; quien debe velar por el cumplimiento de la ley, como es el Estado, no puede violarla provocando o instigando la comisión de ilícitos, ni siquiera para probar la ejecución de los mismos.

De ninguna manera puede avalarse, desde la política criminal, la persecución penal a cualquier costo; ello implicaría que el fin justificaría cualquier medio; nunca el fin, por más loable que sea, como resulta ser el castigo de los delitos, puede justificar el empleo de cualquier medio para lograrlo.

El procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales.

Así lo sostuvo Bettiol: "los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente lícitos" (citado por Eugenio Raúl Zaffaroni "Tratado de Derecho Penal. Parte general", t. IV, p. 373, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988). Una persecución penal bajo la lógica de "A grandes males, grandes soluciones", no es capaz de imprimir legitimidad a las medidas que en nombre de la eficacia se tomen. En este sentido no podemos evitar hacer referencia a Hobbes (filósofo inglés nacido a fines del siglo XVI.), Hobbes da cuenta de un pensamiento

que establece condiciones para un modelo que observa al Estado de una forma diversa que la pensada por los liberales del siglo XVIII, esto es, no como depositario de la soberanía individual y sobre todo como "entidad protectora de los ciudadanos", sino como el "Leviatán". Así, en el presente, cada vez que el Estado identifica el mal dirige todo el poder institucional a su destrucción. El monstruo creado para proteger al hombre, como toda bestia, no reconoce a su creador y lo ataca, al confundirlo con su enemigo. Para tal cometido, en efecto, no importará tanto el medio como el fin.

Como sostiene D' Alhora: "es válido investigar hechos para determinar quienes son los responsables; en vez, resulta írrito proceder a la inversa e investigar a un particular para cerciorarse si incurrió en algún episodio reprehensible"

O en palabras de Carrara: "Es satánico el papel del que induce a Ticio a cometer un delito para denunciarlo y arruinarlo..."

ANEXO

SUMARIOS.

1.- Voces: AGENTE ENCUBIERTO ~ CODIGO ADUANERO ~ COMISION DEL DELITO ~ DERECHO PENAL ~ DOLO ~ INSTRUCCION ~ LEY DE ESTUPEFACIENTES ~ NULIDAD ABSOLUTA ~ PRESUNCION DE DOLO ~ PREVENCIÓN DEL DELITO ~ PROCEDIMIENTO PENAL

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II (CNFedCrimyCorrec)(SalaII)

Fecha: 10/06/1999

Schroeder, Juan Jorge y otros

HECHOS:

Ante la propuesta realizada a un funcionario del Banco de la Provincia de Buenos Aires por parte de un ex cliente de realizar una importante maniobra defraudatoria a la entidad, un Gerente de la misma formula denuncia del hecho y obtiene del juez instructor la autorización para montar una puesta en escena con la colaboración del funcionario, que se extiende a lo largo de seis meses, a fin de grabar las conversaciones preparatorias del hecho, falsificar planillas y aportar el dinero necesario para consumar el hecho delictivo y aprehender a los presuntos responsables. La Cámara Federal anula el proceso y las condenas pronunciadas por considerar ilegal la conducta del agente provocador.

SUMARIOS:

Resulta insalvablemente nulo desde su inicio y conlleva la absolución de los acusados un proceso judicial en el cual el Estado, a través de un agente, en lugar de prevenir el delito provoca la ejecución de la conducta ilícita, allanando obstáculos en el camino del crimen, al mismo tiempo que recaba elementos de cargo que él mismo contribuye a plasmar, pues de tal manera se acerca peligrosamente a derivaciones rituales del derecho penal de autor, que considera disvaliosa la sola predisposición interna del sujeto

Carece de encuadre legal la instrucción que se inicia no como consecuencia de la comisión de un delito, sino para obtener la comisión del mismo

El presupuesto de intervención de un agente encubierto es la sospecha fundada del comienzo de ejecución de un hecho que autoriza su actuación, siendo admisible sólo ante el fracaso o ausencia de otras medidas de investigación, sin que haya sido reconocida por el legislador su actuación en la etapa previa al comienzo de ejecución de un hecho punible

Para autorizar la figura del "agente encubierto" —incorporada como art. 341 bis a la Ley 23.737 (Adla, XLIX.XLIX-D, 3692)— el legislador ha exigido requisitos para su designación y ha sancionado normas regulatorias que reconocen el carácter excepcional de esta herramienta y la limitan únicamente a infracciones previstas en

le ley de estupefacientes y al art. 866 del Cód. Aduanero, pero no habilitan su aplicación para otros delitos

La figura del agente provocador —herramienta preventiva que incide en la creación de un delito futuro y no en el esclarecimiento de hechos pretéritos— precisa, para su admisibilidad procesal, de un normativo específico que lo autorice y regule, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 10 de 1999.

El Dr. Luraschi dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión del Tribunal, con motivo de los recursos de apelación deducidos contra la sentencia obrante a fs. 1.199/1.217Vta., por el Sr. Agente fiscal a fs. 1.217Vta. sobre sus puntos dispositivos III y IV; por Jorge Alberto Javkin y su defensor Dr. Oscar Raúl Krom, a fs. 1223, ambos contra el punto I); por el Dr. C. V. R. a fs. 1226 y por su asistido, Eduardo Oscar Starasilis a fs. 1228, ambos contra el punto II) y por Juan Jorge Schroeder y su defensa, Dr. A.O.a fs. 1228, ambos contra el punto III del mencionado resolutorio.

El Sr. Magistrado de primera instancia en la sentencia impugnada, se pronunció: condenando a Jorge Alberto Javkin a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas por encontrarlo partícipe necesario del delito de adulteración de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas (punto 1); condenando a Eduardo Oscar Starasilis a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas por encontrarlo partícipe necesario de los delitos de adulteración de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas cometidos en forma reiterada - tres hechos- (punto 11); condenando a Juan Jorge Schroeder a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas por ser considerado autor de los delitos de adulteración de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas, de tenencia ilegítima de documentos nacionales de identidad y de tenencia de material conocidamente destinado para cometer falsificaciones, todos en concurso real y sobreseyendo parcial y definitivamente a Oscar Jose Donati en orden a los hechos encuadrados en los arts. 292, segundo párrafo y 286 del Código Penal y 33, inc. "c" de la ley 20.974, por los que fue indagado.

Radificados los autos en esta Sala, en los términos pautados en el art. 519 del libro adjetivo el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Ricardo E. Sáenz, a fs. 1.265/1.270, por las razones de hecho y derecho que allí dejó expuestas, solicitó la elevación de la pena impuesta a Juan Jorge Schroeder a tres años y seis meses de prisión y se nulifique el punto IV del fallo en cuestión o se sobresea parcial y provisionalmente a José O. Donati en orden a la presunta infracción a los arts. 292, segundo párrafo y 286 del Código Penal y 33, inc. "c" de la ley 20.974.

A su turno, los Dres. C.V.R. y A.O., solicitaron la revocación de la sentencia que impugnaran y la absolución de sus prohijados en base a diversos argumentos de hecho y derecho vertidos a fs. 1.271/1.280 y fs. 1.283/1.295, respectivamente, entre los que cabe destacar la introducción de uno nuevo que propicia la nulidad de la pesquisa, dado que se habría producido mediante una "...celada...", trayendo a colación en tal sentido, los fundamentos volcados por la Sra. Juez que dictó sentencia el 30 de diciembre Ppdo. en la causa N° 1.821 del Juzgado de Instrucción N° 47, Secretaría N° 205, siendo que del procedimiento sumarial ocurrido en ella dio origen a las presentes actuaciones.

Consecuentemente, se anexaron a este legajo, fotocopias de las piezas pertenecientes de dicho expediente que pudieren resultar de interés para la solución del nuevo planteo de nulidad (ver fs. 1.299 y 1.302).

II. Previo a toda consideración sobre la materialidad y consecuente responsabilidad de los acusados en los hechos por los que se los juzga, habré de decidir sobre las nuevas pretensiones nulificantes planteadas por las defensas de Starasilis y Schroeder, correspondiendo en consecuencia efectuar una descripción del marco táctico de la presente investigación para poder avanzar en el tema traído a estudio.

III. Se inician estos actuados a raíz de la incompetencia declarada por el Dr. M.A.C., Juez de instrucción, respecto a la presunta falsificación de documentos nacionales de identidad incautados en los procedimientos llevados a cabo por ante dicho Tribunal, con motivo de la denuncia efectuada el 22 de enero de 1992 por Adolfo Luis Cevasco, quien en su calidad de Gerente de Procesamiento y Servicios Operativos del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Casa Central, manifestó ante la División Investigativas de la Policía Federal Argentina que un ex-cliente de esa filial le habría propuesto a Rubén José Martín, Jefe de la Oficina de Cuentas Corrientes, realizar una maniobra de carácter delictivo que se llevaría a cabo para perjudicar a la institución en una suma cercana al millón de dólares.

A partir de allí y puesto esto en conocimiento del Juez Instructor, quien aprobó lo actuado y ordenó la grabación de la reunión que se realizaría con fecha 23 de enero, se procedió a labrar el acta correspondiente y se lo proveyó a Martín de un equipo de grabación para registrar las conversaciones que se llevarían a cabo entre Martín y las personas que intentaban efectuar la maniobra.

La pesquisa se desarrolló registrando con detalles los sucesivos y reiterados contactos personales y telefónicos que Martín mantuvo con algunos de los encausados, los que llevaron a Salvador Miguel Musa el día 12 de febrero de ese mismo año a presentarse en la Sucursal Villa Lugano, -donde Martín se desempeñaba como Jefe de Cuentas Corrientes-, en compañía de una persona quien se identificó como Antonio Vázquez Trujillo, Presidente de Caripe S.A., con el objeto de efectuar la apertura de una cuenta corriente.

La maniobra defraudatoria tuvo su culminación el 13 de julio de 1992, con la cooperación prestada por el funcionario bancario quien efectuó el contacto personal con "Jorge" - Juan Jorge Schroeder -, a los efectos de entregar la planilla B.P. 1806, para su posterior adulteración, la que le fue devuelta modificada, para finalmente entregar los encausados los cheques y retirar el dinero de la entidad bancaria.

Cabe agregar, que el funcionario policial interviniente en presencia de dos testigos hábiles, labró con fecha 12 de febrero de 1992, el acta de "pago" mediante la cual la entidad "damnificada"... "a los efectos de satisfacer la suma requerida por los acusados y con el fin de proseguir con los pasos preestablecidos para que éstos lleven a cabo la maniobra... "(sic) entregó el dinero a utilizarse para la operación.

IV. Debe analizarse entonces la nulidad del procedimiento postulado por la defensa como adelantara precedentemente, en base a los fundamentos sostenidos por la Jueza de Sentencia Letra "V", Sec. N° 29, destacando entre los aspectos más salientes de su resolutorio que " ..el proceso resulta insalvablemente nulo desde un inicio y ello ha de conllevar una decisión remisoria de la situación de quienes resultaran acusados...cuando a través de su "agente", el estado en lugar de disuadir - de "prevenir" en el verdadero alcance del término -, reafirma la supuesta viabilidad de una idea y "provoca" la ejecución de una conducta ilícita, allanando

obstáculos en el camino del crimen, al mismo tiempo que recaba elementos de cargo que contribuye a plasmar, nos acercamos peligrosamente a derivaciones rituales de una suerte de derecho penal de autor, que en realidad considera disvaliosa la predisposición interna del sujeto -su personalidad o carácter-, de la que el delito no () vendría a constituir más que su manifestación externa y sintomática. Ello, a no dudar autorizaría que el aparato represivo del Estado se pusiera al servicio de una novedosa forma de investigación, la de relevar en la sociedad a aquellos que muestran esa particular inclinación -aún episódica, temporal, circunstancial- emprendiéndolos a que acometan contra intereses ajenos, de modo de recolectar armoniosa y mancomunadamente las pruebas que ligen e incriminen a cada uno de los que serán enjuiciados, en desmedro del debido proceso legal...".

En tal sentido, cabe consignar que desde que el delito se gesta como idea en la mente del autor hasta su agotamiento, tiene lugar un proceso psicofísico denominado "iter criminis" cuyos estadios cronológicos son la concepción, la decisión, la preparación, el comienzo de ejecución, la consumación y el agotamiento. Cuanto más atrás -cronológicamente- se pretenda llegar en materia de punición del proceso descrito, mayor será el peligro para la seguridad jurídica, porque ingresando al fuero íntimo del sujeto se puede incluso llegar a punir el pensamiento. Por ello, la fórmula legal adoptada por nuestro Código Penal, que es altamente garantizadora, ha dejado al margen de la punibilidad las etapas de la concepción, la decisión y, en principio, la de los actos preparatorios...(Cavallero, "El delito imposible", pág. 22, Ed. Universidad, 1983).

En consecuencia, en el "iter criminis", carece de relevancia la manifestación verbal del sujeto, para que un hecho sea punible es preciso buscar la intención de cometer un delito a través de los hechos realizados y esos hechos son actos tendientes a la comisión del delito.

No escapa al suscripto, que la actividad del funcionario bancario en éste caso fue más allá de los límites permitidos, toda vez que conforme surge del contenido de las piezas sumariales provenientes del Juzgado de Instrucción N° 47 - traídas al presente con motivo de la nulidad planteada por la parte- la investigación a lo largo de aproximadamente seis meses se orientó a lograr la exteriorización de la voluntad de los aquí encausados, provocando la comisión del delito, por los motivos que expondré.

En primer término de las transcripciones de los casettes de las conversaciones mantenidas por Martín y dos personas del sexo masculino surge que el nombrado manifiesta "...Esto que se haga, hasta que yo quiera, que se haga..." (23/1/92, fs. 23); "...Sabes lo que pasa, me parece que vamos a tener que sacar intermediarios, ya que hay algunos que están fallando, cuando están acelerando les falla la fusta....", "...se carga del importe que se interdeposita, correcto, y por ende cambia el total nada más, todo lo demás queda como está, son estos dos importes correcto, la pagadera la conoces?, bueno esta es la hoja donde va a estar la cuenta involucrada, que acá no está por que no tuvo movimiento, esta es una fotocopia del viernes, no te traigo una del lunes porque es distinta, mucho más grande para ese momento si se diera sí va a estar la cuenta porque va a tener un movimiento, esto queda igual, vos vas a tener una fotocopia de lo de ese día, va a ser más chica, mas grande pero esto no cambia, salvo el indicado que se le carga el importe que cargaste acá, usted tiene equipo de imprimir esto ..." (29/6/92, fs. 174 y 174/vta.); "...El lunes es el último día, porque es el día que más jubilados cobran...", "...Estas son todas basura, de la catorce mil en adelante son las cuentas de Visa...", "...Yo te comento que es el mejor día, cambiar una planilla el lunes que está el banco abierto, entra y sale gente..."(6/7/92, fs. 183/5).

En segundo término el acta labrada por personal policial interviniente con fecha 19/2/92, donde consta que la entidad bancaria entrega el dinero a utilizarse para la operación "...y con el fin de proseguir con los pasos preestablecidos para que éstos lleven a cabo la maniobra..."(fs.45).

En tercer lugar, de la declaración prestada el 6 de mayo del mismo año, en sede policial, surge claramente que Martín procedió a tratar el tema del hecho ante las evasivas de "Aldo"; que lo tentó sobre un valor de U\$S 600.000 a u\$s 700.000 agregando ante la consulta de Aldo que dicho monto podría hacerse efectivo por el sistema PAGO POR CAJA. En todo momento manifestó tener un amplio manejo de la sucursal y para dar mayor credibilidad sugirió efectuar algún movimiento de entrada y salida de dinero a la cuenta corriente aperturada, y que se manejaran todo con CHEQUES USO DE MOSTRADOR (fs. 91/2).

Finalmente, en relación a la actividad desplegada por el funcionario bancario en autos, se advierten dos cuestiones estrechamente vinculadas, la primera relacionada con las condiciones en que se abiera la cuenta nro. ... de "Caripe S.A.", al mismo tiempo que recaba elementos de cargo que iba aportando a la pesquisa, mientras que la segunda se vincula con la participación de algunos hechos delictivos - que no le resultarán en principio reprochables - al efectuar el contacto personal con "Jorge" en el kiosco sito enfrente a la sucursal, a quien le hizo entrega de la planilla BP 1806, previamente extraída de la saca correspondiente a la sucursal, entregándole éste último, a su vez doce comprobantes de interdepósitos magnetizados que fueran depositados en distintas entidades del mismo banco, con fecha 10/7/92, regresando Martín en aproximadamente una hora al kiosco a retirar la planilla modificada para concretar el pago, y finalmente a los quince minutos de entregado el formulario, el mencionado Jorge y quienes lo acompañaban se trasladaron al banco a percibir el importe acordado de antemano (fs. 213/5).

En el caso bajo análisis la instrucción se inició no como consecuencia de la comisión de un delito, sino para obtener la comisión del mismo, careciendo tal proceder del encuadre legal correspondiente. "...Toda injerencia estatal en la esfera de derechos de los ciudadanos reclama de una autorización legislativa específica. A ello obliga el principio de reserva de ley, que impide la creación jurisprudencial de normas de injerencia, ya sea mediante la aplicación extensiva de las existentes, ya mediante la simple y llana creación de facultades completamente desconocidas para el ordenamiento jurídico. La introducción de facultades de injerencia estatales constituye una decisión política trascendental que, en el marco del Estado de derecho, sólo puede ser tomada por el legislador, único órgano democráticamente legitimado para tal fin; rige aquí, en consecuencia, el principio "nulla coactio sine lege", que proscribela "invención" jurisprudencial de facultades coactivas o de injerencia más allá de su conveniencia o necesidad político-criminal"... (La Ley, 1998-B, 371).

En tal sentido la Sala 3º de la Cámara Federal de La Plata en el caso "Ezcurra Varela y otros s/inf. Ley 17.531", argumentó "...Aquí la instrucción se ha abierto no como consecuencia de la comisión de un delito, sino para obtener la comisión del mismo, y toda la causa documenta paso a paso el despliegue jurisdiccional destinado a inducir con engaños, a...(los imputados), a aceptar sobornos. Los actores han sido funcionarios del Juzgado y el dinero del mencionado soborno fue proporcionado al juez por un servicio de inteligencia del Ejército. En síntesis, se ha querido combatir la corrupción generando más corrupción mediante el empleo sistemático de la actividad jurisdiccional, trastocándola en su significado, que consiste en pronunciar y determinar el derecho y no para gestar y protocolizar su violación..." (sentencia del 30/12/93).

V. Resulta oportuno mencionar que la situación hoy analizada no encuadra tampoco en la figura del "agente encubierto", que específicamente está incorporada como art. 31 bis a la ley 23.737, cuyo texto expresa: "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando enferma encubierta...a) se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley...b) participen en la realización de algunos de los hechos previstos en ésta ley... " (art. 6° de la Ley 24.424).

En éste punto del análisis, nuestro más alto tribunal, para declarar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos, tuvo en cuenta que ciertos delitos de gravedad como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. "Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos"...(Fiscal c. Fernández C.S.J.N. J.A. T. 1991 I p.318).

Se advierte claramente de la reseña legal efectuada, que el legislador ha exigido requisitos para la designación del agente encubierto y ha sancionado normas regulatorias, reconociendo ampliamente el carácter excepcional de esta herramienta delimitándola únicamente para lo concerniente a la ley de drogas y el art. 866 del Código Aduanero, pero no para otros delitos.

Su presupuesto de intervención es la sospecha fundada de comienzo de ejecución de un hecho que autoriza su intervención, el legislador pretendió reducir la actuación del agente encubierto a una "última ratio", admisible sólo ante el fracaso o ausencia de otras medidas de investigación, y su actuación en la etapa previa al comienzo de ejecución de un hecho punible, no ha sido reconocida por el legislador.

VI. Por último, resulta conveniente formular algunas precisiones acerca de la admisibilidad de la práctica de provocación de delitos en nuestro orden jurídico y las relaciones entre el Agente Encubierto y Agente Provocador.

En éste sentido Luis Felipe Ruiz Antón sostiene que el agente provocador "...obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para conseguir la reacción en el sentido deseado, cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocado se haga acreedor de una pena..." ("El agente provocador en el Derecho Penal", Editorial Edersa, Madrid, 1982).

Es por regla general una herramienta preventiva dirigida a peligros futuros y no al esclarecimiento de hechos pretéritos;; previo a su intervención no existe el delito, es él como instigador quien incide para lograr la exteriorización de la voluntad de los aquí encausados, "creando" el delito. Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal, de un normativo específico, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal.

Ponderando la gravedad de la actuación de quien se infiltra en presuntas organizaciones delictivas, así como también considerando la misma invasiva de

principios constitucionales vigentes, el magistrado que asuma la delicada responsabilidad de autorizar a un funcionario bancario a actuar como agente provocador, debe asumir la indelegable función de implantar un férreo control de la actividad de ese sujeto.

Fácilmente se concluye del análisis de estos obrados, que el Juez Instructor, aprobó la grabación de la reunión con el fin de "obtener más elementos probatorios del ilícito y una mejor ilustración de los hechos" y luego de enterado de la actuación del funcionario bancario, dispuso aprobar lo actuado y "continuar con la investigación", es que hasta allí apenas se contaba con información que autorizaba la intervención telefónica inicial, pero que en modo alguno permitía concluir con la existencia de una organización.

De acuerdo a lo que surge del expediente, la investigación se limitó, como ya fue adelantado, a las declaraciones prestadas en sede policial por el funcionario bancario, donde efectuara el relato de las comunicaciones y entrevistas mantenidas con Salvador Mussa, que se fueron agregando a las actuaciones junto con las transcripciones de las grabaciones, sin que en ningún momento fueran avaladas por premisas que las justifique, toda vez que únicamente se contaba con los dichos de Salvador Mussa, único contacto mantenido por Martín.

En vista de lo hasta aquí expuesto, corresponderá declarar la nulidad de todo lo actuado como consecuencia del accionar del funcionario bancario, cuyo desarrollo ha viciado insalvablemente el posterior secuestro de los documentos nacionales de identidad, a raíz del allanamiento ordenado por el Dr. Caminos, y como consecuencia del seguimiento efectuado por el personal policial que lo auxilió durante la investigación en cuestión.

Que la nulidad por esta vía acogida involucra la actuación desde fs. 1 de las presentes actuaciones, alcanzando a todos los actos posteriores que fueron su consecuencia necesaria.

Como corolario de lo expuesto, es dable recordar que tal como ha sostenido, la Corte Suprema de Justicia en Fallos 303:1938, "... la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional...".

A su vez, y más recientemente, el alto tribunal reafirmó en un caso análogo al presente que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (ver causa D.380.XXIII. Originario Penal, "Daray, Carlos A. s/presentación").

Así las cosas, como se anticipara, corresponderá adoptar una solución liberatoria respecto a todos y cada uno de los acusados en autos, con sustento en la doctrina resultante del fallo "Mattei, Angel" de la C.S.J.N. del 29/11/68 - FALLOS, 272:188.

El Dr. Horacio Cattani adhiere al voto precedente.

El mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

I) DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado a partir de fs. 1 del presente expediente (art. 509 y concordantes del Código de Procedimientos en Materia Penal).

II) ABSOLVER LIBREMENTE DE CULPA Y CARGO a Jorge Alberto JAVKIN, Eduardo Oscar STARASILIS, Juan Jorge SCHROEDER y Oscar José DONATI, en orden a los delitos por los que fueron acusados, SIN COSTAS (arts. 144, primer párrafo, "a contrario sensu", 495 y concordantes del Código de Procedimientos en Materia Penal).

III) DIFERIR la regulación de los honorarios de los Dres. C.R. y A.O., por su labor prestada ante esta Alzada, hasta tanto cumplan con lo pautado en el art. 2, inc. b) de la Ley 17.250.

El Dr. Irurzun no firma la presente por hallarse excusado. — Eduardo Luraschi. — Horacio Catani.

2.- Ver Voces: AGENTE ENCUBIERTO ~ ALLANAMIENTO DE DOMICILIO ~ AUTOINCRIMINACION ~ DELITO MARCARIO ~ FALSIFICACION DE MARCAS ~ NULIDAD PROCESAL ~ POLICIA ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ REGLA DE EXCLUSION DE LA PRUEBA ~ TEORIA DEL FRUTO DEL ARBOL VENENOSO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I(CNFedCrimyCorrec)(SalaI)

Fecha: 19/07/2007

Levy, Gustavo R.

HECHOS:

Un agente policial al cual se le había encomendado la realización de tareas de inteligencia relativas a la presunta comercialización de prendas falsificadas, se hizo pasar por un cliente y adquirió una prenda. Luego se llevó a cabo un allanamiento en el local comercial investigado. El juez de instrucción procesó al imputado en orden al delito consignado en el art. 31 inc. d de la ley 22.362. La Cámara declaró la nulidad de todo lo actuado y sobreseyó al encartado.

SUMARIOS:

En una causa en la cual se investiga la presunta comisión del delito previsto en el art. 31 inc. d de la ley 22.362 (Adla, XLI-A, 58), corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado si, el personal policial al cual se le había encomendado la realización de tareas de inteligencia, concurrió al local comercial investigado haciéndose pasar por un cliente y adquirió un producto falsificado pues, la actuación del agente policial es propia de un agente provocador y, como tal, violatoria de la garantía contra la autoincriminación consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional

La figura del agente provocador resulta incompatible con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, mientras que el agente encubierto se encuentra limitada en sus posibilidades de implementación a ciertos delitos y bajo condiciones muy excepcionales

Establecida la invalidez de la actuación policial igual suerte debe correr el allanamiento al que diera origen y el secuestro de la mercadería desde que,

reconocer la idoneidad de los elementos incautados en un procedimiento ilegítimo para sustentar la condena, equivaldría a admitir el empleo de medios ilícitos en la persecución penal.

Con la sanción de la ley 24.424 (Adla, LV-A, 27) el legislador ha establecido que la aplicación de la figura del "agente encubierto" está reservada en nuestro derecho para el esclarecimiento de delitos previstos en la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) o en art. 866 del Código Aduanero, siempre que se den ciertas condiciones y que el juez lo autorice por auto fundado

El agente provocador "...obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para conseguir la reacción en el sentido deseado, cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocado se haga acreedor de una pena..." (Luis Felipe Ruiz Antón, "El agente provocador en el Derecho Penal", Editorial Edersa, Madrid, 1982).

Sobre el agente provocador, la Sala II de este Tribunal tiene dicho que "(e)s por regla general una herramienta preventiva dirigida a peligros futuros y no al esclarecimiento de hechos pretéritos; previo a su intervención no existe el delito, es él como instigador quien incide para lograr la exteriorización de la voluntad de los aquí encausados, "creando" el delito. Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal, de un normativo específico, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal" (causa n° 14.914, "Schroeder, Juan Jorge y otros s/ falsificación de doc.", reg. 16.519, del 10 de junio de 1999).

A su vez, la Sala II de la C.N.C.P, en la causa n° 1.569, "Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ recurso de casación", reg. 2591, del 3 de junio de 1999, sostuvo: "No obstante existir en el sistema norteamericano un test objetivo y otro subjetivo para determinar la existencia de entrapment, para su procedencia ambos supuestos concurren en la exigencia probatoria de que el imputado haya sido inducido a cometer el crimen por el agente encubierto que el imputado o una persona standard no lo hubiera cometido a no ser por la inducción recibida y que el agente actuó como tal con el único objetivo de obtener evidencia para llegar a un pronunciamiento de condena".

"El máximo tribunal en la causa "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771" [Fallo en extenso: elDial - AA9AF], del 11 de diciembre de 1990, aclaró: "Que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho..., lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentado a personas inocentes a cometer esas violaciones. De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment."

De esta forma, la jurisprudencia es pacífica en torno a que la utilización de un agente provocador es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, con posterioridad al fallo 313:1305 de la C.S.J.N (ya citado) y en relación con la utilización de la figura del "agente encubierto", se dictó la ley 24.424 (boletín oficial 09/01/1995, modificatoria de la ley 23.737), que en el artículo 31 bis estipuló: "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero...".

De esta forma, con la sanción de la ley 24.424 el legislador ha establecido que la aplicación de la figura del "agente encubierto" está reservada en nuestro derecho para el esclarecimiento de delitos previstos en la ley 23.737 o en el artículo 866 del Código Aduanero, siempre que se den ciertas condiciones y que el juez lo autorice por auto fundado.

De modo consecuente con todo lo expuesto precedentemente, puede concluirse que el agente provocador resulta incompatible con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, mientras que la herramienta del agente encubierto se encuentra limitada en sus posibilidades de implementación a ciertos delitos y bajo condiciones muy excepcionales.

III. En lo que sigue expondremos las razones que median en el caso para tener por nulos todos los actos procesales producidos desde la visita del agente policial al comercio de Levy en adelante (fs. 39/40).

Con respecto a la actuación del personal policial al que se le encomendara la realización de las tareas de inteligencia, cabe destacar que su obrar no sólo excedió el marco de la autorización judicial (ver fs. 14 y 29), sino que utilizó métodos propios del llamado "agente provocador".

En el curso de tales tareas, un agente policial concurrió al local comercial investigado haciéndose pasar por un cliente interesado en obtener una remera de marca "Adidas" o "Puma". Fue así como el propio agente solicitó una remera de tales características al vendedor, quien accedió al pedido del supuesto cliente y, tras el pago de la suma de \$10 y confeccionar la correspondiente factura, le entregó el pedido efectuado.

Incuestionablemente, el agente policial produjo la venta prohibida penalmente por la ley marcaría, de modo que su actuación es propia de un agente provocador y, como tal, repugnante a la luz de la garantía contra la autoincriminación consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En otras palabras, las constancias de la causa reseñadas en el punto I de la presente resolución permiten inferir que la policía tuvo una actitud creadora del delito que motiva estas actuaciones. El ocultamiento de la identidad policial y la incitación del agente tuvo por objeto generar la venta prohibida por el artículo 31, inciso "d" de la ley 22.362. De esta forma, nos encontramos ante la existencia de un delito experimental provocado por la intervención de un agente provocador.

Ahora bien, establecida la invalidez de la actuación policial que surge de fs. 39/40, igual suerte debe correr el allanamiento al que diera origen, el secuestro de la

mercadería y todos los actos procesales que en su consecuencia se produjeron, debiendo excluirse la prueba obtenida en tanto esta fue habida ilegítimamente.

"Ello así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito" (C.S.J.N. "Fiorentino Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes", del 27/11/1984, Fallos 306:1752).

Sobre la base de estas consideraciones, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del accionar del agente policial mencionado, cuyo desarrollo ha viciado insalvablemente el posterior secuestro de las prendas en infracción a la ley marcaría.

Resta aclarar que, sin perjuicio de que advertimos el legítimo interés de la sociedad en la represión estatal de delitos, debe entenderse que ese interés social cede cuando el logro de tal cometido implica avalar o consentir actos que emanan del mismo Estado y que desamparan a los ciudadanos ante el avance de éste sobre sus derechos fundamentales, sin importar en tal caso, la índole y las características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional.

Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 303:1938, "...la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo a las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional...".

A partir del caso Rayford (Fallos: 308: 733) la C.S.J.N. ha establecido que "...si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (considerando 6º, doctrina reiterada en los casos "Ruiz", Fallos 310:1847 y "Francomano" Fallos 310:2384)".

En este sentido, del examen de las actuaciones no surge que exista un cauce independiente que permita evitar la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente.

De esta forma, habida cuenta de la irregularidad de la actuación policial y la consecuente exclusión del material cargoso de autos, es que corresponde adoptar un temperamento de tipo liberatorio respecto de Levy. Tal es nuestro voto.

El doctor Farah dijo:

En efecto, la irregularidad del obrar policial —y la consecuente invalidez del allanamiento y secuestro del material investigado en autos— emerge del exceso en que habría incurrido el agente Gomes en la actividad formalizada a fojas 39 de este expediente. Adviértase, al respecto, que habida cuenta de la previa intervención judicial en el caso, el marco de la actuación policial se encontraba limitado por el auto obrante a fojas 29, a través del cual el juez a quo sólo había encomendado la "intensificación de las tareas de inteligencia" con el objeto de determinar si en el local en cuestión se continuaba "exhibiendo para la venta indumentaria de las marcas 'Adidas' y 'Puma' en infracción a la ley 22.362, debiendo tomarse nuevas vistas fotográficas de dicho comercio".

A partir de estas circunstancias es que comparto la solución que los doctores Cavallo y Freiler le dan al caso.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I) Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 39 del presente expediente (artículo 166 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

II) Sobreseer a Gustavo Ramón Levy en orden al delito por el que fuera indagado dejando expresa constancia que la formación de la presente no afecta al buen nombre y honor del que hubiera gozado con anterioridad (artículo 336, inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber a la Fiscalía de Cámara y remítase a la anterior instancia a fin de que se practiquen las notificaciones a las que hubiere lugar.

Sirva la presente de atenta nota de envío. — Gabriel R. Cavallo. — Eduardo R. Freiler. — Eduardo G. Farah.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. — Buenos Aires, julio 19 de 2007.

Los doctores Cavallo y Freiler dijeron:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Gustavo Ramón Levy (fs. 7 del incidente) contra la resolución del a quo mediante la cual decretó el procesamiento del nombrado por considerarlo prima facie autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 31, inciso "d" de la ley 22.362 (fs. 1/5).

Se inicia la presente investigación el 18 de enero de 2006 cuando personal de la Seccional 16a. de la policía Federal Argentina —mientras se encontraba recorriendo el área jurisdiccional— pudo observar que sobre la calle Lima Oeste (cerca de su intersección con la calle Pavón de esta ciudad) existía un local comercial, sin denominación, en el cual se exhibían para la venta prendas de vestir con marcas estampadas de firmas reconocidas, tales como "Adidas" y "Puma", no siendo aparentemente originales (fs. 1).

Como consecuencia de esta circunstancia, el Fiscal formuló el correspondiente requerimiento de instrucción (fs. 13) y el Juez de primera instancia ordenó la realización de tareas de inteligencia (fs. 14 y 29).

Fue así como, tal como surge de la declaración de fs. 39/40, el 29 de marzo de 2006, un agente policial ingresó al local comercial de manera encubierta, "...se hizo pasar por cliente y fue atendido por una persona...a quien le solicitó si tenía alguna remera Puma y Adidas, debido a que quería elegir una para comprarla". De esta forma, el vendedor extrajo diversas remeras y el agente policial "[e]ligió una de ellas, siendo ésta con inscripción Puma de color azul y vivos grises, le abonó la suma de 10\$ en efectivo y el deponente le solicitó la correspondiente factura a su nombre".

Sobre la base de estas consideraciones, se ordenó el allanamiento del domicilio en cuestión (fs. 455/66), donde se secuestró material en contravención a la ley marcaria (fs. 72). Se trata de dos buzos con la inscripción "Levy's" (que resultaron ser apócrifos —según pericia de fs. 88/89—) y doce camisas con la inscripción "Pierre Balmain" (que no fue posible establecer su falsedad o autenticidad por no contar con material genuino de dicha marca).

II. Adelantamos que declararemos la nulidad de la resolución recurrida en virtud de las irregularidades producidas en el obrar policial que desencadenó en el allanamiento en el que se secuestraron los elementos cuyo comercio se le reprochan a Levy (ver declaración indagatoria del imputado de fs. 101/102).

Para fundar nuestra posición realizaremos algunas consideraciones en torno a las figuras del agente encubierto y del agente provocador.

Existe una clara distinción entre la herramienta procesal del agente encubierto (que oculta su calidad de agente de las fuerzas de seguridad a los fines de investigar o prevenir un delito) y el agente provocador (que crea la voluntad o instiga a cometer el delito con el fin de someter a su autor a la justicia).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en el año 1990, expresó que la utilización excepcional de la herramienta del agente encubierto no es por sí sola inconstitucional, mas aclaró que el uso de un agente provocador es siempre extraña a nuestro ordenamiento jurídico.

En la causa "Fiscal c. Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771", del 11 de diciembre de 1990, Fallos 313:1305, la C.S.J.N expresó: "Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar".

Sin embargo, el máximo tribunal aclaró: "Que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho..., lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U.S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. Además del caso citado de 287 US 435, "Sherman v. U.S.", 356 US 369 y "Hampton v. U.S.", 425, US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment (confr. "Woo Wai v. U.S.", 223 US 412 y "U.S. Russell", 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435)".

El agente provocador "...obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para conseguir la reacción en el sentido deseado, cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocado se haga acreedor de una pena..." (Luis Felipe Ruiz Antón, "El agente provocador en el Derecho Penal", Editorial Edersa, Madrid, 1982).

Sobre el agente provocador, la Sala II de este Tribunal tiene dicho que "(e)s por regla general una herramienta preventiva dirigida a peligros futuros y no al

esclarecimiento de hechos pretéritos; previo a su intervención no existe el delito, es él como instigador quien incide para lograr la exteriorización de la voluntad de los aquí encausados, "creando" el delito. Por lo tanto, el agente provocador precisa para su admisibilidad procesal, de un normativo específico, circunstancia ésta no sólo no prevista sino contraria a nuestro ordenamiento legal" (causa n° 14.914, "Schroeder, Juan Jorge y otros s/ falsificación de doc.", reg. 16.519, del 10 de junio de 1999).

A su vez, la Sala II de la C.N.C.P, en la causa n° 1.569, "Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ recurso de casación", reg. 2591, del 3 de junio de 1999, sostuvo: "No obstante existir en el sistema norteamericano un test objetivo y otro subjetivo para determinar la existencia de entrapment, para su procedencia ambos supuestos concurren en la exigencia probatoria de que el imputado haya sido inducido a cometer el crimen por el agente encubierto que el imputado o una persona standard no lo hubiera cometido a no ser por la inducción recibida y que el agente actuó como tal con el único objetivo de obtener evidencia para llegar a un pronunciamiento de condena".

De esta forma, la jurisprudencia es pacífica en torno a que la utilización de un agente provocador es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, con posterioridad al fallo 313:1305 de la C.S.J.N (ya citado) y en relación con la utilización de la figura del "agente encubierto", se dictó la ley 24.424 (boletín oficial 09/01/1995, modificatoria de la ley 23.737), que en el artículo 31 bis estipuló: "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero...".

De esta forma, con la sanción de la ley 24.424 el legislador ha establecido que la aplicación de la figura del "agente encubierto" está reservada en nuestro derecho para el esclarecimiento de delitos previstos en la ley 23.737 o en el artículo 866 del Código Aduanero, siempre que se den ciertas condiciones y que el juez lo autorice por auto fundado.

De modo consecuente con todo lo expuesto precedentemente, puede concluirse que el agente provocador resulta incompatible con normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, mientras que la herramienta del agente encubierto se encuentra limitada en sus posibilidades de implementación a ciertos delitos y bajo condiciones muy excepcionales.

III. En lo que sigue expondremos las razones que median en el caso para tener por nulos todos los actos procesales producidos desde la visita del agente policial al comercio de Levy en adelante (fs. 39/40).

Con respecto a la actuación del personal policial al que se le encomendara la realización de las tareas de inteligencia, cabe destacar que su obrar no sólo excedió el marco de la autorización judicial (ver fs. 14 y 29), sino que utilizó métodos propios del llamado "agente provocador".

En el curso de tales tareas, un agente policial concurrió al local comercial investigado haciéndose pasar por un cliente interesado en obtener una remera de marca "Adidas" o "Puma". Fue así como el propio agente solicitó una remera de tales características al vendedor, quien accedió al pedido del supuesto cliente y, tras el pago de la suma de \$10 y confeccionar la correspondiente factura, le entregó el pedido efectuado.

Incuestionablemente, el agente policial produjo la venta prohibida penalmente por la ley marcaria, de modo que su actuación es propia de un agente provocador y, como tal, repugnante a la luz de la garantía contra la autoincriminación consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En otras palabras, las constancias de la causa reseñadas en el punto I de la presente resolución permiten inferir que la policía tuvo una actitud creadora del delito que motiva estas actuaciones. El ocultamiento de la identidad policial y la incitación del agente tuvo por objeto generar la venta prohibida por el artículo 31, inciso "d" de la ley 22.362. De esta forma, nos encontramos ante la existencia de un delito experimental provocado por la intervención de un agente provocador.

Ahora bien, establecida la invalidez de la actuación policial que surge de fs. 39/40, igual suerte debe correr el allanamiento al que diera origen, el secuestro de la mercadería y todos los actos procesales que en su consecuencia se produjeron, debiendo excluirse la prueba obtenida en tanto esta fue habida ilegítimamente.

"Ello así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito" (C.S.J.N. "Fiorentino Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes", del 27/11/1984, Fallos 306:1752).

Sobre la base de estas consideraciones, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del accionar del agente policial mencionado, cuyo desarrollo ha viciado insalvablemente el posterior secuestro de las prendas en infracción a la ley marcaria.

Resta aclarar que, sin perjuicio de que advertimos el legítimo interés de la sociedad en la represión estatal de delitos, debe entenderse que ese interés social cede cuando el logro de tal cometido implica avalar o consentir actos que emanan del mismo Estado y que desamparan a los ciudadanos ante el avance de éste sobre sus derechos fundamentales, sin importar en tal caso, la índole y las características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional.

Tal como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 303: 1938, "...la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo a las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional...".

A partir del caso Rayford (Fallos: 308: 733) la C.S.J.N. ha establecido que "...si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (considerando 6º, doctrina reiterada en los casos "Ruiz", Fallos 310:1847 y "Francomano" Fallos 310:2384)".

En este sentido, del examen de las actuaciones no surge que exista un cauce independiente que permita evitar la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente.

De esta forma, habida cuenta de la irregularidad de la actuación policial y la consecuente exclusión del material cargoso de autos, es que corresponde adoptar un temperamento de tipo liberatorio respecto de Levy. Tal es nuestro voto.

El doctor Farah dijo:

Comparto la solución a la que arriban mis colegas. No obstante, es otro a mi juicio el argumento a partir del cual corresponde de tal modo.

En efecto, la irregularidad del obrar policial —y la consecuente invalidez del allanamiento y secuestro del material investigado en autos— emerge del exceso en que habría incurrido el agente Gomes en la actividad formalizada a fojas 39 de este expediente. Adviértase, al respecto, que habida cuenta de la previa intervención judicial en el caso, el marco de la actuación policial se encontraba limitado por el auto obrante a fojas 29, a través del cual el juez a quo sólo había encomendado la "intensificación de las tareas de inteligencia" con el objeto de determinar si en el local en cuestión se continuaba "exhibiendo para la venta indumentaria de las marcas 'Adidas' y 'Puma' en infracción a la ley 22.362, debiendo tomarse nuevas vistas fotográficas de dicho comercio".

A partir de estas circunstancias es que comparto la solución que los doctores Cavallo y Freiler le dan al caso.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I) Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 39 del presente expediente (artículo 166 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

II) Sobreseer a Gustavo Ramón Levy en orden al delito por el que fuera indagado dejando expresa constancia que la formación de la presente no afecta al buen nombre y honor del que hubiera gozado con anterioridad (artículo 336, inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, hágase saber a la Fiscalía de Cámara y remítase a la anterior instancia a fin de que se practiquen las notificaciones a las que hubiere lugar.

Sirva la presente de atenta nota de envío. — Gabriel R. Cavallo. — Eduardo R. Freiler. — Eduardo G. Farah.

3.- Ver Voces: AGENTE ENCUBIERTO ~ ALLANAMIENTO DE DOMICILIO ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ CUESTION DE HECHO ~ CUESTION FEDERAL ~ CUESTION PROCESAL ~ DELITO ~ DELITO EXPERIMENTAL ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ EFICACIA PROBATORIA ~ ENCUBRIMIENTO ~ ESTUPEFACIENTES ~ FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ INTERES PUBLICO ~ INVESTIGACION DEL DELITO ~ INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO ~ NARCOTRAFICO ~ NOTITIA CRIMINIS ~ NULIDAD ~ PARTICIPACION CRIMINAL ~ POLICIA ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ PRUEBA ~ PRUEBA ILEGAL ~ RECURSO EXTRAORDINARIO ~ REQUISA ~ TESTIGO ~ VERDAD JURIDICA OBJETIVA

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

Fecha: 11/12/1990

Fernández, Víctor H.

Publicado en: LA LEY 1991-B, 190 - ED 141, 444 - DJ 1991-2, 637

HECHOS:

La Cámara revocó el fallo de primera instancia por el cual se condenó al imputado, cónsul de un país vecino, por los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes. El decisorio de tribunal de alzada tuvo en cuenta para dictar la absolución que la diligencia policial merced a la cual se logró secuestrar cocaína en la Ciudad de Mendoza, estaría viciada de nulidad por carecer el funcionario actuante de orden de allanamiento y ocultar su calidad de tal al ingresar al domicilio del procesado, acompañado de otra persona que se hallaba detenida e incomunicada. El fiscal de Cámara interpuso recurso extraordinario, en atención a lo que señala como una inadecuada interpretación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.

SUMARIOS:

- El orden jurídico requiere del empleo de agentes encubiertos que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.
- El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos.
- En materia de delito experimental deben distinguirse los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son producto de la actividad creativa de los funcionarios que ejecutan la ley.
- Resulta necesario distinguir los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más

allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado.

- El procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales.

“10) Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del estado de derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewis v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. Srt. 32, 115, 122; 57, 250, 284 y la decisión del BGH en NStZ, 1982, 40).

11) Que la conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NStZ 1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U. S.", 287 US 435).

De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, "Sherman v. U. S.", 356 US 369 y "Hampton v. U. S.", 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de "entrapment" (confr. "Woo Wai v. U. S.", 223 US 412 y "U. S. v. Russell", 441 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).”

TEXTO COMPLETO:

Opinión del Procurador General de la Nación.

La sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, revocó a fs. 962/978 el fallo de primera instancia por el cual se condenó a Eduardo R. Rivas Graña por considerarlo autor criminalmente responsable de los delitos contemplados en el art. 2º, inc. e) de la ley 20.771 en concurso ideal con el del inc. c) en grado de

tentativa; en concurso real con el del mismo artículo, inc. c), ambos con el agravante del art. 8º, inc. c), siempre de aquella ley.

I. El decisorio de tribunal de alzada tuvo en cuenta, para absolver a Rivas Graña, que la diligencia policial merced a la cual se logró secuestrar 9 kilogramos de cocaína en la Ciudad de Mendoza, estaría viciada de nulidad por carecer el funcionario actuante de orden de allanamiento y ocultar su calidad de tal al ingresar al domicilio de Rivas Graña acompañado del detenido incomunicado, Víctor H. Fernández. De allí, concluyó el a quo, se habría conculcado la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, motivo por el cual anuló la consecuencia inmediata de esa supuesta violación domiciliaria, cual es el secuestro de la cocaína antes indicada.

Por otra parte, el fallo atacado considero que los restantes elementos de juicio reunidos en relación con la conducta reprochada a Rivas Graña, eran insuficientes para sustentar la condena impuesta en primera instancia.

El fiscal de Cámara interpuso a fs. 981/997 recurso extraordinario --que el a quo otorgó a fs. 1018/1027-- contra el fallo de mención, atendiendo en primer lugar a lo que señala como una inadecuada interpretación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional.

En segundo término, adujo que la sentencia en cuestión es arbitraria, sosteniendo que sus razonamientos están preñados de subjetividad y basados en suposiciones y prejuicios, por lo que sostuvo que se ha apartado de la sana crítica, desconociendo además, los hechos de la causa.

Cada uno de los agravios será sometido a continuación, a tratamiento y estudio individual, adelantando la coincidencia con el correcto tratamiento del tema examinado en el sub lite por el doctor Romano.

II. El examen de los elementos de convicción reunidos respecto del primero de los puntos en análisis, obliga a reflexionar sobre el carácter del procedimiento policial que conduce al secuestro de la caja que contenía 9 kilogramos de cocaína, desplegado, en su inicio, en el interior de la vivienda del por entonces Cónsul de la República de Bolivia en la Ciudad de Mendoza.

Cabe advertir, respecto a dicho procedimiento, que la presencia del miembro de la Policía Federal, Comisario Armentano, acompañado del detenido Fernández, en la casa de Rivas Graña, no se adecua a las formas establecidas por el art. 188 del Cód. de Proced. en Materia Penal, ni encuentra acogimiento en las excepciones previstas en el art. 189 del mismo Código.

Es por ello, que tal actividad policial no puede ser considerada evidentemente el allanamiento de domicilio previsto por la normativa ritual.

Así establecido y no pudiendo ampararse por lo tanto la conducta examinada dentro de los supuestos legales referidos, cabe preguntarse si la misma contiene

ingredientes que lesionen o que hubieren afectado el precepto de la inviolabilidad del domicilio tutelado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Para encontrar adecuada respuesta al interrogante planteado, debe destacarse, en primer lugar, que el policía Armentano ingresó al domicilio ajeno ocultando, tanto su condición de policía, como la circunstancia del apresamiento que sufría Fernández, quien era conducido en carácter de detenido e incomunicado.

Esta simulación originaria, anterior a serles permitida la entrada por Rivas Graña a ambos, adquiere singular valor en el estudio de la cuestión, puesto que en definitiva, tal circunstancia será una de las que permitirá dilucidar si el legítimo derecho a la reserva domiciliaria de Rivas Graña ha resultado lesionado o no.

El correcto entendimiento de la previsión constitucional señalada y de la legislación consecuente, permite determinar que la tutela a la reserva domiciliaria, puede ceder ante el interés social de la represión delictiva, sólo en la forma y medios establecidos legalmente. Fuera de estos casos, únicamente es la voluntad del titular del derecho la que puede franquear el ingreso de terceros a su domicilio.

Si esta voluntad se ve impedida de pronunciarse libremente, por encontrarse doblegada por cualquier medio, es indudable que el derecho amparado constitucionalmente, se verá afectado.

En el caso, Rivas Graña permitió la entrada a su residencia a su amigo Fernández y a quien lo acompañaba, pero desconociendo que aquél estaba sometido a detención, y que éste era un policía que además de ocultar su condición, lo llevaba aprehendido.

Conforme a este orden de ideas, y por el modo en que Armentano logró entrar al domicilio de Rivas Graña, podría llegar a suponerse que ocurrió un concreto desprecio de la voluntad del ex-cónsul, único que podía o no autorizar el ingreso, habida cuenta que tanto se puede contrariar la determinación de quien expresamente prohíbe la entrada a su vivienda, como la de quien no puede manifestarse libremente, por ser víctima de una situación engañosa.

Al respecto señala Carrara ("Programa...", t. IV, p. 455, Ed. Depalma, 1945): "... Cuando la introducción sea clandestina o insidiosa, la misma pone en claro que el invasor, al usar de artificios o malicia para introducirse subrepticamente en la casa ajena, debió tener la conciencia de que contradecía la voluntad del habitante de la casa, y vanamente alegraría luego, que no había recibido la prohibición. Para esto valdría la regla de sentido común por la cual el impedimento para hacer la prohibición equivale a la prohibición; y bien podría decirse que ha impedido la prohibición el que ha buscado introducirse en la casa ajena de modo que el inquilino no adquiriese conocimiento de ello".

De allí es que se puede afirmar, que la violación de domicilio es "invito domini", y quien incurre en ella, debe conocer la voluntad contraria del titular del domicilio o bien presumirla, por la circunstancia que en el caso domina, emplea o aprovecha. (Carrera, Daniel P., nota en JA. 1988-II, abril junio, p. 21).

Se podría concluir por lo tanto, que si Armentano pudo impedir la "libre" exteriorización de la voluntad de Rivas Graña cuando ingresó a su domicilio, por hacerlo ardidosamente, disfrazando su condición de policía en acto de servicio y ocultando además que Fernández estaba detenido, habría violado la intimidad de la morada en la que se introdujo, puesto que la admisión que logró, habría resultado fruto de una voluntad viciada por el error al que él mismo indujo con su conducta.

Pero a partir de esta conclusión primitiva, válida según lo contemplado en este primer estadio del itinerario racional que se sigue para el estudio de esta cuestión, cabe continuar analizando el resto de los ingredientes que componen el hecho en su conjunto.

Tres de ellos contienen un alto valor convictivo, que harán que en definitiva, vista la conducta en análisis en su integridad, conformen un cuadro al que le confieren juridicidad.

1) Armentano, si bien ocultó su profesión de policía --o al menos no la exteriorizó--, no fingió ser otra persona distinta, que por tal condición, tuviera expedito el acceso al domicilio de Rivas Graña;

2) Este, por su parte, no se interesó en modo alguno en averiguar sobre quien era el desconocido a quien invitó a entrar, conformándose en que lo hiciera en compañía de su conocido Fernández, a quien acompañaba, sin preguntar, siquiera, su nombre, ni mucho menos, su profesión; dejándose constancia de que como lo reconoce Rivas en su indagatoria, Fernández le preanunció su visita ("que iba a retirar la caja que le dejara") lo que aceptó sin problema alguno, lo que también recepta el fallo impugnado.

3) El comportamiento de Armentano fue totalmente pasivo, tanto dentro como fuera del ámbito privado, sin realizar "ningún acto" que pueda señalarse como de activa turbación de la reserva domiciliaria a que Rivas Graña tiene derecho, ya que se limitó a presenciar la entrega de la caja con estupefacientes de uno a otro cómplice, durante el breve lapso en que accedió --solamente-- hasta la sala de recibo, en la entrevista previamente concertada telefónicamente por Rivas y Fernández.

Por ello, Rivas Graña tuvo absoluta libertad de movimiento dentro de su morada, alejándose inclusive hacia sus dependencias internas, sin ningún control de Armentano, lugar desde el cual regresó con el estupefaciente.

Es decir, si bien podría reprochársele al comisionado policial, su originario silencio sobre su profesión y sobre el estado de su acompañante, como ingrediente que pueda haber conducido a error a Rivas Graña, no aparece el mismo como determinante de la decisión permisiva de éste, quien despreció, posiblemente por haberse convencido de una supuesta seguridad e impunidad que le brindaba su cargo consular, inquirir sobre la personalidad y motivos que traían hasta su domicilio a sus dos visitantes nocturnos.

Tampoco empece a este razonamiento que conduce a legitimar el resultado del obrar policial, la circunstancia de la privación de libertad e incomunicación de Fernández, puesto que al merituar tal condición, no debe perderse de vista que el objeto del instituto de la incomunicación de un detenido, encuentra su razón de ser en impedir que sea obstaculizada la acción de la justicia, entorpeciendo la tarea de la investigación de un hecho ilícito, por el contacto que el aprehendido pueda efectuar con sus cómplices. En el caso, y por el contrario, la actividad de Fernández (que de todas formas nunca puede ser considerada como agravante de los derechos de Rivas Graña, por haberla desarrollado durante su incomunicación) permitió la continuidad exitosa de la pesquisa. Se resalta aquí, que Fernández en ningún momento procesal dice haber actuado presionado, sino que su actividad fue fruto de una personal decisión, no motivada por terceros, siendo totalmente aventurado presumir tal cosa, o sea, repítese, que Fernández, en una conducta procesal irreprochable, actúa en plena voluntad, contribuyendo a la obtención de elementos que, sin perjuicio de involucrar a Rivas, también constituyen probanzas en su contra. Su decisión de colaborar con la investigación no se ve perturbada por elemento conviccional sospechoso alguno.

Es por todo ello que la voluntaria conducta de Rivas Graña, cuando "libremente" decidió entregar a su cómplice la mercadería ilícita que almacenaba, según espurios acuerdos preestablecidos, no fue en forma alguna condicionada por la presencia de un policía a quien él mismo invitó a ingresar a su morada, sin interesarle en absoluto de quien se trataba.

Concluyo, por consiguiente en que la supresión de la prueba de que se trata, en el razonamiento del decisorio recurrido, se ha efectuado merced a un erróneo entendimiento del principio plasmado en el art. 18 de la Constitución Nacional y a una equivocada adecuación a la norma, de los hechos comprobados en la causa. La fundamental importancia de la evidencia así ignorada, en cuanto hace a la atribución de responsabilidad criminal al encartado Rivas Graña, se destaca con su inclusión hipotética en el cuadro probatorio, circunstancia que se menciona en el mismo fallo en crisis.

Debo señalar que para arribar a tal conclusión, no he dejado de sopesar cuidadosamente, que el instituto que se pretendió violado, ha visto la luz normativa en los días precursores de la organización de la Nación, adquiriendo progresivamente su tutela, una de las más significativas exteriorizaciones de la sana y limitada exaltación de los derechos individuales, razón ésta por la cual comparto totalmente y sin reserva alguna la tesis que invalida la adquisición de cualquier medio de conocimiento al que se hubiere arribado merced al desconocimiento de este u otros derechos fundamentales. Pero, también estimo que en el caso, esa concreta violación no ha ocurrido, puesto que en definitiva quien pudo ejercerlo, no lo consideró necesario, exhibiendo voluntariamente su delincuencia a la visión pasiva de aquel a quien había invitado a ingresar a su ámbito tutelado.

La consecuencia inmediata de la entrega dolosa de Rivas Graña a Fernández, fue la obtención por parte de la comisión policial, de manos de éste y ya en la vía pública, del paquete que encerraba la cocaína.

De esta tradición, constatada al arribar los empleados a su sede por el secretario del tribunal interviniente, no existe una evidencia que se refleje en un acta de secuestro labrada en el mismo lugar en que ocurrió, lo que aparece como natural según la secuencia de los hechos: no podrían detenerse los policías, frente mismo a la vivienda del cómplice de Fernández, en la calle y en horas de la noche, a redactar y cumplir las formalidades para conformar el acta respectiva, la que se podía llenar una vez a buen recaudo y alejada la posibilidad de alertar a quienes aún no habían sido aprehendidos. Tampoco se les puede exigir --como lo hace la resolución recurrida--, que soliciten la presencia y rúbrica en el acta del ex-cónsul, porque éste estaba en el interior de su domicilio, y el secuestro se efectuó cuando Fernández y Armentano ya se encontraban en el exterior de la vivienda.

Dentro del razonamiento seguido y sin descuidar la visión del plexo probatorio en su conjunto --defecto que si se puede señalar en la sentencia en crisis-- cabe observar que el itinerario seguido por la prevención, estaba originariamente dirigido al desbaratamiento del plan delictuoso que llevaban a cabo Fernández y Chaar, guiado por sus insospechadas confesiones y afianzado por la incontestable obtención de los elementos propios del delito. Se observaron respecto a los confesos, las garantías estatuidas en la tutela de sus derechos como judiciales y cuando posteriormente ingresa en el ámbito de sospecha el ex-cónsul, aquellos actos originarios cumplidos antes de su sindicación, deben también, sin cortapisa alguna, integrar el cuadro probatorio apto para juzgar su conducta. No encuentro que ello obre en desmedro de su defensa en juicio.

La adquisición de esta prueba resulta, por lo tanto, legítima, quedando sujeta a valoración dentro del conjunto probatorio colectado, ya que la falta de acta de secuestro del objeto del delito, no constituye un vicio en el procedimiento cuando fue imposible su redacción en el lugar donde aquél se produjo.

En síntesis: al margen de la inexistencia del requisito formal del acta inmediata, se demuestra por vía testimonial indubitable, la realidad del procedimiento que ingresa a autos la caja que contenía cocaína. Lo acepta Rivas, lo testimonia personal policial y lo ratifica el codelincuente Fernández. Se trata nada más, ni nada menos, que de 9 kilos de droga, es indubitable que un supuesto celo policial por involucrar a Rivas, sería algo exagerado y en modo alguno surge de autos animosidad procesal hacia el encartado.

Por lo expuesto, y las sólidas razones esgrimidas por el fiscal de Cámara en su escrito de interposición, sostengo así el recurso.

III. Además de la firme apoyatura que logra el sentenciante de primera instancia, cuando estudia acabadamente el probatorio reunido en la causa --consids. VI a VIII--, y la medulosa valoración del mismo efectuada por el doctor Romano, se puede agregar lo siguiente:

1) Ha quedado categóricamente demostrada la vinculación delictiva que unió a los condenados Fernández y Pérez, y ello lo ha sido en virtud de sentencia firme. No se puede olvidar la condena de Fernández y Chaar, fallo donde los excusados de intervenir, doctores Endeiza y Mestre, adelantan opinión sobre la coparticipación en el delito investigado por parte de Rivas. El único medio por el que Pérez y Fernández pudieron entablar su relación delictiva, fue a través de la presentación

mutua que efectuara Rivas Graña, cuando viajó, en compañía de Fernández hasta la Ciudad de San Juan, donde se domicilia Pérez. El hecho de la nula actividad comercial de Fernández, y los pésimos antecedentes de Pérez en ese mercado, desvanecen la excusa en que intenta situarse Rivas Graña en el sentido de que la presentación obedeció a tales razones.

2) También está judicialmente aceptado, por esa sentencia firme anterior, que tanto Fernández como el también condenado Chaar, efectuaron en conjunto actividades reprimidas por la ley 20.771. En este caso, como en el anterior, incuestionablemente su conocimiento recíproco provino de la gestión de Rivas Graña, conforme lo reconocen ambos; en el caso de Chaar con sindicación delictuosa directa del ex-cónsul, ya que afirma que fue buscado expresamente para participar en la venta de estupefacientes.

3) Rivas Graña pertrecha a su cómplice Fernández, extranjero y transitoriamente en la Argentina, de un arma de fuego con una caja completa de proyectiles, que éste, que obviamente carece de cualquier permiso o autorización de guarda o portación de armas, esconde entre sus ropas en el hotel donde se aloja.

Tal entrega encuentra lógica razón en las actividades vinculadas al narcotráfico que ambos realizaban, y por el contrario, no se justifica dentro del cuadro de normalidad comercial en que se escuda el ex-cónsul.

4) Rivas Graña acepta, según refiere al ejercer su defensa material, el depósito de una caja, pensando primero, que contiene valiosas artesanías, para luego sospechar que puede contener oro. Para dejársela, Fernández le habría hablado de la inseguridad de su hospedaje y del alto valor de la mercadería (cada pieza podía costar U\$S 500, y la caja contendría muchas). A fs. 108 menciona que "ab-initio" tuvo sospechas respecto al contenido de esa caja que tan generosamente recepta en depósito de un connacional virtualmente desconocido. Cabe aquí reflexionar sobre la realidad de la existencia de esa caja con 9 kilogramos de cocaína. No proporciona el fallo elemento descalificatorio alguno que pueda hacer presumir con licitud que el contenido se introdujo con posterioridad a su entrega voluntaria y probada por Rivas. Esto unido a la valoración correcta del llamado en codelinuencia de Chaar y Fernández, (que en nada se benefician trayendo a proceso a Rivas) conduce necesariamente a la realidad de una prueba suficiente para condenar como pretende el fiscal. No es en modo alguno cierto lo sostenido por el defensor de que en el "sub júdice" hay una carencia total de prueba.

5) La Cámara ha asignado singular valor al dicho del abogado Cornejo Stewart, cuando depone en otro proceso --seguido en su contra--, sospechoso de haber quebrantado la incomunicación a que se hallaba sujeto su cliente Fernández. En efecto, a fs. 33 del expediente núm. 74.581 A, realiza una serie de consideraciones relativas a la persona de su ex-defendido, que pueden ser atribuidas a la necesidad de ejercer su defensa material respecto de la acusación de que era objeto, pero que constituyen revelación de secretos adquiridos en el ejercicio de su profesión de abogado. Lo que resulta incomprensible --y que es precisamente a lo que la sentencia del recurso adjudica relevancia-- es que, so pretexto de proteger derechos afectados, el nombrado profesional afirme que su ex-cliente mentía cuando sindicaba a Rivas Graña como partícipe en los hechos de la causa, puesto que esta afirmación, no tan solo resulta indiferente para el objeto de su declaración, sino que obra en directo perjuicio de la persona que había depositado

su confianza en la obligación de silencio de su abogado defensor, y finalmente, obra en sospechoso beneficio de Rivas Graña.

Aun cuando la conducta del letrado pudiese encontrar resguardo y justificación en el campo jurídico, sólo lo sería respecto a su autodefensa, y aún así resulta reprochable en el mas amplio continente que rige la ética del abogado, pero la valoración de sus dichos, fuera de su necesidad de dar respuesta a una acusación, repugna totalmente a las garantías de la defensa en juicio.

Encuentro, por todo lo expuesto, razones suficientes para sostener el recurso en todos sus aspectos, ya que la presente no puede tenerse como una mera cuestión de apreciación de pruebas, materia reservada a los jueces de la causa, y por ello no susceptible de revisión en este estadio procesal, sino que no existe obstáculo para que V. E. pueda conocerla, toda vez que sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas, sin incurrir en omisión de valorar prueba fundamental, y constituyan derivación razonada del derecho vigente según las circunstancias comprobadas.

Advierto, como ya se expresó, que la sentencia apelada presenta ese vicio, pues sus fundamentos son aparentes, al haberse valorado sólo parcialmente elementos de juicio, con supresión de aquéllos que revisten importancia fundamental para la conclusión condenatoria a que se habría arribado de tenerlos correctamente en consideración, prescindiendo, además, de la necesaria visión de conjunto y de la correlación de los testimonios e indagatorias entre sí, y fundamentalmente, con elementos indiciarios que tienen aquí, carácter necesario.

A mérito de lo expuesto, opino que debe revocarse el fallo apelado. -- Abril 3 de 1990. -- Oscar E. Roger.

Buenos Aires, diciembre 11 de 1990.

Considerando: Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza --sala B-- que, al revocar la dictada en primera instancia, absolvió al acusado Ricardo E. Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes - -agravados por el concurso de más de tres personas-- por lo que había sido condenado a siete años de prisión, multa de AA 120, accesorias legales y costas, interpuso el fiscal de Cámara recurso extraordinario, que fue concedido.

2) Que de las constancias del proceso surge:

a) que personal de la Policía Federal, anoticiado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel "Huentala" en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor H. Fernández y secuestró 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal;

b) que, por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Chaad, a cuya

detención también se procedió al habersele encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia;

c) que ante los dichos de Fernández, en el sentido de que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia --otros nueve paquetes de un kilogramo-- uno de los policías se trasladó, en compañía del nombrado, hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia. Ya en el lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo E. Rivas Graña, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con el contenido ya especificado, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo;

d) que el sospechoso Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al connacional Chaad, y en esas circunstancias detenido.

3) Que el tribunal a quo entendió, con base presunta en la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 46:36; 303:1938; 306:1752; 308:733 --La Ley, 1982-D, 225; 1985-A, 160; 1986-C, 396-- y causas R.524.XX, "Ruiz, Roque A. s/ hurtos reiterados"; F.103.XIX, y F.477.XIX, "Francomano, Alberto J. y otros s/ infr.. ley 20.840", del 17/9/87 y del 19/11/87 --La Ley, 1988-B, 446; 455--)) que la incautación de 9 kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Graña --a la vez casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza-- debía ser excluída del proceso como prueba por habérsela obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial de policía ingresaron en el domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Graña, lo consideraron viciado, "... al hacersele creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de éste y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y que quien lo acompañaba era un policía que fingía...". Por esta razón y porque, además, la Cámara destacó la falta de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del cónsul e ineficaz su resultado.

Por otra parte, los magistrados de la instancia anterior concluyeron en que, apartada la prueba obtenida --a su juicio-- de manera ilegal, la remanente no alcanzaba, sin hesitación, para responsabilizar al procesado. para sostener tal conclusión señalaron que la prevención policial ha incurrido en "...inexactitudes o desprolijidades que, a la postre, han quedado en descubierto y restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales...". Así, aludieron los jueces al origen anónimo de la denuncia que determinó la actuación policial, el que encubriría la actividad de confidentes; la huida del "comprador" de la cocaína que portaba Fernández sin explicación valedera, lo que permitiría barruntar que aquél fue nada más que un señuelo; la no común colaboración supuestamente espontánea de Fernández para lograr el decomiso del estupefaciente almacenado en la casa de Rivas Graña; la forma incompleta y poco veraz en la que fue documentada esa diligencia durante el sumario de prevención; la manera en la que se logró la detención del imputado, quien salió de su casa hasta el lugar donde lo esperaba la policía creyendo que iba a prestar asistencia a un connacional. Además, pese a reconocer que contra la negativa de Rivas Graña se alzan las imputaciones de los

coprocesados Fernández y Chaad, los jueces dieron razones, mayormente apoyadas en conjeturas, para restarle mérito. Respecto de Fernández --porque aparece como colaborador de la policía en la incautación de la droga que tenían tanto Chaad como Rivas Graña--; y de Chaad --porque intervino para facilitar la detención del cónsul--, dijeron los magistrados que "aparecen pues estos dos personajes delinquiendo, colaborando y disimulando su decisión de involucrar al prójimo. No son, por lo expuesto, dos coprocesados cuya versión por lo espontánea, coincidente y desinteresada pueda merecer especial confianza, sino que se cuenta con expresiones de quienes han delinquido en infracciones gravemente penadas y ayudan a la policía, traicionando a sus sospechados cómplices. Si a ello agregamos las dudas que surgen de lo actuado por algunos policías que auxiliaron a la justicia en la prevención, no es descartable que hayan declarado ante ella bajo presión o instados por alguna promesa de mejorar su situación si colaboraran...". Finalmente, los jueces desecharon el valor probatorio de la mendacidad con la que se produjo el procesado Rivas Graña, según el magistrado de primera instancia, porque, aun cierta, no deja de ser una indicación equívoca; y declararon que aunque la íntima convicción les pudiera indicar lo contrario, el sistema de la prueba tasada y de la sana crítica racional al que debían sujetarse les imponía adoptar la solución liberatoria, de conformidad con el art. 13 del Cód. de Proced. en Materia Penal.

4) Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por contener dos vicios fundamentales: el primero, vinculado con la presunta violación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional); y el segundo, que atañe a la irrazonabilidad en la interpretación de los hechos de la causa.

En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de 9 kilos de cocaína porque se las habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que al procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, "no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul", que es lo que protege la garantía constitucional. Consecuentemente --dice el fiscal-- si no hubo pesquisa o visita domiciliaria, no son exigibles los requisitos de los arts. 211, 407, 408 y 409 del Cód. de Proced. en Materia Penal. Y la posibilidad admitida por la Cámara de que entre el momento en el que fue entregada la droga por Rivas Graña, y aquel otro en el que se documentó el hecho en la sede policial se hubiese cambiado el contenido de la caja respectiva, no reviste la más mínima confrontación con la realidad. Ello es así, porque lo revela imposible el millonario valor de la mercadería y el hecho de que no pudo haberla obtenido la policía en otros procedimientos, puesto que una de las circunstancias probadas en el proceso es la de que en la Provincia de Mendoza no había mercado suficiente como para ubicar sin dificultades tamaña cantidad de droga.

En lo atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba independiente de la obtenida en el domicilio de Rivas Graña, se puntualizan en el recurso los siguientes vicios:

a) La sentencia se sustenta --a criterio del apelante-- en "una serie de juicios erráticos que nada tienen que ver con la prueba incorporada a la causa y con el análisis que realiza el juez federal de primera instancia". Así --se dice-- el tribunal dedica su esfuerzo en resaltar presuntas irregularidades policiales en aspectos

"pueriles y hasta microbianos" para teñir con ellas una supuesta falta de seriedad en todo el accionar de los preventores que compromete al cónsul procesado. Se "supone" que la policía trató de proteger su fuente de información y se "sospecha" de complaciente la huida de uno de los intervinientes en el primer canje de cocaína comprobado, todo lo cual se califica de "inexactitudes o desprolijidades... que restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales", por lo que "pareciera... que aquí se ha juzgado a la policía y no al cónsul que entregó los 9 kilos de cocaína", afirma el fiscal.

b) Con igual método hipotético --existencia de posibles promesas policiales de ayuda-- el fallo resta valor a las imputaciones en codelinuencia de Fernández o Chaad.

c) Omisión de tratamiento de las serias contradicciones en que incurrió el procesado Rivas Graña al declarar, las que constituyen indicios graves de su mendacidad. En tal sentido, señala el recurrente que no ha extrañado a los jueces: 1) que el imputado abriese las puertas de la oficina consular a hora intempestiva para entregar a un connacional lo que, según él, era una mercadería desconocida; 2) que haya interrumpido la iniciación de la cena con el alegado propósito de asistir al coprocesado Chaad para otorgarle asilo por razones políticas, función ajena a la propia de su cargo; 3) que si el acusado sospechaba del contenido de la caja, como lo dice, no se impusiera de su contenido, máxime cuando aquélla estaba abierta; 4) que si Rivas Graña creía, como también lo afirma, que se trataba de artesanía boliviana que negociaría con Fernández, menos se explica que no revisase lo que contenía el paquete; y, 5) que si con el último de los nombrados sólo lo ligaba una relación comercial, no se explica por qué le prestó un televisor para que no se aburriese en su estadía en el hotel, y una pistola valiosa porque se la había obsequiado el presidente de su país. Y

d) Descalificación de los dichos imputativos de los coprocesados Chaad y Fernández sobre la base de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo legal, tales como eludir el valor objetivo de sus versiones porque provendrían de "delincuentes", o empañar su colaboración en el esclarecimiento judicial del caso con el insólito argumento de la traición a sus cómplices, en abierta oposición con el art. 26 del Cód. Penal que manda observar "la actitud del condenado posterior al delito", comprensiva de la espontánea confesión de su responsabilidad y la cooperación en la investigación de la verdad.

5) Que, a partir del caso registrado en Fallos: 306:1752 (La Ley, 1985-A, 160) y con cita de los precedentes de Fallos: 46:317 y 177:390 (La Ley, 6-428), esta Corte estableció el criterio según el cual suscitan cuestión federal bastante planteos como los sometidos a su decisión en el recurso que se examina pues aun cuando atañen por lo general a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

6) Que ya en el recordado caso de Diego E. Fiorentino se dejó establecido que, fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del Cód. de Proced. en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa. Esta doctrina fue reafirmada en las sentencias dictadas en las causas L. 105.XXI. "López,

Eduardo A. s/encubrimiento de contrabando", del 10/12/87, y F.305.XXI. "Fato, Juan J. y otro s/infr. ley 20.771", del 24/5/88; y precisada aún más en el fallo recaído en la causa R.1.XXII. "Romero, Héctor H. y otros s/infr. ley 20.771" del 1/12/88 --criterio recientemente reiterado al resolver "in re": F.65.XXIII. "Ferrer, Florentino C. s/ infr. art. 189 bis del Cód. Penal", del 10/7/90 (La Ley, 1991-A, 3)-- donde el tribunal determinó que no cabe construir una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306:1752, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido.

7) Que en el "sub examen", al no darse ninguna de las excepciones del citado art. 189 del Cód. Procesal, ni ser jurídicamente posible la obtención de orden de allanamiento en virtud de la inviolabilidad del local consular, donde también se domiciliaba el imputado (art. 31, Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, aprobada por la ley 17.081, que admite la visita con el consentimiento del jefe de la oficina consular pero no su requisita), la situación es diferente a la contemplada en los precedentes de esta Corte en los que se apoyó la sentencia recurrida. A lo que cabe añadir que, como se verá en lo que sigue, el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, como se verá en lo que sigue.

8) Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquél se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisita, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

9) Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas --una de las cuales desconocía-- sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.

10) Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se

preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del estado de derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewis v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. Srt. 32, 115, 122; 57, 250, 284 y la decisión del BGH en NStZ, 1982, 40).

11) Que la conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NStZ 1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U. S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, "Sherman v. U. S.", 356 US 369 y "Hampton v. U. S.", 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de "entrapment" (confr. "Woo Wai v. U. S.", 223 US 412 y "U. S. v. Russell", 441 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).

12) Que las constancias de la causa reseñadas en los considerandos de la presente permiten descartar que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones. Al contrario, el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar. En esas condiciones no puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Aquí son totalmente aplicables las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos "in re" "Hoffa v. U. S.", 385 US 293. En efecto, lo sostenido por ese supremo tribunal con relación a la Cuarta Enmienda es plenamente aplicable a la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de esa Corte, "lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente". Pero ello supone una actitud del individuo celosa de su intimidad, y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

13) Que, en consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Este es el modo en que también ha sido entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción ("Lewis v. U. S.", 385 US 206). Allí la Corte admitió la validez del testimonio incriminatorio en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado "invitó" al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, "y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal".

En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ellos (confr. "mutatis mutandi", "López v. U. S.", 373 US 427).

14) Que, en síntesis, en el "sub lite" se ha demostrado que al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisita y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Si esto es así, no parece ciertamente razonable ni menos compatible con el sentido común entender que, en las circunstancias comprobadas en este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo --realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular-- fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas, que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.

A este respecto, ha de recordarse que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (caso "Tibold, José", Fallos: 254:320, consid. 13 -La Ley, 110-365--). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C. S. de E.E.U.U., "Stone vs. Powell", 428 U. S. 465, 1976, en p. 488, y la cita de D. H. Oaks en nota 30, p. 491). De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica

objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales.

15) Que la solución alcanzada en lo que antecede hace innecesaria la consideración de los restantes agravios traídos a la instancia con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se revoca la sentencia apelada. Vuelva a su origen para que, por quien corresponda, se dicte otra con arreglo a la presente. -- Ricardo Levene (h.) -- Carlos S. Fayt. (por su voto). -- Augusto C. Belluscio. -- Rodolfo C. Barra. -- Julio S. Nazareno. -- Julio Oyhanarte. -- Eduardo Moliné O'Connor.

Voto del doctor Fayt:

1) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza --sala B-- que, al revocar la dictada en primera instancia, absolvió al acusado Ricardo E. Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes --agravados por el concurso de más de tres personas-- por los que había sido condenado a siete años de prisión, multa de AA 120, accesorias legales y costas, interpuso el fiscal de Cámara recurso extraordinario, que fue concedido.

2) Que de las constancias del proceso surge:

a) que personal de la Policía Federal, anoticiado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel "Huentala" en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor H. Fernández y secuestró 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal;

b) que, por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Chaad, a cuya detención también se procedió al habersele encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia;

c) que ante los dichos de Fernández, en el sentido de que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia --otros nueve paquetes de un kilogramo-- uno de los policías se trasladó, en compañía del nombrado, hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia, Ya en el lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo E. Rivas Graña, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con el contenido ya especificado, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo;

d) que el sospechoso Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al conancional Chaad, y en esas circunstancias detenido.

3) Que el tribunal a quo entendió, con base presunta en la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 46:36; 303:1938; 306:1752; 308:733 y causas R. 524.XX, "Ruiz, Roque A. s/ hurtos reiterados"; F.103.XIX, y F.477.XIX, "Francomano, Alberto J. y otros s/ inf. ley 20.840", del 17/9/87 y del 19/11/87, que la incautación, de 9 kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Graña --a la vez casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza-- debía ser excluida del proceso como prueba por habérsela obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial

de policía ingresaron en el domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Graña, lo consideraron viciado, "... al hacerse creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de éste y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y quien lo acompañaba era un policía que fingía...". Por esta razón y porque, además, la Cámara destacó la falta de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del cónsul e ineficaz su resultado.

Por otra parte, los magistrados de la instancia anterior concluyeron en que, apartada la prueba obtenida --a su juicio-- de manera ilegal, la remanente no alcanzaba sin hesitación, para responsabilizar al procesado. Para sostener tal conclusión señalaron que la prevención policial ha incurrido en "... inexactitudes o desprolijidades que, a la postre, han quedado en descubierto y restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales...". Así, aludieron los jueces al origen anónimo de la denuncia que determinó la actuación policial, el que encubriría la actividad de confidentes; la huida del "comprador" de la cocaína que portaba Fernández sin explicación valedera, lo que permitiría barruntar que aquél fue nada más que un señuelo; la no común colaboración supuestamente espontánea de Fernández para lograr el decomiso del estupefaciente almacenado en la casa de Rivas Graña; la forma incompleta y poco veraz en la que fue documentada esa diligencia durante el sumario de prevención; la manera en la que se logró la detención del imputado, quien salió de su casa hasta el lugar donde lo esperaba la policía, creyendo que iba a prestar asistencia a un connacional. Además, pese a reconocer que contra la negativa de Rivas Graña se alzan las imputaciones de los coprocesados Fernández y Chaad, los jueces dieron razones, mayormente apoyadas en conjeturas, para restarle mérito. Respecto de Fernández --porque aparece como colaborador de la policía en la incautación de la droga que tenían tanto Chaad como Rivas Graña--; y de Chaad --porque intervino para facilitar la detención del cónsul-- , dijeron los magistrados que "aparecen pues estos dos personajes delinquiendo, colaborando y disimulando su decisión de involucrar al prójimo. No son, por lo expuesto, dos coprocesados cuya versión por lo espontánea, coincidente y desinteresada pueda merecer especial confianza, sino que se cuenta con expresiones de quienes han delinquido en infracciones gravemente penadas y ayudan a la policía, traicionando a sus sospechados cómplices. Si a ello agregamos las dudas que surgen de lo actuado por algunos policías que auxiliaron a la justicia en la prevención, no es descartable que hayan declarado ante ella bajo presión o instados por alguna promesa de mejorar su situación si colaboraran...". Finalmente, los jueces desecharon el valor probatorio de la mendacidad con la que se produjo el procesado Rivas Graña, según el magistrado de primera instancia, porque, aun cierta, no deja de ser una indicación equívoca; y declararon que aunque la íntima convicción les pudiera indicar lo contrario, el sistema de la prueba tasada y de la sana crítica racional al que debían sujetarse les imponía adoptar la solución liberatoria, de conformidad con el art. 13 del Cód. de Proced. en Materia Penal.

4) Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por contener dos vicios fundamentales: el primero, vinculado con la presunta violación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional); y el segundo, que atañe a la irrazonabilidad en la interpretación de los hechos de la causa.

En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de 9 kilos de cocaína porque se les habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que el procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo

como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, "no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul", que es lo que protege la garantía constitucional. Consecuentemente --dice el fiscal-- si no hubo pesquisa o visita domiciliaria, no son exigibles los requisitos de los arts. 211, 407, 408 y 409 del Cód. de Proced. en Materia Penal. Y la posibilidad admitida por la Cámara de que entre el momento en el que fue entregada la droga por Rivas Graña, y aquel otro en el que se documentó el hecho en la sede policial se hubiese cambiado el contenido de la caja respectiva, no reviste la más mínima confrontación con la realidad. Ello es así, porque lo revela imposible el millonario valor de la mercadería y el hecho de que no pudo haberla obtenido la policía en otros procedimientos, puesto que una de las circunstancias probadas en el proceso es la de que en la Provincia de Mendoza no había mercado suficiente como para ubicar sin dificultades tamaña cantidad de droga.

En lo atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba independiente de la obtenida en el domicilio de Rivas Graña, se puntualizan en el recurso los siguientes vicios:

a) La sentencia se sustenta --a criterio del apelante-- en "una serie de juicios erráticos que nada tienen que ver con la prueba incorporada a la causa y con el análisis que realiza el juez federal de primera instancia". Así --se dice-- el tribunal dedica su esfuerzo en resaltar presuntas irregularidades policiales en aspectos "pueriles y hasta microbianos" para teñir con ellas una supuesta falta de seriedad en todo el accionar de los preventores que compromete al cónsul procesado. Se "supone" que la policía trató de proteger su fuente de información y se "sospecha" de complaciente la huida de uno de los intervinientes en el primer canje de cocaína comprobado, todo lo cual se califica de "inexactitudes o desprolijidades... que restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales", por lo que "pareciera... que aquí se ha juzgado a la policía y no al cónsul que entregó los 9 kilos de cocaína", afirma el fiscal.

b) Con igual método hipotético --existencia de posibles promesas policiales de ayuda-- el fallo resta valor a las imputaciones en codelinuencia de Fernández o Chaad.

c) Omisión de tratamiento de las serias contradicciones en que incurrió el procesado Rivas Graña al declarar, las que constituyen indicios graves de su mendacidad. En tal sentido, señala el recurrente que no ha extrañado a los jueces: 1) que el imputado abriese las puertas de la oficina consular a hora intempestiva para entregar a un connacional lo que, según él, era una mercadería desconocida; 2) que haya interrumpido la iniciación de la cena con el alegado propósito de asistir al coprocesado Chaad para otorgarle asilo por razones políticas, función ajena a la propia de su cargo; 3) que si el acusado sospechaba del contenido de la caja, como lo dice, no se impusiera de su contenido, máxime cuando aquella estaba abierta; 4) que si Rivas Graña creía, como también lo afirma, que se trataba de artesanía boliviana que negociaría con Fernández, menos se explica que no revisase lo que contenía el paquete; y, 5) que si con el último de los nombrados sólo lo ligaba una relación comercial, no se explica por qué le prestó un televisor para que no se aburriese en su estadía en el hotel, y una pistola valiosa porque se la había obsequiado el presidente de su país. Y

d) Descalificación de los dichos imputativos de los coprocesados Chaad y Fernández sobre la base de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo legal, tales como eludir el valor objetivo de sus versiones porque provendrían de "delincuentes", o empañar su colaboración en el esclarecimiento judicial del caso con el insólito argumento de la traición a sus cómplices, en abierta oposición con el art. 26 del

Cód. Penal que manda observar "la actitud del condenado posterior al delito", comprensiva de la espontánea confesión de su responsabilidad y la cooperación en la investigación de la verdad.

5) Que, a partir del caso registrado en Fallos: 306:1752 y con cita de los precedentes de Fallos: 46:317 y 177:390, esta Corte estableció el criterio según el cual suscitan cuestión federal bastantes planteos como los sometidos a su decisión en el recurso que se examina pues aun cuando atañen por lo general a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

6) Que ya en el recordado caso de Diego E. Fiorentino se dejó establecido que, fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del Cód. de Proced. en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa. Esta doctrina fue reafirmada en las sentencias dictadas en las causas L. 105.XXI. "López, Eduardo A. s/ encubrimiento de contrabando", del 10/12/87, y F.305.XXI. "Fato, Juan J. y otro s/ infr. ley 20.771", del 24/5/88; y precisada aún más en el fallo recaído en la causa R. 1.XXII. "Romero, Héctor H. y otros s/ infr. ley 20.771" del 1/12/88 --criterio recientemente reiterado al resolver "in re": F.65.XXIII. "Ferrer, Florentino C. s/ inf. art. 189 bis del Cód. Penal", del 10/7/90, donde el tribunal determinó que no cabe construir una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306:1752--, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisa domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido.

7) Que en el "sub examen", al no darse ninguna de las excepciones del citado art. 189 del Cód. Procesal, ni ser jurídicamente posible la obtención de orden de allanamiento en virtud de la inviolabilidad del local consular, donde también se domiciliaba el imputado (art. 31, Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, aprobada por la ley 17.081, que admite la visita con el consentimiento del jefe de la oficina consular pero no su requisa), la situación es diferente a la contemplada en los precedentes de esta Corte en los que se apoyó la sentencia recurrida, y el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, como se verá en lo que sigue.

8) Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquél se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañante como un amigo para que les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad.

9) Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas --una de las cuales desconocía-- sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.

10) Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del estado de derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewix v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. St. 32, 115, 122; BverfGE 57, 250, 284 y la decisión del BGH en NSTZ, 1982, 40).

11) Que la conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento provocador del delito de ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NSTZ 1984, 78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U.S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, "Sherman v. U.S.", 356 US 369 y "Hampton v. U.S.", 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de "entrapment" (confr. "Woo Wai v. U.S.", 223 US 412 y "U.S. v. Russell" 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).

12) Que las constancias de la causa reseñadas en los considerandos de la presente permiten descartar que la policía, haya tenido una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones. Al contrario, el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar antes sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar. En esas condiciones no puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Aquí son totalmente aplicables las consideraciones efectuada por la Corte Suprema de los Estados Unidos "in re" "Hoffa V. U.S.", 385 US 293. En efecto, lo sostenido por

ese supremo tribunal con relación a la Cuarta Enmienda es plenamente aplicable a la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de esa Corte, "lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente". Pero ello supone una actitud del individuo celosa de su intimidad, y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que estos no revelarán su delito.

13) Que, en consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Este es el modo en que también ha sido entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción ("Lewis v. U.S.", 385 US 206). Allí la Corte admitió la validez del testimonio inculpativo en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado "invitó" al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, "y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal". En éste se distingue nítidamente del caso en el que ese tribunal extranjero excluyó documentos inculpativos obtenidos por un conocido de negocios del imputado que, actuando a las órdenes de oficiales federales, simuló hacerle una visita social, y en ausencia del acusado registró su oficina (confr. "Gouled v. U.S.", 255 US 298).

En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ellos (confr. "mutatis mutandi" "López v. U.S.", 373 US 427).

14) Que, en síntesis, en el "sub lite" se ha demostrado que al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisa y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Si esto es así, no parece ciertamente razonable ni menos compatible con el sentido común entender que, en las circunstancias comprobadas en este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo --realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular-- fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado del poder de policía estatal, que, al

fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.

15) Que la solución alcanzada en lo que antecede hace innecesaria la consideración de los restantes agravios traídos a la instancia con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia.

Por ello, se revoca la sentencia apelada. Vuelva a su origen para que, por quien corresponda, se dicte otra con arreglo a la presente. -- Carlos S. Fayt.

4.-Ver Voces : AGENTE ENCUBIERTO ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ CONSUMACION DEL DELITO ~ DELITO ~ ESTUPEFACIENTES ~ INSTIGACION A COMETER DELITO ~ INSTIGADOR ~ PREVENCIÓN DEL DELITO ~ PRUEBA ILEGAL ~ VALOR PROBATORIO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A(CNPenalEconomico)(SalaA)

Fecha: 15/05/1996

Prefectura Naval Argentina.

Publicado en: LA LEY 1996-D, 506,

SUMARIOS:

- Si el agente encubierto actúa más allá de los límites impuestos por la autoridad de prevención, abandonando su función de oportuno informante y desbaratador para asumir la de provocador y ejecutor total o parcial del injusto, la actividad asumida por el Estado mediante sus organismos pierde sustento ético. Así las cosas, se desemboca en la concreción de un delito experimental y, por ende, de un delito imposible.

- El agente provocador es aquel que instiga a otro a cometer un delito o aporta a su comisión condiciones subjetivas y objetivas determinantes.

- La intervención de un agente encubierto no debe traducirse en la realización por su mano de una parte del tipo legal, pues debe limitarse a observar, informar, prestar eventualmente actos de colaboración tendientes a encubrir su verdadero rol y, en última instancia, frustrar la acción del autor o autores.

- El fenómeno de la narcocriminalidad, la sofisticación de las modalidades comisivas, la transnacionalidad de organizaciones criminales, etc., justifican el empleo de agentes encubiertos con el propósito de desplegar una más eficaz tarea de prevención del delito, a condición de que no susciten acciones delictuosas.

- Si el papel que jugó el agente encubierto superó el marco que debía ceñirlo, trocándose por el de agente provocador, la prueba así adquirida deviene de origen ilegítimo. En consecuencia, se debe aplicar al caso la regla de exclusión, la cual debe ser consecuencia de la serena evaluación que el juez haga de las probanzas obtenidas y de los actos que las produjeron, para asegurar que el valor justicia efectivamente se cumpla.

TEXTO COMPLETO:

1ª Instancia. -- Buenos Aires, noviembre 6 de 1995.

Considerando: Primero: Cuando hube completado la lectura de esta voluminosa causa entendí que debía dejar de lado los argumentos de la Fiscalía (los que, por lo que se verá, me veo impedido de compartir) y superar, a la vez, los planteos de las respectivas defensas. ¿Por qué?

La respuesta está en la génesis misma de estas actuaciones, en lo que constituye su partida de nacimiento, esto es la nota de fs. 1.

Se da cuenta en ella de que en la Plazoleta Benito Correa de la Administración Gral. de Puertos, uno de sus encargados (que resultó ser Antonio Belisario Aguirre, capataz de la A. G. P., con destino en dicho lugar) "no sería ajeno a ..." los robos ocurridos en jurisdicción portuaria que la Prefectura Naval Argentina intentaba dilucidar.

Se dice en dicha nota que "... en forma encubierta pudo lograrse un acercamiento al mismo (Aguirre), ofreciendo el mencionado Aguirre a personal propio dinero para que sacara mercaderías de la mencionada plazoleta..."; y, consecuentemente se solicitó autorización a este tribunal para que el ayudante de segunda Luis A. Fernández ofreciera su colaboración para sacar la mercadería, trasladarla a un domicilio de Capital Federal y proceder inmediatamente a la detención de los involucrados.

Continuando con lo anunciado a fs. 1, mediante la nota glosada a fs. 2, se pone en conocimiento del tribunal que el Ayudante Fernández tomó contacto con Aguirre, "quién le propuso sacar los bultos de la plazoleta..." y que el transporte se haría en un vehículo no identificable de la dependencia (Prefectura Naval Argentina).

Ante ello, a fs. 3 mi predecesor al frente de este tribunal autorizó a Fernández "... en el traslado de los bultos que serían sacados desde las instalaciones portuarias metropolitanas, en el vehículo que se detalla a fs. 2...", disponiendo --además-- que se pusiera "... en conocimiento de la autoridad a cuyo cargo esté el control de salidas de vehículos de dicho puerto la orden precedente, como así también finalmente secuestrar la mercadería en cuestión y detener al o los presuntos responsables del hecho delictuoso cuya consumación se pretende evitar".

Luego de tal auto se produjo el allanamiento del local de Torlasco (ordenado a fs. 4) y todo cuanto ya he reseñado en los resultandos de este fallo.

Segundo: Decía en el apartado precedente que la respuesta al interrogante indicado allí estaba en la génesis misma de esta causa. Veamos ahora el por qué de tal afirmación y cuál es esa respuesta.

No ha menester haber sido dotado por la madre naturaleza de un gran poder de perspicacia para advertir que salen al paso de inmediato dos cuestiones fundamentales: a) la cuestión del llamado "delito experimental"; y, b) la aplicabilidad al caso de la "regla de exclusión"; ambas íntimamente vinculadas en el "sub examine".

La lectura de las primeras tres fojas de esta causa nos dan algunos, elementales e ineludibles, puntos de partida para el desarrollo de la labor analítica a emprender.

Fs. 1: "... en forma encubierta pudo lograrse un acercamiento al mismo (Aguirre)"; que "Fernández pueda ofrecer su colaboración para sacar la mercadería..."

Fs. 2: "... el mencionado transporte se haría en un vehículo de este departamento..."

Fs. 3: "... autorízase... a afectar al ayudante de segunda, Luis Alberto Fernández en el traslado de los bultos que serían sacados... en el vehículo que se detalla a fs.

2..."; y,... poner en conocimiento de la autoridad a cuyo cargo esté el control de salidas de vehículos de dicho puerto la orden precedente, como así también finalmente secuestrar la mercadería... y detener... hecho delictuoso cuya consumación se pretende evitar".

La premisa que con lo extractado se puede formular es que: en conocimiento de la Prefectura Naval Argentina de hechos delictivos en diversos sectores del puerto, decidió (y logró) introducir un agente encubierto entre quienes prestaban servicios en el ámbito. Ese agente encubierto concertó con Aguirre sacar mercadería de la Plazoleta "Benito Correa", para lo cual se dispuso (con conocimiento y autorización del tribunal) afectar un vehículo de la repartición y avisar a la autoridad de control "la orden precedente".

A partir de esta premisa se desarrollaron los hechos según los conocemos (han quedado algunas zonas oscuras que en los pasajes apropiados habré de destacar).

Concretamente, con la orden de allanamiento librada por este tribunal, se allanó el inmueble de Monroe ..., deteniéndose a Torlasco y Aguirre en dicho lugar y secuestrándose la mercadería salida del puerto en cumplimiento de los pasos previos "ut supra" descriptos, como así también otros elementos ingresados a plaza ilegalmente (ver acta de fs. 17/vta.).

Según la constancia de fs. 11 fue el ayudante de segunda Luis Fernández quien "debido a investigaciones que se están realizando por orden de la Superioridad logró hacer contacto con el capataz... Aguirre".

Fernández al declarar a fs. 128/130, comenzó diciendo que se "encuentra" con Aguirre frente a la Dirección Nacional de Migraciones donde intercambiaron saludos y Aguirre le preguntó por alguien que le "pudiera hacer el favor de sacar la mercadería...". Añade Fernández que de inmediato comunicó a su superior la novedad, "donde se decide que el declarante actúe infiltradamente con conocimiento del juez, y empieza a trabajar el caso... el día veintiocho de febrero lo llama el señor Aguirre por teléfono al declarante, donde le manifiesta que ya tiene la mercadería preparada y lista para salir...".

Con la coordinación de las constancias de fs. 1, 2, 11 y 128/130 se puede establecer una segunda premisa: Fernández estaba infiltrado antes del dictado del auto de fs. 3; ya que se buscó y se logró un acercamiento de Fernández con Aguirre.

Y ahora veamos el resto. Para ello volvamos primero a la declaración de Fernández. Según relata el nombrado, por iniciativa de Aguirre el 28/2/90 se reunieron en horas del mediodía en la Plazoleta los dos nombrados con Arto, Noya, Jara, Zarate, Julio O. Fernández, Acuña, Minutti, Zarzuelo y guardia de aduana. Motivo de la reunión: "planificar la salida de la mercadería", acordándose que el día 2/3 se avisaría a Fernández cuándo se llevaría a cabo. El día indicado se le avisó telefónicamente a Fernández que el hecho se realizaría ese mismo día a las 12.30 horas.

El día señalado Fernández se hizo presente en el lugar, donde lo esperaba Aguirre. Fernández llevó para el traslado una camioneta Ford F-100 de la Prefectura Naval Argentina, la que fue cargada en un galpón de la Plazoleta con la mercadería sustraída. Luego de ello (ahorro algunos pormenores que no hacen al nudo de la cuestión, conforme ella ha de ser resuelta) Fernández conduciendo la camioneta (iba solo) se dirigió a la salida Garay, por la que abandonó el puerto habiendo sido previamente avisados por el prefecto Mendizábal los agentes aduaneros y personal de Prefectura apostados en el lugar que "el hecho de la salida de la camioneta debía hacerse sin inconvenientes...". Una vez fuera del puerto, se le reunió Aguirre.

Estoy en condiciones de enunciar, por lo reseñado, una tercer premisa: Para el desarrollo del hecho delictivo, Fernández aportó el vehículo de transporte (perteneciente a la Prefectura Naval Argentina y el personal de control (Administración Nacional de Aduana y Prefectura Naval Argentina) fue anticipadamente alertado para que no impidiera el egreso del vehículo.

Al declarar Aguirre reconoció haber sustraído trece cajas de un pallet guardado en el galpón "A" de la plazoleta Benito Correa, cargándolas en la camioneta que llevara Fernández (a quien conociera de 1980) quien "hará veinte días (al 5 de marzo de 1990) apareció por la plazoleta y fue a verlo... y solamente hablaba con el dicente...". Expresó Aguirre que no tenía miedo de que a Fernández "lo pararan en la puerta al salir del puerto porque supone que el "mono" (lo conocía por tal apelativo) sabía lo que hacía, o que había hablado con alguno, que el dicente sabe que trabaja en la Prefectura..." (o al menos lo imaginaba).

Los dichos de Aguirre nos arriman otra versión en cuanto a su encuentro con Fernández; éste lo buscó en la Plazoleta, es decir provocó el encuentro a partir del cual se desarrollaron las acciones posteriores.

Tercero: De todo cuanto vengo reseñando se concluye clara e indiscutiblemente que la comisión de Fernández como agente encubierto fue mucho más allá de una mera participación.

Fernández, en rigor de verdad, tuvo dominio casi absoluto del hecho toda vez que subordinó las condiciones de su realización a su voluntad; ello no porque el funcionario se haya desmadrado de un cauce prefijado, sino porque ese cauce excedía, a mi criterio, las características propias de la actividad de prevención mediante la infiltración de un agente. Es decir, existió un pecado original, quienes ejercieron la dirección de los hechos (Tribunal y autoridad preventora) asignaron a Fernández un papel que excedía el del agente encubierto, adecuándose su conducta al rol que parte de la doctrina ha dado en llamar "agente provocador" (Zaffaroni, Creus) o "instigador aparente" (Schimidauser), inserta en el marco de un así llamado "delito experimental".

Si bien Bettiol sostuvo que "los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos perpetrados, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente lícitos" (citado por Eugenio Raúl Zaffaroni "Tratado de Derecho Penal. Parte general", t. IV, p. 373, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988), entiendo que tal formulación debe interpretarse restrictivamente frente a las nuevas realidades a las que atiende el derecho (el fenómeno de la narcocriminalidad, la sofisticación de las modalidades comisivas, la transnacionalidad de organizaciones criminales, etc.), justificándose por necesario el empleo de agentes encubiertos con el propósito de desplegar una más eficaz tarea de prevención del delito, a condición de que no susciten "más o menos malignamente" acciones delictuosas.

El problema, a mi modo de ver, no radica pues en el empleo de estos agentes encubiertos; considero que existe un sustento ético para esta modalidad de protección de la sociedad. La cuestión finca en la extensión del rol que el agente encubierto ha de cumplir, sea siguiendo su propia iniciativa o ajustándose a las pautas que se le hayan impartido.

Si, como en el caso de autos, el agente encubierto ha tomado un papel de intensa actividad (en el "sub examine", resulta necesario decirlo, ajustándose a las pautas que se le dieran) y la misma autoridad de prevención aportó también condiciones de realización del hecho, la cuestión supera el marco y el propósito inicial ("evitar la consumación del delito"), porque el agente encubierto va más allá de los límites a los que debe ceñirse su actuación, ya que ha abandonado su función de oportuno informante y desbaratador para asumir la de provocador y ejecutor total o parcial del injusto. Cuando esto ocurre la actividad asumida por el Estado mediante sus organismos, pierde sustento ético.

Esto es así porque la actividad del agente debe mantenerse dentro de los principios del estado de derecho, lo que no ocurre cuando el delito es producto de la actividad creativa de los funcionarios encargados de ejecutar la ley.

Lamentablemente esto es lo que ha ocurrido en la presente causa.

Fernández fue comisionado por su superioridad para infiltrarse entre quienes estaban sospechados, pero no se limitó a observar e informar, dejando que los acontecimientos se desarrollaran por sí o realizando un aporte secundario. Provocó la comisión del hecho frustrado con la intervención en el local de Torlasco, incitó a Aguirre a apoderarse de la mercadería que iban a sacar del puerto ("hace veinte días ese muchacho --Fernández-- apareció por la Plazoleta y que fue a verlo al dicente --Aguirre-- con su cocareado --Fernández-- quien le manifestó que andaba mal"; puso el móvil para el transporte (con conocimiento y por orden de sus superiores), lo cargó con Aguirre, esperó al nombrado fuera del puerto, luego de abandonar la plazoleta sin ser objeto de control alguno (porque así lo dispuso su superioridad, con venia del tribunal); y, finalmente condujo la camioneta hasta el local de Troncoso.

Como se ve, la actuación de Fernández fue determinante ("el declarante --Aguirre-- no tenía miedo de que lo pararan en la puerta al salir del puerto porque supone que el 'mono' --Fernández-- sabía lo que hacía, o que había hablado con alguno, que el dicente sabe que trabaja en Prefectura, el dicente sabe o imaginaba que era de la Prefectura"; no se limitó a la observación de la realización de algún acto de apoyo en el "iter criminis" --como podría haber sido que simplemente ayudara a cargar un vehículo o conducirlo--; fue mucho más allá de ello ejerciendo un dominio casi total de las condiciones subjetivas y objetivas de realización del hecho punible. Con ello, el sustento ético que debía tener la tarea de prevención fue suprimido, desembocándose en la concreción de un "delito experimental".

Las cosas así descritas nos colocan ante una irreparable realidad: la evidencia así colectada fue obtenida por un proceder ilegítimo, dado que se provocó la comisión del hecho y se tomó activa y determinante participación en el mismo con el paradójico propósito de "detener al o los presuntos responsables del hecho delictuoso cuya consumación se pretende evitar".

Si el papel que jugó el agente encubierto superó, excedió --con creces--, el marco que debía ceñirlo y la prueba así adquirida deviene de origen ilegítimo, la conclusión no puede ser otra que la necesidad de aplicar al caso la "regla de exclusión".

Esto, sin descuidar que en el caso concreto de Fernández existió un deber jurídico de actuación que así le fue impuesto, lo que torna atípica su conducta. El reproche (lo hay, y no sólo lo alcanza a él) es ético y la consecuencia necesaria e ineludible es la declaración de nulidad de la totalidad de las actuaciones (tema que desarrollaré más adelante).

El concepto del "agente provocador" (ya delineado por Carrara, "Programa de Derecho Criminal", vol. II, t. VI, p. 384, Ed. Temis, Bogotá, impreso por Edigraf en Buenos Aires en 1977; quien a su vez lo toma de Geyer --el que siguiera los pasos de Glaser-- ver nota 1 al pie de la página) se ha ido ajustando con el transcurso de los años y, en mi criterio, debe aún ceñirse más, superando la concepción del mero instigador aparente, a fin de insertarlo en el marco de un "delito experimental". Así "agente provocador" ha de ser aquel que instiga a otro a cometer un delito o aporta a su comisión condiciones subjetivas y objetivas determinantes, no por estar interesado en que el mismo se consume, sino para evitar su consumación.

La actuación del agente encubierto no ha de encuadrarse en tal descripción porque de así ocurrir estaremos en presencia de un "delito experimental", como tal imposible; y no ante una tentativa de sentido estricto (conf. Soler, "Derecho Penal Argentino", t. II, p. 278, Ed. Tea, Buenos Aires, 1976 y Jiménez de Asúa, "Tratado

de Derecho Penal", t. VII, p. 714, Edigraf, Buenos Aires, 1977). Coincido con Jiménez de Asúa (op. cit.) en considerarlo como una especie peculiar en la categoría de delito imposible. Contrariamente, si la actividad de agente encubierto es la de mero observador, informante, o, a lo sumo, desbaratador, o secundaria en la realización del hecho, nos encontraremos ante una tentativa y con todas las consecuencias que de ello derivaran.

Estas precisiones nos llevan, en sus consecuencias, más allá de los límites que alcanzara Ruperto Núñez Barbero ("El delito imposible", p. 127, Salamanca, 1963) ya que no sólo se ha producido la imposibilidad de que el daño se verifique porque la actuación de agente provocador, desde el punto de vista de la idoneidad de la acción, pueda considerarse como posible causa de inidoneidad; sino que --además-- deja al descubierto el problema del sustento ético de estas acciones emprendidas por organismos y funcionarios del Estado en la tarea de prevención del delito. ¿Qué hacer entonces con la prueba así adquirida? Excluirla.

En mi criterio la intervención de un agente encubierto no debe traducirse en la realización por su mano de una parte del tipo legal, debiendo limitarse su intervención a observar, informar, prestar eventualmente actos de colaboración tendientes a encubrir su verdadero rol y, en última instancia, a frustrar la acción del autor o autores.

En este marco es precisamente donde, además, su accionar no ha de ser punible.

No se me escapa que algunas legislaciones han receptado (más allá del problema de la narcocriminalidad que merece un tratamiento particular) la figura del agente provocador, tal el caso del Código Penal de la República Oriental del Uruguay en su art. 8º norma que establece que: "No se castiga... el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener la represión...".

Pero, por las razones que ya he expuesto, no comparto tal tesis.

Estimo que para que la actividad de prevención y represión del delito no quede huérfana de sustento ético, se deben observar los límites a que me he referido precedentemente. El estado de derecho, por definición, no puede beneficiarse por la comisión de actos ilícitos.

Cuarto: En algunos decisorios que he pronunciado tuve oportunidad de referirme al tema de la "regla de exclusión", expresando que la misma debe ser de aplicación restrictiva.

Entiendo así la cuestión en razón de que la aplicación indiscriminada, excesiva, de esta teoría ha redundado en perjuicio de la administración de justicia.

La aplicación de la "regla de exclusión" debe ser el fruto de la serena evaluación que el juez haga de las probanzas obtenidas y de los actos que las produjeron para asegurar que el valor justicia efectivamente se cumpla.

El objeto de protección de la regla de exclusión no es un sujeto en particular, sino la sociedad toda que mediante su justa y criteriosa aplicación puede considerar a salvo la seguridad jurídica.

El accionar desplegado por el organismo de prevención ha excedido el estricto marco de los principios del estado de derecho, originado y desarrollando un hecho delictivo cuyo resultado se tradujo en la obtención inconstitucional de pruebas cargosas en violación del derecho de defensa en juicio (art. 19, Constitución Nacional).

El análisis de la totalidad de las constancias de la causa revela que ninguna de las probanzas colectadas en autos escapa al pecado original aludido; nada subsiste al anatema de nulidad que fulmina toda la causa. Ni siquiera escapa a ello la diligencia realizada conforme acta de fs. 33/vta. en la Plazoleta Benito Correa, en cuyo transcurso se individualizó el remanente de mercadería que se había apartado con miras a su posterior sustracción del lugar, porque tal diligencia no tiene un origen independiente de la actividad viciada de nulidad observada desde el inicio mismo de

las actuaciones. El vicio observado contamina todas las constancias incorporadas a la causa.

Por ello, la consecuencia necesaria ha de ser la declaración de nulidad de todo cuanto se actuó.

La pretensión del Ministerio Público se ha estructurado sobre pruebas inaceptables en el marco del debido proceso, lo que impide su progreso.

Quinto: Resta efectuar algunas precisiones en torno a la vinculación de la cuestión analizada en autos con dos figuras que en el marco legislativo nacional resultan novedosas: el agente encubierto (art. 31 bis de la ley 23.737 incorporado por el art. 6° de la ley 24.424) y la entrega controlada (párr. 2° del art. 33, ley 23.737, incorporado por el art. 11, ley 24.424).

Tales figuras se crearon especialmente como parte del instrumental destinado a combatir un fenómeno singular: la narcocriminalidad.

Esta particular organización delictiva supone fuertes organizaciones de tipo empresarial, con la combinación de distintos medios que van desde la adopción de formas societarias, hasta la utilización de los más sofisticados medios (tecnología de punta, informática, etc.) montado todo ello para servir el accionar de bandas transnacionales.

Ello ha hecho necesario que los distintos estados hayan recurrido a instrumentos inéditos como los que ocupan este pasaje del fallo.

El tráfico de drogas (mediante la modalidad de contrabando) excede las fronteras de los países, su desarrollo está dirigido por organizaciones transnacionales, no queda limitado al marco geográfico de un determinado país.

Esas y no otras son las peculiaridades que condujeron a la consagración legislativa del "agente encubierto" y la "entrega controlada".

En orden a la segunda, no existe aún una posición jurisprudencial que establezca sus límites y modo operativo, pero "a priori" podemos afirmar que nada tiene que ver ella con una situación como la de autos, en la que los hechos se encuadran en el despliegue de la actividad de otro tipo de delincuentes y con un marco geográfico preciso. Así, si en el caso de contrabando de sustancias estupefacientes la "entrega controlada" podrá revestir características propias que determinarán el accionar de la autoridad de prevención, las mismas no resultan óbice al razonamiento que vengo exponiendo.

Si el caso de autos quisiera asimilarse a una entrega controlada, habría que hacer de cuenta que nada de lo que vicia de nulidad cuanto se ha actuado, existió. Ello, va de suyo, es absurdo.

Con lo dicho entiendo que --al menos en lo que a esta malhadado proceso respecta-- la cuestión está agotada.

Sexto: La decisión a que arriba me exime de analizar y responder los argumentos de la Fiscalía, como así también los planteos defensistas.

Séptimo: En razón de que procederé a declarar la nulidad de todo lo actuado, resulta imprescindible atender a la situación en que se hallan algunos de quienes fueran procesados en esta causa y hoy se encuentran sobreseídos provisionalmente.

Tal la situación de: Oscar F. Jara, Juan C. Minutti, Hugo R. Noya, Ricardo A. Arto, Antonio Ybarra, Julio O. Fernández, Juan R. Zarate, Héctor M. Zarzuelo y Walter A. Fernández.

A mi entender, declarándose la nulidad de las actuaciones, no pueden subsistir respecto de ellos los efectos de los autos de sobreseimiento parcial y provisional dictados oportunamente. Tampoco corresponde se deba aguardar el transcurso del tiempo para que tales pronunciamientos provisorios devengan definitivos. Ello los haría objeto de un trato desigual respecto de aquellos a quienes hoy absuelvo.

Por ende, considero que la única solución viable para estos casos es la adopción de un temperamento definitivo, el que habrá de traducirse en el dictado de un auto de

sobreseimiento parcial y definitivo respecto de los nombrados, en razón de lo preceptuado por el art. 434, inc. 2º del Cód. de Proced. en Materia Penal.

Octavo: Asimismo declarándose la nulidad de la totalidad de las actuaciones, corresponde comunicar a los organismos pertinentes que no subsisten las declaraciones de rebeldía de Hugo J. Actis y Héctor O. Torlasco, y dejar sin efecto sus respectivas órdenes de captura.

Noveno: La valoración de las probanzas colectadas en la causa se hizo de acuerdo a los preceptos contenidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional (afianzar la justicia) y el art. 18 del mismo texto legal; y art. 207 del Cód. de Proced. en Materia Penal de la Nación.

Décimo: "Omissis". Dejaré diferida la regulación de los honorarios de los letrados que intervinieron en la causa hasta tanto denuncien al tribunal su número de C.U.I.T. y su situación respecto del I.V.A.

Décimo primero: En razón del fallo a que arribo declararé la instancia exenta de costas.

Por todo lo expuesto, oídas que fueron las partes y de conformidad con lo establecido por los arts. 512, 495, 496, 143 y 144 del Cód. de rito:

Fallo: A. Declarando la nulidad de todo lo actuado en la presente causa N° 8541 a partir del auto de fs. 3 (inclusive), con la sola excepción de los autos y diligencias de fs. 1213, 1220, 1224, 1230 y 1296 en tanto constituyen requisitos de este fallo.

B. Consecuentemente, absolviendo de culpa y cargo a: 1. Antonio B. Aguirre, en orden al delito de contrabando calificado por el que fuera acusado; 2. Héctor M. Zarzuelo en orden al delito de contrabando calificado, en grado de tentativa, por el que se le acusara; 3. Rubén D. Acuña en orden al delito de contrabando calificado, como cómplice secundario, por el que fuera acusado (arts. 863, 865, incs. b) y d) y 886, párr. 2º, Código Aduanero y art. 28 del Cód. Penal).

C. Sobreseer parcial y definitivamente en la presente causa N° 8451 y respecto de Oscar F. Jara, Juan C. Minutti, Hugo R. Noya, Ricardo A. Arto, Antonio Ybarra, Julio O. Fernández, Juan R. Zarate, Héctor M. Zarzuelo y Walter A. Fernández, en orden al delito de contrabando agravado, en grado de tentativa, investigado en la causa, por aplicación de lo dispuesto por el art. 434, inc. 2º del Cód. de Proced. en Materia Penal, haciendo expresa declaración de que la formación de este sumario en nada afecta el buen nombre y honor de que gozaren.

D. Declarando la instancia exenta de costas.

Notifíquese, regístrese y firme que sea comuníquese lo fallado y lo indicado en el considerando octavo. Fecho. resérvense las actuaciones hasta tanto comparezca Héctor O. Torlasco, respecto de quien --en razón de encontrarse esta causa en estado de plenario y estar pendiente la realización de la audiencia prevista por el art. 41 del Cód. Penal-- deberá dictarse sentencia. -- Horacio A. Artabe.

2ª Instancia. -- Buenos Aires, mayo 15 de 1996.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Repetto dijo:

I. La sentencia de fs. 1313/1334, que en su punto dispositivo "A" declara la nulidad de todo lo actuado con excepción de los autos y diligencias que menciona, que en su punto dispositivo "B" absuelve de culpa y cargo a Antonio B. Aguirre, Héctor M. Zarzuelo y Rubén D. Acuña en orden al delito de contrabando calificado por el que se los acusara, que en su punto dispositivo "C" sobreseer parcial y definitivamente a las personas que allí se detallan y que en su punto dispositivo "D" declara la instancia exenta de costas, es apelada por la agente fiscal.

II. A fs. 1366/1373 vta. la fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía de Cámara contesta la vista que se le confiriera (art. 519, Cód. de Proced. en Materia Penal) y expresa los fundamentos por los cuales ese Ministerio Público de la alzada solicita se revoque la sentencia recurrida, y consecuentemente se condene a los procesados Antonio B. Aguirre, Héctor M. Zarzuelo y Rubén D. Acuña en la forma solicitada por la Fiscal en su escrito de acusación de fs. 1071/1078.

III. A fs. 1384/1391 mejora fundamentos la defensa oficial de Oscar F. Jara, pidiendo, por los argumentos que invoca, se confirme el fallo recurrido en cuanto sobresee definitivamente a su asistido.

IV. Luego de un detenido examen de las constancias agregadas a la causa, estimo que el fallo en crisis se muestra ajustado a derecho y se asienta sobre un adecuado análisis de los elementos probatorios incorporados al proceso. En efecto, resulta evidente que la actividad desplegada por el agente Fernández resultó determinante para la realización y configuración del delito investigado. Es así dado que, si bien con fecha 1° de marzo de 1990 se informa al juez interviniente en ese entonces la circunstancia de que personal del Departamento de Investigaciones de la Prefectura Naval Argentina se encontraba abocado a la tarea de investigar robos de mercadería de importación ubicada en la plazoleta portuaria Benito Correa, mencionando a uno de los encargados de la misma, de apellido Aguirre, como uno de los posibles responsables, solicitando autorización para que el ayudante de segunda Fernández prestara su colaboración para sacar la mercadería robada de jurisdicción portuaria, la cual sería trasladada a Villa Urquiza y, con posterioridad, proceder a la inmediata detención de los involucrados; y que con fecha 2 de marzo se informa que Fernández había recibido la propuesta de Aguirre para extraer mercadería de la plazoleta mencionada, la que sería transportada en una camioneta de ese Departamento. Lo cierto es que, conforme los propios dichos de Fernández (ver declaración de fs. 128/129 vta.), el día 28 de febrero se realizó una reunión entre él, el encargado de la plazoleta Aguirre y otras personas, reunión en la cual planificaron la salida ilegal de la mercadería, acordándose que el día 2 de marzo a las doce horas Aguirre o el jefe de la plazoleta le comunicarían telefónicamente a Fernández el horario de salida de la misma. Ese día, habiendo recibido tal llamado, Fernández pidió un plazo de treinta minutos que utilizó para comunicar lo que iba a acontecer a su superioridad y al Magistrado interviniente, razón por la cual, resulta evidente que antes de anotar al a quo Fernández había actuado encubiertamente en el hecho, participando activamente en su planificación.

En definitiva, si bien el empleo de un agente encubierto para la averiguación de delitos no es sí mismo contrario a garantías constitucionales, de conformidad con el orden jurídico su utilización requiere que el comportamiento de aquél se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo cual no sucede cuando ese agente se involucra de tal manera que con su actuar crea las condiciones necesarias para la consumación del delito o instiga al delincuente a su comisión transformándose, de tal manera, en el "agente provocador" de tal injusto, el que resultará, en consecuencia, un delito experimental o provocado.

V. Así las cosas, teniendo en cuenta el devenir cronológico de los acontecimientos detallados precedentemente, entiendo que queda fehacientemente demostrado, que con anterioridad a que el a quo autorizara a fs. 3 la intervención en el hecho del ayudante Luis A. Fernández, el nombrado con su proceder determinó o, al menos, instó a los demás involucrados a cometer el ilícito objeto de investigación en estas actuaciones, motivo por el cual comparto plenamente la decisión adoptada por el sentenciante en su fallo.

VI. Por lo expuesto, mi conclusión es que corresponde Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide. Tal es mi voto.

El doctor Romero dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones del voto precedente.

Por lo que se resuelve: Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide. Sin costas.

Se deja constancia que firman la presente resolución únicamente los suscriptos por encontrarse en uso de licencia el doctor Hendler (Acuerdo de Superintendencia N° 2643/96) y lo dispuesto por el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional. -- Miguel A. Romero. -- Nicanor M. P. Repetto.

5.- Ver Voces: AGENTE ENCUBIERTO ~ CALIFICACION DEL DELITO ~ CASACION ~ ESTUPEFACIENTES ~ FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA ~ PRUEBA ~ SENTENCIA ~ SENTENCIA PENAL

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala II(CNCasacionPenal)(SalaII)

Fecha: 03/06/1999

Gaete Martínez, Rufo E

Publicado en: LA LEY 2000-D, 790 - DJ 2000-3, 167 - LLP 2000, 1175

SUMARIOS:

. -La sola mención, efectuada por el agente encubierto al imputado, de si no tenia algo que diera mas dinero, no implica necesariamente ni siquiera indirectamente una sugerencia ni un hostigamiento para la comisión de alguno de los delitos reprimidos por la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) y, por ende, no resulta lógico aseverar que actuó como instigador.

. -Si la actuación del agente Policial - que posteriormente se desempeñara como agente encubierto- fue realizada dentro del marco de las tareas propias de inteligencia que usualmente desempeña el personal de seguridad ante el conocimiento de un posible hecho delictuoso, su intervención en el procedimiento no resulta contraria a derecho.

. - La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, en los términos del art. 123 del Cód. Procesal Penal, no implica necesariamente que el juez, que durante el tramite de una investigación decreta una medida, deba volcar en la providencia una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lo llevo a resolver en determinado sentido, ni a enumerar en detalle las circunstancias fácticas que le sirven de sustento; ni reclama una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento.

. - El requisito de motivación, en los términos del art. 123 del Cód. Procesal Penal, se cumple siempre que la resolución guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que deciden, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnación es que se pudieran plantear.

. - El tribunal de mérito es soberano en la apreciación de la eficacia de los elementos de prueba reunidos en el expediente para llegar a la calificación de los hechos y, mientras este material este correctamente enunciado en la sentencia y constituido por elementos legalmente admisibles, la casación tiene vedado el contralor de su juicio, excepto que se presenten supuestos de vicios lógicos o legales que habiliten su inspección por vía de arbitrariedad o absurdo.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, junio 3 de 1999.

El doctor Madueño dijo:

1. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Ciudad de La Plata condenó a Luis G. Gorman a la pena de 6 años de prisión, multa de \$ 4000, accesorias legales y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes (arts. 12, 21, 29 inc. 3°, 40, 41 y 45, Cód. Penal, y art. 5° inc. "c", ley 23.737).

2. Contra esta resolución la oficial interpuso recurso de casación en el que señaló que se ha violado lo dispuesto en el art. 31 bis de la ley 23.737 y consecuentemente las garantías Constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso por entender que el suboficial de la Policía Federal que actuó como agente encubierto obtuvo pruebas sin que se formalizara con arreglo a derecho su designación con lo que todos los elementos probatorios obtenidos a partir de esta actuación devienen ilegales.

Asimismo sostuvo que el auto de fs. 13 que autorizó la intervención del agente encubierto carece de fundamentación puesto que no expresa los motivos de hecho y de derecho que justifican la adopción de la medida conforme lo establece el art. 123 del Código Procedimental.

Agregó además que el suboficial comisionado actuó como agente provocador en tanto que sugirió a su Asistido que lo involucrara en algún negocio que le diera más dinero, por lo que a su juicio este accionar significó una instigación para la comisión de un delito.

Por último, expuso que el fallo impugnado ha violado las reglas de la sana crítica racional, en tanto que le asignó a su representado un rol protagónico en el hecho ilícito investigado a raíz de una serie de afirmaciones tales como: que concurrió a la vivienda investigada, y que se secuestró droga de un automóvil en el que circulaba, que no conducen necesariamente a asignarle de coautor -art. 45, Cód. Penal-, por lo que solicitó -en la eventualidad de que no se haga lugar al planteo descripto anteriormente- que se lo considere participe secundario conforme lo dispone el art. 46 del mismo compendio de leyes.

Finalmente hizo reserva del caso federal.

3. Por su parte el fiscal general en la oportunidad prevista en el art. 466 del Código adjetivo señaló que la designación del agente encubierto de fs. 13 no ha generado actos inválidos; que la detención del rodado en el que se halló la mercancía ilícita se origina en un hecho fortuito, quedando el accionar del personal Policial dentro de las previsiones del art. 184 inc. 4° del citado cuerpo normativo, y por último que la actuación del citado agente encubierto fue una circunstancia casual en el procedimiento en tanto que la responsabilidad de Gorman en el hecho ilícito investigado surge de otros elementos incorporados al proceso.

En cuanto al planteo de falta de fundamentación sobre el grado de autoría que se asignara a Luis Guillermo Gorman considera que la defensa introduce el análisis de la valoración de hecho y prueba ajenos a esta instancia.

4. Habiéndose superado la etapa que marca el art. 468 del Código Procedimental, el expediente queda en condiciones de ser resuelto.

5. Livianamente, y para una mayor comprensión del caso corresponde destacar que las presentes actuaciones se inician a raíz de un llamado telefónico anónimo recibido en la guardia de la División Inteligencia de la Superintendencia de Drogas Peligrosas de la Policía Federal Argentina que dio cuenta de que en la calle... de la localidad bonaerense de "VillaTransradio" se domiciliaba una persona que se dedicaría a la venta de estupefacientes.

Acto seguido el comisario Rolando H. Rossi a cargo de esa repartición dispuso una serie de tareas de inteligencia tendientes a corroborar la información recibida, entre las que cabe consignar la realizada por un suboficial comisionado, quien se puso en contacto con una persona -que respondía a las características fisonómicas aportadas tanto por el denunciante como las brindadas por el resto del personal

Policial que intervino en las primeras diligencias de la encuesta- pudiendo establecer por la conversación mantenida que no era ajena al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Como consecuencia de este informe y de otras tareas de inteligencia realizadas, las actuaciones fueron elevadas al juez federal doctor Ferreiro Pella, quien en virtud del requerimiento de instrucción formulado por el fiscal dispuso la actuación en la causa de un agente encubierto conforme lo autoriza el art. 31 bis de la ley 23.737.

El recurrente argumenta que el proceder de este funcionario, como las evidencias obtenidas antes de su designación como agente encubierto resulta ilegal por no revestir tal entidad.

Según se desprende de las constancias reseñadas, la actuación del agente del orden -que posteriormente se desempeñara como agente encubierto- debe considerarse dentro del marco de las tareas propias de inteligencia que usualmente desempeña el personal Policial ante el conocimiento de un posible hecho delictuoso, por lo que no advierto que su intervención en el procedimiento resulte contraria a derecho.

En lo que respecta al planteo sobre la supuesta falta de fundamentación del decreto por el que se designa al agente encubierto cabe destacar primeramente que el art. 31 bis de la citada ley prescribe que "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Cód. Aduanero de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer ...que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta..."; por tanto corresponde dilucidar que debe entenderse por resolución fundada.

Al respecto cabe recordar que la sala tiene reiteradamente dicho que la exigencia de motivación en los términos del art. 123 del Cód. Procesal Penal no implica necesariamente que el juez que durante el trámite de una investigación decreta una medida, deba volcar en la providencia una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lo llevo a resolver en determinado sentido, ni a enumerar en detalle las circunstancias fácticas que le sirven de sustento, ni reclama una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento. El requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnación es que se pudieran plantear (conf. causas N° 1186, caratulada "Cortinez, Jorge A. s/rec. de casación", reg. N° 1651, rta. el 14 de agosto de 1997 y N° 1498, caratulada "Pestelli, Antonio C. s/rec. de casación", reg. N° 2212, rta. el 6 de octubre de 1998, entre otras).

Analizando el decisorio de fs. 13 bajo estos lineamientos advierto que la medida dispuesta por el magistrado, encontró sustento en los informes labrados por el personal Policial interviniente en las tareas de inteligencia -que dieron cuenta de la actividad delictiva arriba detallada-, por lo que a mi juicio resulta razonable y motivada conforme lo prescriben los arts. 31 bis de la ley 23.737 y 123 del Código Procedimental.

En otro orden de cosas: el recurrente impugna la actuación del policía argumentando que actuó como un agente provocador.

Según consta en el acta de fs. 5 vta. el aludido suboficial declaró, que el sospechoso llamado Edgar -posteriormente se determinó que se trataba de Rufo E. Gaete Martínez- le ofreció vender un pan que fabricaba, a lo cual le contestó que buscaba algo que le diera más ganancias, por lo que aquel le ofreció que consiguiera alguna persona que quisiera comprar "yerba".

De estos dichos no se desprende ni resulta lógico aseverar que actuó como instigador. Afirmar ello significa hacer una abstracción hipotética del contenido del texto y forzar su interpretación, puesto que la sola mención de si no tenía algo que diera más dinero, no implica necesariamente ni siquiera indirectamente una sugerencia ni un hostigamiento por la comisión de algún delito.

Por otra parte el propio orden jurisdiccional garantiza el desempeño de los agentes en el transcurso de una investigación, cotejando y eventualmente descartando la información que estos le van acercando, actuando bajo estrictas instrucciones, lo que aleja por cierto toda conducta discrecional que no se ajuste a la norma directriz.

Nuestro más Alto Tribunal, ya antes de la sanción de la ley 24.424 que modificó la 23.737 tuvo oportunidad de expedirse acerca de la utilización de este medio de investigación en oportunidad de resolver en el caso "Fiscal c. Fernández, Víctor"(Fallos 305:1305) donde sostuvo que "el empleo de agentes encubiertos para la averiguación de los delitos no es por si contrario a garantías Constitucionales siempre que su actuación se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la defensa criminal en la cabeza del delincuente". Se dijo en la ocasión que determinados delitos como el tráfico de estupefacientes se ejecutan de tal manera que solo pueden ser descubiertos cuando los agentes preventores se involucran en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar y que una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nación al permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina".

Adentrándonos en las soluciones del derecho comparado, y como ya tuviera oportunidad de puntualizarlo "in re": "Solis, Delia y otros slrec de casación', causa N° 1788, reg. N° 2337 de esta sala, del 15 de diciembre de 1998, en los Estados Unidos se admite la utilización de este tipo de agentes en la investigación de determinados delitos con las limitaciones que fue elaborando la jurisprudencia a través de la doctrina del "entrapment".

Figura que fue concebida a la manera de defensa oponible en un proceso criminal, de manera tal que cada vez que se demuestre la existencia de "entrapment" no solo se excluye la evidencia del juicio sino que además se extingue la persecución del imputado (conf. Joshua Dressler " Understanding criminal Proceeder", p. 495, 2a ed. New York, EE.UU.) .

No obstante existir en el sistema norteamericano un test objetivo y otro subjetivo para determinar la existencia del "entrapment", para su procedencia ambos supuestos concurren en la existencia probatoria de que el imputado haya sido inducido a cometer el crimen por el agente encubierto que el imputado o una persona standard no lo hubiera cometido a no ser por la inducción recibida y que el agente actuó como tal con el único objeto de obtener evidencia para llegar a un pronunciamiento de condena.

En el leading case Sorrells V. United States (287 U.S. 435) la Corte Suprema de Justicia admitió los alegatos de la defensa de una causa en la que un agente simulo una amistad con el imputado para que -luego de varias insistencias- este le vendiera medio galón de whisky en infracción a la ley y sostuvo que se incurre en "entrapment" si un agente induce violar la ley a una persona no predispuesta a cometer el tipo de delito que se le endilga. En este caso, al igual que en Jacobson b. United States (503 U.S. 540) y Sherman b. United States (356 U.S. 369) para la mayoría de la Corte fue determinante la falta de predisposición de los acusados para cometer el delito en lo que se conoce como test subjetivo de la celada o entrapment.

El Código Penal Modelo de los Estados Unidos utiliza el test objetivo que pone su acento en la actuación del agente para considerar la legitimidad de las actuaciones; de cualquier manera en ambos supuestos es el acusado quien debe probar haber sido inducido a cometer el delito o la actuación ilegítima de una persona en el marco donde se obtuvo la prueba que da sustento al reproche (conf. op. cit. P 503). Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver el caso Ludí sostuvo que la intervención de un agente infiltrado no es violatoria de las garantías fundamentales que establece la Convección Europea ni de la Constitución Federal

Suiza y que el delincuente es libre de tomar sus decisiones y comportarse como desee aun cuando este equivocado en la identidad de la otra parte de las negociaciones y en cuanto a la relación que tiene con la policía. El derecho Constitucional no protege al delincuente contra la observación de su comportamiento ilegal por parte de un funcionario de policía, acerca de quien aquel ignora su identidad (conf. cita en Mario Daniel Montoya "Informantes y técnicas de Investigación Encubiertas", p. 181, Buenos Aires, 1998).

En Alemania la utilización de la técnica registra larga data aun cuando en el año 1992 con la sanción de la ley de lucha contra la criminalidad organizada fijo las condiciones de procedibilidad en el uso de agentes encubiertos. Esta norma breve la utilización de estos agentes limitada a la investigación de hipótesis delictuales de relevancia. En este sentido la norma es conteste con la ley francesa 1284 del año 1991 que sirvió de antecedente en el sistema argentino y que constriñe la utilización de los agentes a supuestos del trafico de estupefacientes y su actuación a las reglas que establecen las guías para los funcionarios Policiales (conf. Antecedentes Parlamentarios, t. 1996-A, p. 1067).

Por otra parte la legislación alemana establece la condición de que no haya otro medio para llevar adelante la investigación y que haya autorización del órgano jurisdiccional.

En virtud de tales parámetros que legitiman la actuación de quienes en la investigación criminal desarrollan tareas encubiertas, ateniéndonos al caso "sub examen", cabe concluir que el agente encubierto fue designado conforme prescripciones legales en vigor, y en lo que considero un ejercicio razonable de la facultad que la norma de aplicación otorga al juez preventor en el curso de una investigación judicial por infracción a la ley de estupefacientes; que no existe dato objetivo alguno, ni la defensa logra demostrar que se hubiera extralimitado en su actuación, pues no surge de las constancias de la causa nada que evidencie que su comportamiento superara el marco de la propia actividad de inteligencia que le fuera encomendada, por lo que el planteo de la defensa en los términos en lo que ha formulado carece de prosperabilidad.

Por último, corresponde destacar que el Tribunal de juicio luego de evaluar acertadamente diversos testimonios y otros elementos probatorios que fueron colectados, tuvo por fehacientemente acreditado que el día once de octubre de 1996, Luis G. Gorman y Rufo E. Gaete Martínez transportaban en un vehículo, consciente y voluntariamente y en forma mancomunada, 106 kilogramos de "cannabis sativa" con un porcentaje de T.H.C. del 2,5 %, arribando al veredicto de condena, cuyas conclusiones resultan incontrovertiblemente de las constancias obrantes en el expediente, en particular en lo que atañe el grado de participación del primero de los nombrados, de donde los agravios que hace ir la defensa en este sentido intentando conmovier el decisorio en crisis parten de una diferente y personal interpretación de las pruebas merituadas.

Al respecto, recuerdo que la sala tiene dicho que el tribunal de mérito aprecia libremente la eficacia de los elementos de prueba reunidos en el expediente para llegar a la calificación de los hechos; en esto es soberano y mientras que este material este correctamente enunciado en la sentencia y constituido por elementos legalmente admisibles, la casación tiene vedado el contralor de su juicio, excepto que se presenten supuestos de vicios lógicos o legales que habiliten la inspección de esta Cámara por vía de arbitrariedad o absurdo, extremo este que no se acredita en la causa (conf. "in re": "Calista, Dino G. s / rec. de casación", c. N° 983, reg. N° 1338, rta. el 3 de abril de 1997; "Padilla, Antonio A. y otro s/rec. de casación", c. N° 996, reg. N° 1470, rta. el 20 de junio de 1997). Por todo lo expuesto y si mis colegas comparten mi criterio el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis G. Gorman debe ser rechazado con costas.

El doctor Fégoli dijo: adhiero al meritorio voto del distinguido colega preopinante y emito el mío en igual sentido.

El doctor Mitchel dijo: adhiero al voto del doctor Madueno y expido el mío en igual sentido en mérito al resultado habido en la votación que antecede, la sala II de la

Cámara Nación al de Casación Penal resuelve: rechazar el recurso de casación interpuesto en la defensa de Luis G. Gorman, con costas (arts. 470 "a contrario sensu", 531 y conc., Cód. Procesal Penal).- Raúl Madueño.- Juan E. Fégoli.- W. Gustavo Mitchel.

6.- Ver Voces : ACTUACION DE OFICIO ~ ACUSACION FISCAL ~ ALMACENAMIENTO DE ESTUPEFACIENTES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DELITO DE ACCION PUBLICA ~ DELITO EXPERIMENTAL ~ DENUNCIA PENAL ~ ESTUPEFACIENTES ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ INSTIGACION A COMETER DELITO ~ INTERPRETACION ~ JUEZ PENAL ~ LEY ~ NARCOTRAFICO ~ NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO ~ NOTITIA CRIMINIS ~ POLICIA ~ POLICIA FEDERAL ~ PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ SEDE PREVENCIONAL ~ TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES ~ TENTATIVA ~ TRANSPORTE ~ VICIO PROCESAL

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala III(CNCasacionPenal)(SalaIII)

Fecha: 10/03/1994

Veisaga, José A.

Publicado en: LA LEY 1995-B, 59 - DJ 1995-1, 618

SUMARIOS:

- Entre los principios que informan la nueva normativa procesal penal de la Nación, es quizás el de "ne procedat iudex ex officio" uno de los más significativos, el cual quita al juez el rol de acusador pues ahora necesita de la acusación del Ministerio Público para poder proceder.

- Los únicos modos posibles de provocar el avocamiento instructorio en forma directa, en los casos de delitos de acción pública, son dos: 1) La actuación del acusador público mediante el requerimiento de instrucción formulado al juez, y 2) la actividad informativa de la policía (judicial o común) por medio de la comunicación o información dirigida al juez inmediatamente después de tomar conocimiento de un hecho o al remitirle la prevención policial practicada.

- La información policial promotora de la instrucción jurisdiccional es un acto cumplido por las autoridades de la Policía en cuanto desempeñan funciones judiciales, por el que se anoticia oficialmente al órgano correspondiente de la instrucción del proceso acerca de la comisión de un hecho considerado delictuoso, del cual han tenido conocimiento por sus propios medios o por una denuncia, para que se abra causa con respecto a él. Por tanto, mientras la denuncia se detiene en el mero anoticiamiento, la información policial trasciende ese límite aproximándose sustancialmente al requerimiento por su valor impulsor.

- Si la prevención policial recibió la "notitia criminis" y efectuó las comunicaciones a que hace referencia el artículo 186 del Cód. Procesal Penal, de esta manera habilitó tanto la actuación del magistrado y legitimó su propia intervención.

- La demora incurrida por la Policía Federal en elevar al juez instructor las actuaciones sumariales transita por las previsiones del art. 187 del Cód. Procesal Penal, y de ninguna manera conforma un vicio "in procedendo".

El individuo que a sabiendas de lo que se trata y por una paga accede a trasladar droga, cumple una etapa dentro de la cadena del tráfico. Así, cualquier transporte que forme parte de ella estará abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia con fines de comercialización, desde que si bien no siempre esta última contiene a aquél, contrariamente, todo transporte de droga que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente la tenencia para la comercialización.

- Para la caracterización del almacenamiento de droga debe tenerse en cuenta no sólo la cantidad del material acopiado, que sin duda debe ser sensiblemente superior al destinado al consumo propio, sino también otras circunstancias que conforman la acción. Así, el concepto de almacenamiento volcado a las coordenadas de tiempo y espacio lleva ínsita una relativa prolongación de aquél y cierto arraigo o afincamiento en lo que respecta al segundo, que colisiona con lo breve, transitorio y errático.

- Para la configuración del delito experimental es imprescindible la presencia del llamado "agente provocador", que es definido como el que instiga a otro a cometer un delito, no por estar interesado en que éste se consume o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que resulte algún perjuicio al instigado. También se lo ha caracterizado como aquel que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible (tentativa), detenerlo y entregarlo a la justicia.

- Las leyes deben interpretarse atendiendo a los fines que las informan, debiendo preferirse la interpretación que favorezca y no la que dificulte aquellos fines, de manera que su aplicación se compadezca con los principios y garantías constitucionales, lo que se traduce a su vez en la obligación de respetar en su integridad lo descrito por el legislador, computando la totalidad de sus preceptos.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, marzo 10 de 1994.

Vistos: Que llega este expediente a conocimiento del tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 308/315 por el defensor particular, contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, obrante a fs. 304/306, en la que se condena al nombrado Veisaga a la pena de 5 años de prisión, multa de \$ 1200, accesorias legales y pago de costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes previsto y reprimido por el art. 5º, inc. c) de la ley 23.737 (arts. 12, 29, inc. 3º, 40 y 41 Cód. Penal y 399, 530 y concs., Código Procesal Penal).

Encontrándose reunidos los requisitos de admisibilidad previstos en los arts. 456, incs. 1º y 2º, 459, inc. 2º y 463 del ordenamiento ritual, el recurso fue concedido a fs. 316 por el Tribunal Oral y mantenido en esta instancia extraordinaria por el doctor Palacios a fs. 323. El fiscal de cámara hizo saber a este tribunal que no adhería al recurso interpuesto en favor del imputado Veisaga.

Durante el término de oficina el procurador fiscal de cámara, doctor Narvaiz, se presentó a los fines dispuestos en el art. 466 del Cód. Procesal Penal a fin de emitir opinión en cuanto al recurso de casación en trámite, solicitando su rechazo.

Finalmente, celebrada la audiencia prevista por el art. 468 del ritual, según la constancia actuarial de fs. 338, el tribunal pasó a deliberar.

El doctor Tragant dijo:

Primero: Con invocación de los motivos de casación previstos en el art. 456 del Cód. Procesal Penal, el recurrente se agravia, en primer término, por haberse omitido la observancia de normas procesales que el Cód. de rito establece pena de nulidad, concretamente la falta de requerimiento fiscal (art. 180, Cód. Procesal Penal). También advierte que por las características del operativo montado se presentaría la hipótesis de un delito experimental. Apunta que tampoco se ha cumplido con las previsiones del art. 186 del cuerpo legal citado, al no haberse elevado las actuaciones labradas dentro del plazo de 3 días allí previsto. Y por último, cuestiona la calificación legal asignada al hecho.

Segundo: La defensa técnica, en su presentación efectuó en mi juicio planteos contradictorios, ya que por un lado, al no haber mediado requerimiento fiscal pretende que el procedimiento carece de legitimidad y por lo tanto deviene nulo, y por el otro parte justamente de la intervención legítima de la fuerza policial, que al brindar a la actividad de su pupilo una cobertura "legal" ha impedido la consumación de la acción típica, por tratarse, dice, de un delito experimental.

Esta última circunstancia se vincula con otra de las peticiones del recurrente y está dirigida a un cambio de la calificación del ilícito. He de referirme en primer lugar a las cuestiones relacionadas al inicio del proceso, para luego ocuparme del encuadre legal del hecho.

En la mecánica del nuevo ordenamiento procesal, que siguiendo la orientación del doctor Levene (h.) se convirtió en ley 23.984, triunfó aquella que dejaba desde la primera actuación, la etapa instructoria en manos de un órgano jurisdiccional denominado juez de instrucción, desplazando de esta manera, la posición del proyecto de la minoría parlamentaria que ponía en cabeza del Ministerio Público la facultad de promover la actividad jurisdiccional.

Así, entre los principios que informan la nueva normativa es quizás el de "ne procedat iudex ex officio" uno de los más significativos, el cual aparece quitándole al juez el rol de acusador, quien ahora necesitará de la excitación extraña para poder proceder.

Efectuando un correcto análisis de las normas procesales de los arts. 186, 188 y 195 del Cód. Procesal Penal surge que los únicos modos posibles de provocar el avocamiento instructorio en forma directa, en los casos de delitos de acción pública, son dos: "1) la actuación del acusador público mediante el requerimiento de instrucción formulado al juez; 2) la actividad informativa de la Policía (judicial o común) por medio de la comunicación o información dirigida al juez inmediatamente de tomar conocimiento de un hecho o al remitirle la prevención policial practicada" (Clariá Olmedo, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal, t.

IV, El procedimiento penal", ps. 93 y sigtes., Buenos Aires, 1967).

La naturaleza de la información policial promotora de la instrucción jurisdiccional, sostiene Clariá Olmedo, "es un acto cumplido por las autoridades de la Policía en cuanto desempeñan funciones judiciales, por el que se anoticia oficialmente al órgano correspondiente de la instrucción del proceso acerca de la comisión de un hecho considerado delictuoso, del cual han tenido conocimiento por sus propios medios o por una denuncia, para que se abra causa con respecto a él. La denuncia se detiene en el mero anoticiamiento; la información policial trasciende ese límite aproximándose sustancialmente al requerimiento por su valor impulsor" (Clariá Olmedo, ob. cit., t. IV, ps. 447/448).

Esa y no otra es la interpretación que debe hacerse de la conjunción disyuntiva "o" utilizada por el legislador en el mentado art. 195: "La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal, o de una prevención o información policial", sirve para plasmar las dos posibles alternativas (conf. Levene (h.), Ricardo y otros, "Código Procesal Penal de la Nación", p. 159, Buenos Aires, 1992; Núñez, Ricardo, "Código Procesal Penal", p. 184, 2ª ed., Córdoba 1986).

Que como surge acreditado en el "sub examine", ante la recepción de la "noticia criminis" el organismo de prevención efectuó las comunicaciones a que hace referencia el art. 186 del Cód. de rito, habilitando de esta manera tanto la

actuación del magistrado como también legitimando su propia intervención (ver acta fs. 1 y comunicación fs. 2).

En este mismo sentido se ha pronunciado la sala II de esta Excma. Cámara en autos "Guillén Varela, J. W. s/recurso de casación", causa N° 40, registro 58 del 18/11/93.

Es que las leyes deben interpretarse atendiendo a los fines que las informan, debiendo preferirse siempre la interpretación que favorezca y no la que dificulte aquellos fines, de manera tal que su aplicación se compadezca con los principios y garantías constitucionales. Esto se traduce a su vez, en la obligación de respetar en su integridad lo descrito por el legislador, computando la totalidad de sus preceptos (Conf. C.S.J.N., doctrina citada en causa N° 20, "Silleta, Alfredo s/rec. de queja", registro 23 de 8/9/93).

En base a lo expuesto he de expedirme por el rechazo de la nulidad impetrada.

Tercero: En cuanto a la pretensión de la defensa, de que el hecho trataríase de un delito experimental, señalo que para que éste se configure es imprescindible la presencia del llamado "agente provocador" que es definido por Carrara en la nota al parág. 1594 de este modo "Se llama así a los que instigan a otros a cometer un delito, no por estar interesados en que éste se consume, o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que le resulte algún perjuicio al instigado" (Carrara, Francesco, "Programa de Derecho Criminal". Parte especial, t. IV, p. 384, vol. II, Bogotá, 1958).

También se lo ha caracterizado doctrinariamente como aquel que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de, tras la irrupción en la zona de lo punible (tentativa), detenerlo y entregarlo a la justicia.

Finalmente Welzel a su vez sostiene que "el instigador tiene que haber querido que el hecho sea exitoso. Si el instigador quería sólo la tentativa, a fin de comprobar la culpabilidad del autor (agent provocateur), para esta concepción no sería punible" (Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán". Parte general, p. 140, 11ª ed., Chile, 1993).

Si inexcusablemente para que exista delito experimental, debe operar sobre el sujeto, alguien distinto de él que active su decisión de actuar, en el caso concreto, es fácil advertir que ello no ha ocurrido desde que ha quedado acreditado que nadie, el personal policial incluido, ha determinado al procesado a emprender la acción por la que se le juzga.

Según su propia versión, a pedido de un amigo y por un precio aceptó efectuar "la movida" de la droga (ver acta de fs. 301 vta.). Es de toda evidencia, a mi juicio, que el actor obró con total libertad al determinar su conducta, y que en nada influyó el actuar policial que se limitó a efectuar un operativo de vigilancia --del que por cierto Veisaga ignoraba su existencia-- en el marco de las obligaciones que le impone, entre otras normas el art. 183 del Cód. Procesal Penal.

Descarto de este modo que pueda prosperar el agravio analizado.

Cuarto: En torno a la última de las cuestiones procesales planteadas el recurrente objeta la demora en la elevación de las actuaciones preventivas, aduciendo además que ello es un elemento adicional para demostrar que se podría haber efectuado el pertinente requerimiento fiscal. Como he sostenido "ut supra", esto último ha quedado descartado atento al valor asignado a la prevención policial. Ahora bien, en lo referente al plazo de 3 días, prorrogable en otros 5 días adicionales, relacionado con la elevación de las actuaciones labradas al juez de turno, sostengo que el término a que hace referencia el art. 186 del Cód. de forma constituye un plazo que por sus características es ordenatorio y su vencimiento sólo puede generar la aplicación de una sanción (art. 187, conf. Núñez, Ricardo, "Código Procesal Penal", 2ª ed., Córdoba, 1986, nota al art. 192, y doctrina sentada en causa N° 16, "Rongo, Ricardo G. s/rec. de casación", registro N° 63 del 6/12/93 de esta sala).

Por otra parte, como bien lo sostiene en su dictamen el fiscal, doctor Narvaiz, la demora en que habría incurrido la Policía en elevar al juez las actuaciones sumariales, transita por las previsiones del art. 187 del Cód. Procesal Penal y no

contribuye de ninguna manera a conformar los vicios "in procedendo" a que alude el defensor.

No hubo tampoco aquí irregularidad alguna que deba ser motivo de nulidad.

Quinto: Ardua ha sido la tarea de calificar la acción delictiva en juzgamiento, desde que según se advierte durante el desarrollo del proceso, entre todos los que han dado su parecer técnico han sumado no menos de cuatro distintos adecuamientos legales del ilícito (almacenamiento, comercio de estupefacientes, transporte de estupefacientes en grado de tentativa y tenencia de estupefaciente con fines de comercialización).

Paralelamente cabe puntualizar que siempre, salvo lo sostenido por el defensor del inculpado, doctor Palacios, la escala penal aplicable era la misma, esto es la dispuesta para las acciones acuñadas en el art. 5º, inc. c) de la ley 23.737.

En mi parecer, con la finalidad de abarcar todas y cada una de las actividades ilícitas vinculadas con las sustancias tóxicas, el legislador, arribó a una enmarañada descripción de los tipos, agrupándolos sin efectuar una adecuada discriminación por la gravedad de cada actividad y su consecuente punición, lo cual hubiese facilitado la labor de aquellos llamados a aplicarla.

He de analizar desde mi óptica, la tipicidad que le asignó el tribunal a quo al hecho, y aquella a la que mejor se adecua el mismo.

Almacenar significa "poner o guardar en almacén // reunir o guardar muchas cosas" (Diccionario de la Real Academia Española, XXI ed., Madrid, 1992).

En general, la jurisprudencia ha utilizado un criterio cuantitativo para definir la conducta. Bajo la vigencia de la ley 20.771 en su art. 2º, inc. c), las diferentes salas de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, así lo sostuvieron a través de una nutrida jurisprudencia ("in re" sala II, 21.577, "Cohen, Jorge A." del 27/12/77; sala VI, c. "Panzer, Angel" del 18/9/79; sala I, c. 28.225, "Ulivi, Ramón D." del 2/10/84; entre muchas otras).

Soy de la opinión que para la caracterización del almacenamiento, habrá de tenerse en cuenta, no sólo la cantidad de material acopiado, que sin duda debe ser sensiblemente superior al destinado al consumo propio, sino también otras circunstancias que conforman la acción.

El concepto de almacenamiento volcado a las coordenadas de tiempo y espacio lleva ínsita una relativa prolongación de aquél y cierto arraigo o afincamiento en lo que respecta al segundo, que colisiona con lo breve, transitorio o errático.

Quien guarda o acopia algo para su posterior y escalonada distribución, no parece razonable que lo tenga dentro de un bolso y viajando en un automóvil.

Sabido es que el dolo no se presume, sino que debe surgir plenamente acreditado, y no sólo en cuanto a su presencia en el actuar del sujeto, sino también en su especificidad, es decir, el real designio que impulsa a obrar de determinada manera.

Si como ha sido definitivamente fijado en el fallo analizado, el hecho consiste en la detención del procesado a bordo de un automóvil de alquiler en el que se conducía, hallándose en su poder un bolso conteniendo más de 5 kgs. de cocaína de máxima pureza, cabe concluir a la luz de lo que vengo sosteniendo que no advierto ni objetiva ni subjetivamente acreditado que Veisaga haya incurrido en el delito de almacenamiento de estupefacientes, razón por la cual he de postular que en ese punto se haga lugar al recurso, casando la sentencia en lo pertinente, calificando la conducta del modo en que ahora señalaré.

En mi parecer, el agente cumplía una etapa dentro de una cadena de tráfico de droga, pues a sabiendas de lo que se trataba y por una paga accedió a trasladarlo.

Comparto la opinión del doctor Mitchell, actual miembro de este tribunal, reflejada en su voto cuando integraba la sala II de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital, en la causa N° 8045 caratulada "Pertiné, Carlos s/inf. [ley 23.737", y al que adhiriera el doctor Casanovas, quien acerca del tema que me ocupa y en lo esencial dijo: "Cualquier transporte que forme parte de una cadena de tráfico estará ya abarcado y penado por el tipo que reprime la tenencia para la comercialización, desde que, si bien no

siempre esta última contiene aquél, contrariamente, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente una tenencia para la comercialización". Estoy plenamente convencido que de la manera en que ha quedado acreditada la conducta de Veisaga, ella reúne todos los requisitos del tipo penal de tenencia de estupefacientes para la comercialización, previsto en el art. 5° inc. c) de la ley 23.737, motivo por el cual propongo casar la sentencia en lo que respecta a la significación jurídica otorgada al hecho juzgado, la que deberá ser la antes señalada, confirmándose en un todo, los demás ítems del decisorio, incluido el monto de pena discernido ya que la escala punitiva aplicable en ambos casos es la misma. Es mi voto.

Los doctores Riggi y Madueño dijeron:

Por concordar con los fundamentos expuestos, adhieren al voto precedente, y se expiden en el mismo sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el tribunal resuelve: I. Rechazar parcialmente el recurso de casación deducido en autos por el letrado defensor de Veisaga a fs. 308/315, en cuanto a la inobservancia de las normas procesales (art. 471 "a contrario sensu", Cód. Procesal Penal). II. Casar la sentencia de fs. 304/306, por errónea aplicación de la ley sustantiva, calificando definitivamente el hecho en tratamiento como constitutivo del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, confirmándola en todos los demás puntos en ella decididos, con costas (arts. 445 último párrafo, 470, 530, Cód. Procesal Penal y art. 5°, inc. c, ley 23.737). Devuélvase al tribunal de origen. -- Guillermo J. Tragant. -- Eduardo R. Riggi. -- Raúl Madueño.

BIBLIOGRAFIA:

Introducción Y Nociones Básicas

- CAFFERATA NORES, JOSE I. Y/O. "Manual de Derecho Procesal Penal". Ed. Universidad Nacional de Córdoba.
- PILAR NORIEGA "El monopolio de la coacción". Texto publicado en el periódico La Jornada, México, domingo 14 de mayo de 2006). (<http://www.jornada.unam.mx/2006/05/14/012a1pol.php>)
- BOBBIO, NORBERTO, "*Estado y sociedad, por una teoría general de la política*", Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, México, 1999, pág. 108.
- MAHIQUES, CARLOS ALBERTO - GRASSI, ADRIÁN PATRICIO, "La prevención especial a la deriva, o una inconfesada vuelta a la inocuización". Doctrina • LA LEY 2007-F, 1322
- PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE ÉTICA CONTEMPORÁNEA Y MEMORIA HISTÓRICA, Ética y derecho, LORENZO ISMAEL VARGAS SÁNCHEZ. (Viernes, septiembre 01, 2006.)
<http://sociedadesdecontrol.blogspot.com/2006/09/tica-y-derecho-notas-al-primer.html>

4.-Marco Teórico.

4.3.- Introducción al Marco Teórico: Descripciones previas:

- BORJA JIMENEZ, Emiliano, (2003) Curso de Política Criminal, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch)

5.- Metodología de Trabajo

5.2.- Métodos de análisis de la información relevada.

- ÁLVAREZ CÁCERES R. El método científico en las ciencias de la salud. Las bases de la investigación biomédica. Madrid: Díaz de Santos, 1996.

Otros textos de consulta:

- Como se escribe una tesis (Graciela Scavone. Ed. La Ley año 2002)
- Recursos metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación (José A. Yuni / Claudio A. Urbano. Ed. Brujas año 2003)

CAPITULO I

- RICARDO NUÑEZ. "Manual de derecho penal parte general." Ed. Marcos Lerner, editora Córdoba. Tercera parte. Capítulo I. pag 108.
- HUMERTO S. VIDAL. "El delito imposible". Ed. Marcos Lerner. Editora Córdoba. (Pág. 47 y ss.)
- FROMENT, CARLOS DANIEL. "El delito experimental y las garantías constitucionales." • [Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 504](#). Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CNPenalEconomigo)(SalaA) – 1996/05/15 – Prefectura Naval Argentina.-
- FONTAN BALESTRA, CARLOS, "Tratado de Derecho Penal", t. II, ps. 395/6 y 412/3, Ed. Abeledo Perrot.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, "Tratado de Derecho Penal", t. VII, p. 679, Ed. Losada.
- FLORIAN, EUGENIO, "Parte General De Derecho Penal", P. 596 Trad. Dihigo-Martínez Giralt, La Habana, 1929.
- NUÑEZ BARBERO, RUPERTO, "El delito imposible", ps. 128 a 132, Salamanca (España), Universitas, 1963.

CAPITULO II

- CARLOS DAVID CALIX VALLECILLO. "Las Actuaciones Del Agente Encubierto En El Ambito Del Blanqueo De Capitales. Conductas Típicas y su posible justificación", (Libro Estudios Penales y Política Criminal. Zamora Jiménez, Arturo. Pág. 77. Ed. Angel Editor).
- SERGIO GABRIEL TORRES- MARRAZZO LAURA M. "El Agente Provocador en el Derecho Penal". Doctrina • LA LEY 2002-A, 1337. Publicado en: LA LEY 2002-A, 1337.
- FROMENT, CARLOS DANIEL. "El delito experimental y las garantías constitucionales". • [Nota a Fallo • LA LEY 1996-D, 504](#). Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A (CNPenalEconomigo)(SalaA) – 1996/05/15 – Prefectura Naval Argentina.-

- ZYSMAN BERNALDO DE QUIRÓS, DIEGO "El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes". Doctrina • LA LEY 1997-B, 1077.-
- KLAUS TIEDEMANN. "Constitución y Derecho penal". Traducción: Luis Arroyo Zapatero. Localización: [Revista española de derecho constitucional](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_033_149.pdf), ISSN 0211-5743, Año 1991, pags. 145.174. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_033_149.pdf.-
- GUARIGLIA, FABRICIO. "El [agente](#) encubierto se vuelve [provocador](#). Un nuevo desacierto de la Casación". Nota a Fallo • LA LEY 1998-B, 371.-

CAPITULO III

- EDMUNDO S. HENDLER—HERNAN V. GULLCO. "Casos de derecho penal comparado". Doctor en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Buenos Aires. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.-
- RIQUELME P., EDUARDO. "El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo". Política Criminal, Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Política Criminal nº 2, año 2006.-

CAPITULO IV-NOTA A FALLO

- GUARIGLIA, FABRICIO. " El [Agente](#) Encubierto se vuelve [Provocador](#). Un nuevo desacierto de la Casación". Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV (CNCasacionPenal)(SalaIV) ~ 1997/09/11 ~ Sanabria, Virgilio