

El agente encubierto.

Supuestos en los que procede la utilización del agente encubierto. ¿Cómo se relaciona la implementación de este método de investigación con las garantías constitucionales del proceso penal?



Universidad Empresarial Siglo 21.

Carrera: Abogacía.

Alumno: Fernanda Miguez.

Legajo Nro. VABG30067.

Tutor: Dr. Augusto Taborda.

Fecha: 16 de julio de 2018.

Índice.

Abstract.....	5
Introducción.....	6
Marco Metodológico.	6
Capítulo I. Origen, contexto histórico y marco conceptual del agente encubierto.....	13
1. El crimen organizado.....	13
1.1. Evolución y desarrollo como fenómeno criminal.....	13
1.2. ¿Existe un concepto unívoco de lo que es el crimen organizado?.....	15
1.3. La lucha contra el crimen organizado.....	19
2. La legislación argentina que prevé la figura del agente encubierto.....	21
2.1. La ley 27.319 y sus antecedentes legislativos.....	21
2.2. ¿Qué es un agente encubierto?.....	24
3. Las otras figuras que también incorpora la ley 27.319.....	26
3.1. El agente revelador.....	26
3.2. El informante.	27
3.3. La entrega vigilada.	28
3.4. La prórroga de jurisdicción.	28
Capítulo II. El agente encubierto en el procedimiento jurídico argentino.....	30
1. La figura del agente encubierto en la investigación penal.....	30
1.1. Lineamientos de su implementación y en relación con la ley anterior.....	30
1.1.1. Facultad del juez.....	30
1.1.2. ¿Quién puede ser un agente encubierto?.....	31
1.1.3. El carácter de medio extraordinario de investigación	32
1.1.4. Investigación restringida a la delincuencia organizada.....	33
2. Los principios de aplicación que rige la ley 27.319.....	34
2.1. Principio de proporcionalidad.....	36
2.2. Principio de necesidad.....	37
2.3. Principio de razonabilidad.....	37

3. Otros principios básicos de actuación: de legalidad, de especialidad, de subsidiaridad y de control judicial.....	38
4. Distinción del agente encubierto con otras figuras.....	39
4.1. El denunciante anónimo.	39
4.2. El agente secreto.	40

Capítulo III. El agente encubierto y los derechos y garantías en el proceso penal....41

1. Tratamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	41
1.1. El fallo más relevante: “Fiscal c/ Fernández” (1990).....	41
1.2. Los antecedentes de derecho comparado que siguió el fallo.....	44
1.3. Las consecuencias del fallo.....	48
2. Los límites de un Estado de Derecho.....	49
2.1. El tiempo de duración de la operación encubierta.....	50
2.2. El engaño del agente encubierto.....	51
2.3. El agente provocador. Delito experimental.....	53
2.4. La responsabilidad del agente encubierto en la comisión de delitos durante su actuación.....	56
3. El agente encubierto y los derechos y garantías del imputado.....	59
3.1. Derecho a la intimidad.....	59
3.2. La inviolabilidad de domicilio.....	61
3.3. La garantía de defensa en juicio y debido proceso.....	65

Capítulo IV. La prueba obtenida por el agente encubierto.68

1. Las dificultades probatorias en la criminalidad organizada.....	68
2. Del testimonio del agente encubierto.....	68
3. El agente encubierto y la prueba ilícita.....	74

Conclusiones finales.78

Referencias bibliográficas.83

Abstract.

Desde la introducción de la figura del agente encubierto en la Argentina, justificada inicialmente por la necesidad de brindar una respuesta estatal capaz de poner freno al narcotráfico, su implementación ha sido puesta en entredicho por buena parte de la doctrina. La discusión discurre, principalmente, en si esta técnica especial de recolección de prueba puede alcanzar el nivel de eficacia pretendido en el funcionamiento del sistema penal, sin que medie un sacrificio intolerable en términos de garantías, sobre todo de los investigados, en una probable violación del debido proceso. Con este trabajo se intentará tomar posición lógica y congruente respecto de si la nueva ley 27.319 (año 2016), resulta idónea para satisfacer los fines que la inspiraron, si presenta una razonable adecuación entre los medios que impone y los objetivos que persigue y si, en definitiva, resulta el producto legítimo de las atribuciones que la Constitución confiere al Congreso de la Nación; y en su caso, reformular y proponer los límites y pautas para su aplicación.

Since the introduction of the undercover agent in Argentina, initially justified by the need to provide a state response capable of curbing drug trafficking, its implementation has been challenged by much of the doctrine. The discussion is mainly on whether this special technique of collecting evidence can reach the level of efficacy sought in the functioning of the penal system, without an intolerable sacrifice in terms of guarantees, especially those investigated, in a probable violation. of due process. This work will try to take logical and consistent position on whether the new law 27.319 (2016), is ideal to meet the purposes that inspired it, if it presents a reasonable match between the means it imposes and the objectives pursued and if, in short, it is the legitimate product of the powers conferred by the Constitution on the National Congress; and where appropriate, reformulate and propose the limits and guidelines for its application.

Introducción.

En el año 1994, la introducción legislativa de agentes encubiertos constituyó una verdadera novedad en la Argentina en el régimen de reformas a la ley 23.737, introducidas por la ley 24.424 para la investigación y lucha del narcotráfico (Arts. 31 bis y 31 ter de la ley 23.737, reformada por la ley 24.424 del 7/12/1994 -derogada en el año 2016 por la ley 27.319-). Sin embargo, se trató de una herramienta de la que se ha hecho poco uso práctico en nuestro país. Todavía es muy pronto para afirmar si esta situación perdurará luego de la reciente sanción de los Arts. 3 y 4 de la ley 27.319 (sancionada el 2/11/2016), a través de la cual se ha dotado de nuevas y más eficientes herramientas a las fuerzas de seguridad, al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial, para la prevención, investigación y lucha de los delitos más complejos, al prever la posibilidad de utilización de distintas figuras, entre ellas la del “agente encubierto” (además de las del “agente revelador”, “informante”, la “entrega vigilada” y la “prórroga de jurisdicción”, establecidas en la misma ley).

Con la sanción de la nueva ley 27.319, que constituye el objeto de análisis del presente trabajo, se ha regulado la intervención del agente encubierto con mayor precisión a la de su antecesora ley 24.424, la cual ceñía su aplicación a los casos de narcotráfico. En la actualidad, en cambio, y tal como se adelantó en el párrafo anterior, la disposición legal vigente propagó su implementación para la investigación, prevención y lucha de los llamados “delitos complejos.”

No obstante, los amplios reparos constitucionales que merece el uso de este tipo de prácticas en la investigación, torna necesario cuestionar si resulta un método válido para fundar una sentencia condenatoria, o si, por el contrario, constituye un mecanismo de recolección de evidencia que significa una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, y que de alguna u otra manera atenta contra garantías fundamentales en el proceso penal. Y si debido a ello, su implementación en nuestro país tiende a ser descartada. En otras palabras, la preocupación que impulsa este trabajo es el ingreso de esta técnica especial de recolección de prueba, dentro del conflicto entre las protecciones que la Constitución otorga al individuo (y fundamentalmente al imputado o

sospechado) frente a los órganos represivos del Estado y las potestades de los funcionarios para el cumplimiento de las leyes penales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo inédito del año 1990, “Fiscal vs. Fernández” (1990) analizó por primera vez la legitimidad del empleo de agentes encubiertos en la lucha contra el crimen. En dicha oportunidad se resolvió sobre un caso de estupefacientes suscitado en la provincia de Mendoza, en el cual estaba involucrado el Cónsul de la República de Bolivia. En su resolución, la Corte dejó vía libre para el ingreso del agente encubierto en la legislación argentina (lo que ocurrió cuatro años después, con la sanción de la ley 24.424 en 1994). En efecto, la doctrina lo señala como el antecedente jurisdiccional indiscutido. Sobre el punto, CARRIO expuso: “*No conozco casos anteriores de la Corte, ni tampoco ella los cita, donde se haya decidido una cuestión de esta trascendencia.*” (Carrio, 1994)

En los Estados Unidos de América resulta una práctica bastante habitual utilizar policías con doble identidad en distintos tipos de investigaciones complejas y también existe un “programa de protección de testigos” que incluye cambios de identidad, traslados a viviendas protegidas, y hasta la inclusión en nuevos trabajos, todo lo cual conlleva en muchos de los casos a un cambio de vida radical para el agente infiltrado. La legislación norteamericana es el antecedente de derecho comparado más significativo que ha tomado nuestra Corte al dictar su resolución, y el legislador argentino en la regulación de esta figura.

En el fallo citado, la Corte argentina siguió el criterio aceptado en los Estados Unidos de América, por el cual se le prohíbe al Estado “*crear*” un delito con el propósito de penar a su autor. Sin embargo, nuestra Corte resaltó como válidos, siguiendo una vez más a la estadounidense, los casos en los que el Estado puede demostrar que el imputado ya tenía una “*predisposición*” a delinquir. En conclusión, a partir de este fallo, la legitimidad del empleo de agentes encubiertos en nuestro país depende de que estos se mantengan dentro del Estado de Derecho, lo que no ocurrirá si existió de parte del agente encubierto una verdadera instigación (Carrio, 1994).

Así pues, el interrogante a develar en el presente trabajo es si con el agente encubierto se puede alcanzar el nivel de eficacia que se pretende en el funcionamiento del sistema penal, sin que medie en el camino un sacrificio intolerable en términos de garantías. Y, de

alcanzar una respuesta afirmativa al interrogante planteado, reformular y/o proponer los casos, pautas y límites de su aplicación. En otras palabras, tomar posición lógica y congruente respecto de si determinada reglamentación resulta idónea para satisfacer los fines que la inspiraron, si presenta una razonable adecuación entre los medios que impone y los fines que persigue y si, en definitiva, resulta el producto legítimo de las atribuciones que la Constitución confiere al Congreso de la Nación, en algún punto también requiere definir qué sentido y capacidades pretendemos otorgar a los poderes públicos.

En este contexto, junto con un objeto reconocible y definido, y la provisión de elementos de juicio para la verificación o refutación de la hipótesis expuesta, la utilidad (como beneficio apreciable para un determinado aspecto del conocimiento) es una de las notas distintivas de la investigación que pretendo desarrollar, encaminada fundamentalmente a comprobar si resulta posible construir una postura pasiva del agente encubierto que se limite, como técnica de investigación excepcional, a coleccionar información sin violar las garantías constitucionales en el proceso penal. Esto es, dirigir la mirada sobre los límites a los poderes públicos, ante un escenario donde el dictado de la ley 27.319 ofrece herramientas que permiten potenciar las capacidades estatales de averiguación de la verdad, en el ejercicio del poder penal. Nuevos instrumentos y también nuevos peligros para la libertad y dignidad de las personas. Con ello, la utilidad política de los viejos y apreciados límites constitucionales frente a la arbitrariedad aparecería renovada; pero exige reflexionar sobre su sentido y valor práctico ante las amenazas posibles, y así evitar que las garantías constitucionales se conviertan en ampulosas pero estériles protecciones, sin beneficio alguno para quienes padecen el abuso del poder estatal.

El desarrollo de la investigación se secciona en tres partes, discurridas en cuatro capítulos:

La **primera parte** (Capítulos I y II) revelará qué es un agente encubierto, y trazará los lineamientos básicos de su implementación, regulados por la ley vigente (27.319), y en su relación con la ley anterior (24.424). En forma breve se describirán las otras figuras que incorpora dicha disposición (agente revelador, informante, la entrega vigilada, y la prórroga de jurisdicción) pues responden a una misma motivación y causa legislativa. Se abordarán sus orígenes históricos y marco conceptual: cómo y por qué surge esta figura, cuál es el fundamento normativo que dio origen a su regulación, y cuáles son las razones de su

existencia y finalidad. Ello, en su articulación con los cambios sociales y culturales que la preceden, conjuntamente con los que el instituto provoca. En este andarivel, se introducirán las características de la criminalidad organizada que la distinguen de la delincuencia común. También en esta sección se analizará al agente encubierto en el procedimiento penal argentino en su relación con los principios de aplicación: de necesidad, de razonabilidad, de proporcionalidad, de legalidad, de especialidad, de subsidiaridad, y de control judicial; a la vez que se lo distinguirá de otras figuras relevantes de la materia (el informante, el denunciante anónimo y el agente secreto).

Ya analizado el cuerpo y la estructura del trabajo de investigación, en la **segunda parte** (Capítulos III y IV) se desarrollará el tratamiento que ha recibido la figura en la jurisprudencia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de algunos tribunales inferiores; y se expondrán las normativas internacionales que refieren sobre el asunto, y que sirvieron de antecedente a este medio especial de investigación en nuestro país. El eje central discurrirá sobre los fundamentos de tales fallos nacionales y determinados sectores de la doctrina, acentuando el conflicto existente entre la eficacia del *ius puniendi* y las garantías y derechos fundamentales del imputado: el derecho a la intimidad, la prohibición de autoincriminación, la inviolabilidad de domicilio y la garantía de la defensa en juicio y debido proceso. Se destacarán los principales problemas o dificultades en la búsqueda de material probatorio cuando se tratan de investigaciones relacionadas con delincuentes organizados que actúan a nivel transnacional, a la luz del principio de ponderación de intereses, analizados en el apartado anterior. De este modo, se examinará el valor de la prueba recogida a través de infiltraciones policiales, en su relación con la regla de exclusión de la prueba ilegal. Como paso previo al examen concreto de esta cuestión, se resaltarán la tensión de fuerzas en el proceso penal, sus funciones, la eficiencia penal y las garantías como vertientes de un proceso penal equilibrado, en su relación con la necesidad imperante del Estado en ejercer un control de cara al aumento de la criminalidad organizada marcada por la gravedad de sus conductas, justificado en la protección de los derechos sociales, como la seguridad ciudadana.

Asimismo, atendiendo a la preocupación que impulsa este trabajo con el ingreso de estos novedosos métodos de investigación dentro del conflicto entre las protecciones que la Constitución otorga al individuo, frente a los órganos represivos del Estado y las potestades

de los funcionarios para el cumplimiento de las leyes penales, se irán proponiendo requisitos obligatorios que deberán ser observados a la hora de autorizar una operación de infiltración. Así, a lo largo de los Capítulos III y IV se irán definiendo los límites esenciales en la utilización del agente encubierto de modo que pueda ajustarse a los parámetros de constitucionalidad inherentes a un Estado de Derecho. Estos límites, tal como se concluirá, tienen como objetivo establecer criterios para que su actuación no atente contra los puntos de equilibrio que van a conformar el proceso penal argentino, en plena armonía con los vectores de eficiencia y garantía.

Marco Metodológico.

La ley 27.319 obtuvo su sanción en diciembre del año pasado, con lo cual no existen todavía casos (al menos no que conformen antecedentes jurisdiccionales) en los que se hubiera utilizado al agente encubierto del modo recientemente legislado. No obstante, la ley anterior del año 1994 (Nro. 24.424) receptaba la misma figura, y aunque su regulación fuera otra, la temática fue abordada por diversos autores y en algunos (bastante pocos) fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales inferiores de la argentina.

Así las cosas, el objeto de estudio se trata de una ley relativamente desconocida, y atendiendo además a que tampoco su antecesora fue muy aplicada por los jueces en sus investigaciones, mediante una investigación jurídica explorativa de las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales se irán identificando conceptos, variables, prioridades y sugiriendo postulados verificables; utilizando paralelamente la interpretación constitucional como herramienta de análisis. También exploraré el tratamiento que el tema ha tenido en el derecho comparado (fundamentalmente en los Estados Unidos de América).

El comienzo del período temporal que comprende la presente labor se situará en el año 1990 que resultó cuando por primera vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de analizar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos en la lucha contra el narcotráfico, en un fallo memorable: “Fiscal c/ Fernández”.

De su lado, uno de los objetivos principales del trabajo se encuentra dirigido a descubrir si dicha disposición legal, tal como se encuentra redactada, podría eventualmente

suponer su inconstitucionalidad. Para decidir cuál será la respuesta adecuada al interrogante lo primero que se debe conocer es qué significa el texto de la norma, es decir, qué casos resuelve. Y a partir de allí, establecer sus rasgos fundamentales e identificar la problemática en su relación con la protección constitucional en el proceso penal.

En este sentido, también daré a conocer las características actuales de la figura y cómo se prevé su aplicación, midiendo los conceptos y variables a las cuales se refiere, con lo cual completaré la labor con un método del tipo descriptivo.

Por último, la intención final del trabajo es lograr un alcance propositivo, es decir, formular propuestas a lo largo de los distintos capítulos, de modo que si se pretendiera una modificación jurídica, se ponderará su impacto en otros ámbitos valorativos (políticos, tradicionales, culturales, e incluso jurídicos) y las precisiones necesarias para enfrentar el razonamiento central de este trabajo en apoyo de la hipótesis que se pretende sostener.

En este orden de ideas, la investigación se inspirará en un arquetipo alternativo, interpretativo y fenomenológico a través del cual se abordará la problemática como fenómeno condicionado, no sólo jurídicamente sino histórico y cultural. Sin perder de vista que la sanción de la legislación como la que aquí se analiza emerge en el marco de una decisión política en la lucha contra el crimen organizado, con el fin de brindar respuesta a una problemática que afecta diferentes ámbitos de la nación y las personas que la habitan (seguridad, economía, política, entre otros), se utilizará principalmente la estrategia metodológica cualitativa.

En un primer abordaje de revisión documental, el trabajo se concentrará en el análisis de la legislación, sentencias y fallos, fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las Cámaras Nacionales que proporcionarán la información para la elaboración de las fundamentaciones que se esgrimirán. Este tipo de fuentes primarias se utilizarán para saber los criterios de los magistrados como una forma de acceder al pensamiento que nuestros tribunales, en especial nuestro más Alto Tribunal, ha dado a los pasajes de nuestra Constitución que atañe al campo del procedimiento penal, que constituye el eje central del trabajo. Ello así pues, dentro de nuestra organización judicial se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la misión de velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Es el intérprete final de nuestra constitución y “*supremo custodio de las garantías individuales*” (CSJN. Fallos 297:338) y

sus “*decisiones son finales e irrevocables*” (CSJN. Fallos 307:1709 y 307:1601). Como fuente secundaria, se emplearán los conceptos desarrollados por destacados juristas y que, naturalmente, han influido en el desarrollo del ordenamiento jurídico. Especialmente, doctrina exhibida en tratados, artículos de revistas y enciclopedias jurídicas pues su exposición ayuda a comprender el alcance de una norma o explicar la razón lógica o moral de una decisión judicial aunque no tenga fuerza vinculante propiamente dicha. Siguiendo este orden, se abordarán las fuentes terciarias como modo de ampliar el conocimiento obtenido de las fuentes secundarias, fundamentalmente manuales que profundicen las posiciones doctrinarias.

En función de ello, se abarcará toda vez que aquella resulta imprescindible en este tipo de estudios exploratorios, descriptivos y orientados a la generación de interpretaciones teóricas. En este sentido, se situará al documento en su contexto, o sea, en el conjunto de las circunstancias en las que el instrumento nació, y que permiten explicar su origen.

El análisis de contenido resulta una técnica de investigación que pretende ser objetiva, sistemática y cuantitativa en el estudio de determinado contenido; y, en la investigación cualitativa, los datos son filtrados por el investigador. El uso de esta metodología colabora en la supresión (o cuanto menos disminución) de las dimensiones subjetivas en el estudio de documentos; y aquí se empleará, principalmente, en el marco de la regulación legal objeto de análisis.

Por último, en el interés por desarrollar el tratamiento que han recibido las garantías constitucionales objeto de análisis en la jurisprudencia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la técnica cualitativa se contrastarán los diferentes casos, en su articulación con la regulación legal.

Capítulo I. Origen, contexto histórico y marco conceptual del agente encubierto.

¿Por qué existe la figura del agente encubierto? ¿Qué cosas o situaciones llevaron a que en diferentes países del mundo, inclusive en la Argentina, se haya aprobado legalmente la utilización de este método de investigación? ¿Qué significa realmente ser un agente encubierto? ¿Cuáles fueron los antecedentes normativos y legislativos que motivaron la sanción de la ley 27.319 que prevé su utilización?

Las respuestas a estos interrogantes se develarán a lo largo del presente capítulo, en el que se descubrirá la relación existente entre el crimen organizado y el origen de la figura del agente encubierto como instrumento investigativo necesario para combatirlo; a la vez que se presentará a la ley argentina que prescribe su aplicación.

1. El Crimen organizado.

Si bien no constituye la meta principal de la presente labor estudiar con profundidad los grupos de delincuentes organizados y capacitados, que actúan con la finalidad específica de, a través de la comisión de múltiples delitos obtener el lucro, resulta importante comprender sus principales características para así adentrarnos en la fundamentación del método de investigación del “agente encubierto”, objeto primordial de este trabajo.

1.1. Evolución y desarrollo como fenómeno criminal.

Para ciertos analistas, la delincuencia organizada es un fenómeno delictivo que ha ido evolucionando en los últimos años, aunque los delitos practicados por grupos de personas que actúan mancomunadamente pertenecen a una parte de la historia no tan reciente. Estos autores reconocen los precedentes del fenómeno delincuencial asociativo más llamativo desde el Siglo XV. A modo de ejemplo, citan las compañías de mercenarios que servían al Rey o a un caballero, los bandoleros, las compañías de condotieros del renacimiento, las hermandades secretas del siglo XVIII, la camorra napolitana que se consolida en el siglo XIX, y hasta la mafia japonesa de los samuráis de la edad media (Zuñiga Rodriguez, 2009).

Para ZAFFARONI, en cambio, “...*el crimen organizado como tentativa de categorización es un fenómeno del siglo XX y poco vale que los autores se pierdan en descubrir sus supuestos precedentes históricos, mismo remotos, incluso en el dominio de una concepción popular.*” (Zaffaroni, 1996, p. 46).

Más allá de tan dispares criterios, lo cierto es que este tipo de delincuencia no ha irrumpido de repente en la historia del crimen, y un sector de especialistas dedicados a la materia entiende que ha evolucionado de forma paralela a la sociedad postindustrial hasta presentarse en los tiempos actuales con notables diferencias respecto de las formas tradicionales de comisión delictiva (Delgado Martín, 2001; Kaiser, 1989; Gomez de Liaño Fonseca Herrero, 2004, entre otros). Entonces, para ellos, el proceso de globalización mundial ha contribuido de forma fundamental para el desarrollo y crecimiento de las actividades practicadas por el crimen organizado, dotándolo de rasgos característicos muy particulares que lo configuran como una extraordinaria amenaza para el Estado y la sociedad. El avance de la ciencia, la tecnología y la expansión del proceso global de la economía, con la consecuente interconexión de los circuitos económico-financieros regionales y mundiales fueron a su vez creando condiciones para el surgimiento de nuevas actividades delictivas, propiciándose la aparición de la llamada delincuencia internacional y la criminalidad organizada (Sánchez, 2001). En otras palabras, el espectacular desarrollo tecnológico, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, por un lado ha facilitado el movimiento de capitales, de bienes y servicios incrementando el comercio internacional; y por el otro, ha acercado y facilitado a los grupos que se dedican al comercio ilícito al movimiento de capitales provenientes del delito, permitiéndoles organizarse más y mejor.

Según esta postura, que es la que parece seguir nuestro país al justificar la sanción de la ley 27.319 (tal como más adelante se abordará), hoy en día, la economía mundial basada en cambios comerciales más fáciles, en la interdependencia económica, en una circulación de capitales con un giro rápido, aliada a un desarrollo sin demasiado control de las nuevas tecnologías informáticas, condujeron a nuestras sociedades a presenciar un crecimiento del mercado financiero mundial, pagando en contrapartida el precio de enormes y diversos conflictos inherentes a este avance, entre ellos, la incontrolable expansión de la delincuencia organizada. De este modo, advierten sobre la intensa relación existente entre este tipo de delitos y el proceso por el cual las economías y mercados, con el desarrollo

de las tecnologías de la comunicación, adquirieron una dimensión mundial, llegando a depender cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los gobiernos.

Se distingue a quienes delinquen en conjunto o en grupos organizados como más peligrosos, en varios aspectos, de aquellos que actúan aisladamente, pues disminuyen la posibilidad de la víctima de defenderse o poder evitar el perjuicio. Además, por los sofisticados medios que utiliza para ejecutar el crimen y debido, también, a su carácter transnacional. Esta clase de victimarios son descriptos, como de gran destreza, que concentran sus esfuerzos y dedicación al éxito de operaciones ilícitas practicadas en clanes organizados en función de estrictos criterios de racionalidad; y desarrollando su actividad ilegal dentro de una sólida estructura donde cada uno de sus miembros se integra desempeñando un determinado rol para el que se encuentran especialmente capacitados, ya sea por sus aptitudes o posibilidades.

Así las cosas, la delincuencia entonces ha pasado de una actividad individual, aislada y sin estructura a una forma de actuación colectiva, marcada por la unión de esfuerzos y la sofisticación, en pos del éxito de los ilícitos que cometen.

1.2. ¿Existe un concepto unívoco de lo que es el crimen organizado?

Para adentrarnos en la comprensión del fenómeno criminológico de la delincuencia organizada es necesario destacar que no puede ofrecerse una definición unívoca que describa al crimen organizado. ROXIN destaca que no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso (Roxin, 1999). Lo cierto es que tampoco ha sido claramente delimitado, ni definido con precisión, sea por la Criminología, sea por el derecho penal (Muñoz Conde, 2002). El concepto de “crimen organizado” empezó a utilizarse en 1920 en los Estados Unidos de América, entre los miembros de la Comisión de Crimen de Chicago, que era una organización cívica creada el año anterior por banqueros y abogados que promovían cambios en el sistema de justicia criminal, con el objetivo de enfrentar mejor el problema del crimen (“www.chicagocrimecommission.org/#history”, 2018).

Así, la llamada “delincuencia organizada” cuenta con características propias que la identifican: se afirma que existe un grupo criminal cuando la organización está integrada

por cierto número mínimo de personas (característica cuantitativa); cuando la actividad delictiva desempeñada reviste cierta complejidad (característica cualitativa); y además se exige que la organización perdure en el tiempo, es decir que sobreviva a sus integrantes, que continúe con su actividad aun cuando quienes la conformaron originariamente hubieren desaparecido (característica temporal). Asimismo, demanda la existencia de una estructura jerárquica del grupo y la profesionalización de los miembros de la organización que haga posible la división de tareas. Algunas teorías asemejan al crimen organizado con una empresa, en tanto la comisión de los delitos se orienta por un cálculo de costo-beneficio que tiene por objeto acumular ganancias que superen los perjuicios que pudieren derivar del descubrimiento de su actuar. Finalmente, otro rasgo característico es su capacidad para generar miedo, de valerse de su estructura profesional y de la violencia para intimidar (Virgolini, 2004).

Para KELLENS, serían cinco las características básicas de una organización criminal o de un grupo de delincuencia organizada: 1) organización jerárquica; 2) leyes y sanciones internas; 3) blanqueo del dinero criminal; 4) intimidación y 5) compra de funcionarios (Kellens, 1989). No todas las teorías requieren la reunión de la totalidad de estos presupuestos para determinar la existencia de una organización criminal. No obstante, las diversas perspectivas con las que ha sido tratada, demuestra que es un fenómeno voluble, complejo, cambiante y por lo tanto, difícil de aprehender en concepciones teóricas y, más aún, en leyes penales (Zuñiga Rodríguez, 2006).

ZAFFARONI parte del supuesto que el concepto tradicional de crimen organizado es en verdad una categoría frustrada, o sea, un rótulo sin utilidad científica, carente de contenido jurídico-penal o criminológico. No obstante, no niega de su existencia: “...de modo alguno se niega la existencia de la mafia, de la camorra, de bandas de criminales, de organizaciones que practican defraudaciones internacionales, que exportan sobrefacturando e importan subfacturando y que se hacen acreedoras de sí mismas en mercados lejanísimos, o decir que no existe la trata de personas ni de sustancias o servicios prohibidos, o que no hay organizaciones de secuestradores. Lo que se defiende es que no hay un concepto que abarque todo eso... y que sirva para algo.” (Zaffaroni, 1996, p. 45).

En síntesis, no es tarea fácil conceptualizar lo que es una organización criminal, basta un vistazo en la gran mayoría de los sistemas penales internacionales para constatar que legisladores y analistas de la materia no han encontrado una solución para explicar la ausencia de unanimidad en la doctrina criminológica y penal para fornecer un concepto de delincuencia organizada, a la vez que se manifiesta llena de relativismos y de contornos imprecisos. Resulta oportuno citar los conceptos formulados por instituciones policiales en la lucha con el crimen organizado, especialmente de los Estados Unidos de América: La INTERPOL (*Internacional Criminal Police Organization*) lo define así: *“el crimen organizado es formado por cualquier grupo que tenga una estructura cooperativa, cuyo principal objetivo sea el lucro de dinero a través de actividades ilegales, siempre subsistiendo por la imposición del temor y la práctica de la corrupción.”* Y, para el FBI (*Federal Bureau of Investigation*) se trata de *“cualquier grupo teniendo algún tipo de estructura formalizada cuyo objetivo primario es la obtención de dinero a través de actividades ilegales. Tales grupos mantienen sus posiciones a través del uso de violencia, corrupción, estafas o extorsiones, y generalmente tienen significativo impacto sobre los locales y provincia del país donde actúan.”*

En otro continente, la EUROPOL (*Servicio Europeo de policía*) ha elaborado el documento “Enfopol 161-REV-3” en el que establece once indicadores para estimar que se está ante un delito definido como crimen organizado: 1) más de dos personas; 2) distribución de tareas entre ellas; 3) permanencia; 4) control interno; 5) sospecha de la comisión de un delito grave; 6) actividad internacional; 7) violencia; 8) uso de estructuras comerciales o de negocios; 9) blanqueo de dinero; 10) presión sobre el poder público; y 11) ánimo de lucro. (“www.europol.europa.es”, 2018) Se considera que como mínimo deben concurrir seis características de las enumeradas, de las cuales son obligatorias tres: más de dos personas, sospecha de la comisión de un delito grave y el ánimo de lucro. El concepto adoptado por el Consejo de la Unión Europea, a partir de la “Decisión Marco 2008/841/JAI”, del 24 de octubre de 2008, comprende al crimen organizado como *“...una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de*

obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico y otro beneficio de orden material.” Dicho documento procura ampliar la colaboración internacional y permitir la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

También, se pueden buscar algunas definiciones en normas internacionales a ejemplo de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como “Convención de Palermo” del año 2000, a través de la cual considera en su Art. 2 inciso a) que: *“Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.”* Por “delito grave” se entiende la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o una pena más grave (Art. 2 inciso b). No obstante, la Convención no exige para definir a una organización criminal una división de tareas entre sus miembros. Así, en el Art. 2 inciso c) establece que *“por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.”* Con la sanción de la ley 25.362 en el año 2002, nuestro país aprobó la citada convención para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Con todo ello, no es difícil suponer que cuanto menores sean los requisitos exigidos por la definición legal, más sencillo será atribuir a un grupo delictivo el carácter de organización criminal, con el serio riesgo de simplificar la tarea de algunos discursos de política criminal tendiente a justificar la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los supuestos integrantes de estos grupos así rotulados.

En conclusión, lo hasta aquí narrado muestra que se trata de una problemática grave que necesita una respuesta estatal adecuada desde la óptica del derecho penal, de la política criminal y fundamentalmente, en lo que concierne a este trabajo, del derecho procesal, pues la definición de tipos delictivos solo resulta de utilidad cuando pueden ser aplicables a los casos para los cuales se diseñaron (Caparros, 1997).

1.3. La Lucha contra el crimen organizado.

Para PALACIO la complejísima trama que exhibe la comisión de ciertos delitos de extrema gravedad y peligrosa repercusión social, a la que no es ajeno el poder económico y político, que caracteriza a las organizaciones que se hallan involucradas en ellos, determina la necesidad de prevenirlos e investigarlos a través de la ejecución de diversas medidas de política criminal que exceden el estricto marco de los dispositivos penales y procesales originarios (Palacio, 2000). En otras palabras, luchar contra la criminalidad organizada demanda una clara identificación del oponente con el fin de escoger las armas adecuadas para neutralizarla. Frente a ello, los ordenamientos contemporáneos del sistema penal se dedican hoy día a la lucha contra la criminalidad organizada y las diversas formas ilegales en las que se manifiesta.

La obligación que en nuestro país habrá de asumir el Estado de Derecho es la de garantizar a través del marco legal y respetando el ordenamiento jurídico, que el modo del orden y convivencia democrático otorgado por la Constitución Nacional, no se vea alterado por organizaciones criminales; pero, y aquí se resalta lo que constituye el objeto primordial de este trabajo, ninguna respuesta política criminal resulta válida si invade el sistema de garantías, aunque trate de solucionar un problema social grave. Para un Estado de Derecho no debe existir razón política alguna que permita superar estos límites.

Tal como se plasmó en el punto anterior, el potencial lesivo de las denominadas organizaciones criminales es proyectado con tal magnitud que motiva decisiones políticas, acuerdos intergubernamentales y planes de acción común a nivel internacional, con el difícil propósito de neutralizar esta amenaza y armonizar métodos de lucha a través de reformas legislativas, de naturaleza administrativa, procesal, penal y policial. Pues no solo pone en riesgo la seguridad ciudadana, sino también la seguridad de la propia clase política por su incidencia en el sistema político (por ejemplo, conductas de corrupción de funcionarios) y en el sistema económico (por ejemplo, desestabilización de los mercados) y social (Choclán Montalvo, 2001). Por esta razón se torna necesaria la búsqueda de políticas públicas e instrumentos jurídicos compatibles con el nivel de estructuración logística de los criminales organizados, de modo a lograr una eficiencia en la persecución penal de control al avance de esta especie de criminalidad.

Tan es así que en los últimos años se ha elevado el número de convenios y normas internacionales que prevén múltiples mecanismos excepcionales tendientes a agilizar las investigaciones sobre la delincuencia organizada, tales como el decomiso de bienes, el aceleramiento en los procesos de extradición, las cláusulas de extraterritorialidad, la conformación de unidades que concentre información financiera y, en general, la implementación de amplios convenios de cooperación (Orsi, 2007).

La “Convención de Palermo” previamente citada (la cual, se recuerda, fue firmada por nuestro país a través de la ley 25.362) prevé que los países suscriptores adopten técnicas especiales de investigación, entre ellas, las operaciones encubiertas, siempre y cuando sean compatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado. El Art. 20 inciso 1. reza:

Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

BUNGE CAMPOS resume a la “*lucha contra el crimen organizado*” como un argumento efectista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas (Bunge Campos, 1999).

Como corolario, resulta evidente entonces que en la actualidad la “*lucha contra el crimen organizado*” ha dado lugar a que cada vez se reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación, a la vez que existe un tipo de discurso que con el objeto de poner el énfasis en la eficiencia, termina avasallando garantías que lógicamente aparecen como obstáculos a la hora de alcanzar la tan anhelada eficacia, tal como se podrá apreciar a lo largo del presente trabajo.

2. La legislación argentina que prevé la figura del agente encubierto.

2.1. La ley 27.319 y sus antecedentes legislativos.

El 5 de abril de 2016 el Honorable Congreso de la Nación recibió el texto elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional para someter a consideración un proyecto de ley tendiente a implementar nuevas estrategias e incorporar nuevas herramientas para prevenir y combatir los delitos de investigación compleja, justificada en la preocupación por *“el auge y la evolución del crimen organizado, y sus crecientes vínculos con el terrorismo internacional.”* (SEC 007, PE – Mensaje Nro. 557). En dicho texto se proyectó un marco normativo que se denominó *“técnicas especiales de investigación”* con el fin de brindarle a las fuerzas policiales y de seguridad, y a la Justicia los instrumentos necesarios para, según se sostuvo, hacerle frente de manera más eficiente y eficaz al *“flagelo de la delincuencia.”* Se pretendía, mediante este método de investigación, obtener información y elementos probatorios con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de un delito, lograr el esclarecimiento de los hechos investigados y prevenir la consumación de delitos de investigación compleja. También se resaltó que para la elaboración del proyecto se había tenido en cuenta la legislación vigente de otros países que regulan la materia como Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Estados Unidos, España, Alemania y Guatemala, entre otros.

En este contexto, se propició la incorporación de las figuras del “arrepentido”, “agente encubierto”, “agente revelador”, “informante” y “entrega vigilada” para los casos de delitos que requiera una investigación compleja (proyecto firmado por Macri, Bullrich y, Peña, 2016). A partir de dicho proyecto, el 4 de noviembre de 2016 la Cámara de Senadores sancionó la ley denominada “Investigación, Prevención y Lucha de los Delitos Complejos. Herramientas. Facultades” conocida como la ley de “Técnicas Especiales de Investigación” (ley Nro. 27.319 publicada en el B.O. del 22/11/2016).

Si bien el proyecto original buscaba sancionar una ley de fondo, complementaria del Código Penal de la Nación, que incorporara nuevas herramientas para delitos de investigación compleja, incluyéndose entre ellas la figura del “arrepentido”, debido a los cambios introducidos durante el debate parlamentario en el Congreso, el proyecto sufrió modificaciones excluyéndose de su texto la figura del “arrepentido”, la que fue luego objeto de sanción legislativa independiente (Ley nro. 27.304, publicada en el B.O. del 2/11/2016). De esta manera, la ley sancionada prevé la posibilidad de utilización de las figuras del

"agente encubierto", "agente revelador", "informante", "entrega vigilada" y "prórroga de jurisdicción" para los llamados delitos complejos especificados en la norma: narcotráfico (ley 23.737); contrabando (Sección XII, título I del Código Aduanero); terrorismo (Art. 41 quinquies del Código Penal); corrupción de menores y su financiación, promoción y explotación de la prostitución, aunque mediare consentimiento de la víctima; producción, financiación, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación, distribución toda representación de un menor dedicado a actividades sexuales explícitas con fines sexuales, y organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores (Arts. 125, 125bis, 126, 127 y 128, respectivamente del Código Penal); secuestros (Arts. 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal); trata de personas (Arts. 145 bis y ter del Código Penal); delitos cometidos por asociaciones ilícitas (Arts. 210 y 210 bis del Código Penal); y delitos contra el orden económico financiero (Libro Segundo, Título XII del Código Penal).

Una buena parte de la discusión durante el debate parlamentario en comisión de ambas Cámaras, discurrió sobre si la materia a legislar debía ser incluida como una ley complementaria del Código Penal, o si en su lugar había que incorporarla al Código Procesal Penal. El interrogante se planteaba, fundamentalmente, porque las figuras contempladas en el proyecto incluían cuestiones que no solamente tienen que ver con un modo de ejercicio de la acción penal. Existen en el proyecto, al decir del senador URTUBEY:

(...) condiciones que tienen que ver con alteraciones de principios de ejercicio de la acción penal, la no obligación de denunciar en el caso de la postergación de la atención, la posibilidad de cometer los delitos llamados “experimentales”, la posibilidad de cometer delitos incluso como agente encubierto. Es decir, hay muchas condiciones que nosotros entendemos que forman parte o deben formar parte de las prescripciones de la parte general del Código Penal (Urtubey, 2016).

Finalmente, se tomó la decisión de introducir las modificaciones como ley complementaria del Código Procesal Penal, aunque para muchos la discusión no fue suficientemente debatida y zanjada para evitar cuestionamientos de carácter constitucional.

DARAY comenta al respecto que así se origina un *"foco grosero, previsible e innecesario de conflictos."* (Daray, 2015, p. 2).

En nuestro derecho ya se venían aplicando con anterioridad algunas de estas figuras como es el caso de la ley Nro. 23.737 (y sus modificatorias, que sancionaba delitos vinculados a la tenencia y tráfico de estupefacientes); de la ley Nro. 11.683 (Procedimiento Tributario Nacional); y de la ley Nro. 25.246 (lavado de activos). En los primeros dos supuestos se autorizaba el uso excepcional de la figura del "agente encubierto" cuando *"las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo"*, y en el primer y último supuesto se permitía el uso del instituto de la "entrega vigilada." Además, en la ley sancionada se incluyen otros artículos en donde se estipulan los requisitos necesarios para que sea procedente la utilización de los institutos previstos (Arts. 1, 4 y 6); se establece qué debe hacerse con la información obtenida (Art. 7); y se expresa cuál y cómo debe ser el papel del agente encubierto y revelador en el proceso (Arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 14). Otra novedad es que el texto de la ley crea una nueva figura penal (no incorporada como artículo en el Código Penal de la Nación), que establece lo siguiente: *"El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto, de un agente revelador o de un informante, será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa equivalente en pesos al valor de seis (6) unidades fijas a ochenta y cinco (85) unidades fijas e inhabilitación absoluta perpetua"*. Se crea además la figura culposa estableciéndose que *"El funcionario o empleado público que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años, multa equivalente en pesos al valor de cuatro (4) unidades fijas a sesenta (60) unidades fijas e inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años"*. Por último, la ley deroga expresamente los artículos que se refieren al agente encubierto, y sus diversas modalidades, de la ley Nro. 23.737.

Así entonces se concluye que la delincuencia organizada y su actividad es el origen de la necesidad de la creación de la infiltración policial junto con otras medidas de carácter extraordinario como lo son la entrega vigilada o los diferentes sistemas de inteligencia que proporcionan información acerca de la amenaza que suponen estas redes internacionales; y

todo ello supone atacar o menoscabar la organización delictiva desde el interior de la misma, dando la posibilidad al Estado de situarse en la misma posición de igual.

2.2. ¿Qué es un agente encubierto?

Algunos autores coinciden que la referencia histórica del “*agente encubierto*” se remonta a la expresión francesa *agent provocateur* vinculada con las actividades de espionaje político surgidas en Francia bajo los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI, a través de las cuales determinados agentes promovían o provocaban disturbios y atentados, con el fin de que se fundamentaran medidas de persecución contra los enemigos del régimen absolutista. En esa época, los agentes de policía francesa inducían a otros a cometer delitos políticos con el objetivo de eliminar aquellos individuos tildados de peligrosos por el gobierno. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época del Cardenal Richelieu y sobre todo, en tiempos de Luis XIV con la organización policial bajo el mando del marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos; y por la otra, la creación de un clima social tenso y violento para justificar la implementación de medidas coercitivas. De este modo, se pasó del espionaje a la provocación. Así, la figura del agente provocador fue ocupada como una forma de control, fundamentalmente de intereses políticos (Montoya, 1998). Estos espiones de la policía francesa con el tiempo se denominaron *mouches o mouchards* (mosca o soplón) e incluían a aquellos sujetos que trabajaban clandestinamente para los inspectores, y a las personas detenidas que a cambio de su libertad prestaban colaboración. Grosso modo los “*mouchards*” conformarían el antecedente más o menos directo del actual agente encubierto.

Aquí en la Argentina, como en otros países de habla hispana, se conoce como “topo” al infiltrado en una organización que trabaja al servicio de otros, ya sea mediante actividades ilegales como el espionaje o la provocación; o mediante un procedimiento legal, como miembro de la policía que previa orden judicial se infiltra en organizaciones criminales. Este último supuesto hace referencia al agente encubierto.

En nuestro derecho interno ya contábamos con la figura del agente encubierto para los delitos vinculados al narcotráfico (ley 24.424). Ahora, con la sanción de la ley 27.319, se amplió su actuación a los delitos definidos como complejos. En el proyecto de ley

(analizado en el punto 2.1 de este capítulo) esta extensión encontró su fundamento en la constante evolución de los delitos de investigación compleja y las conexiones internacionales con que cuentan las organizaciones criminales, lo cual demostraría la insuficiencia de los instrumentos existentes para hacer frente a los delitos de gravedad y complejidad enumerados en la misma disposición legal. Así es que se entendió como necesario adecuar el marco normativo con el objeto de promover y fortalecer la lucha contra el crimen organizado.

La ley 27.319 en su Art. 3 considera como agente encubierto a:

(...) todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial.

Así entonces, la actuación del agente encubierto debe ser siempre ordenada por el juez que lleva adelante una investigación vinculada con los llamados delitos complejos, y este agente debe necesariamente: 1. ser miembro de una fuerza policial; 2. estar capacitado para la tarea específica que se le asigna; 3. prestar conformidad con la tarea que va a cumplir; 4. actuar con su identidad cambiada; 5. infiltrarse en una organización de la que se tenga sospecha sobre su actividad criminal. El objetivo del agente encubierto es: 1. identificar a quienes participen de cualquier modo en la organización sospechosa en la que se infiltra; 2. impedir que dicha organización cometa delitos; y 3. obtener elementos de prueba para la causa.

En lo que hace a la regulación de la figura, la ley establece: 1. que la información que obtenga la debe poner inmediatamente en conocimiento del juez y del representante del Ministerio Público Fiscal, de la forma que resulte más conveniente para evitar la revelación de su identidad (Art. 7); 2. la posibilidad de que sea convocado a juicio sólo cuando su testimonio resulte absolutamente imprescindible, y que en caso de declarar lo haga con reserva de identidad para salvaguardar su integridad física siempre y cuando no sea prueba dirimente para la condena del acusado, y deberá valorarse con especial cautela por el tribunal interviniente (Art. 8); 3. que no es punible si comete un delito en el marco de su

actuación, siempre y cuando no ponga en peligro a terceros (Art. 9); y que 4. cuando peligre su seguridad por haberse revelado su identidad, tiene derecho a elegir entre continuar con su tarea de infiltración o retirarse. En este último caso se deberán adoptar las medidas de protección necesarias, conforme a la legislación aplicable en materia de protección a testigos (Art. 12).

3. Las otras figuras que también incorpora la ley 27.319

3.1. El agente revelador.

La ley 27.319 en su Art. 5 definió al agente revelador como:

(...) todo aquél agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado a fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

Seguidamente se aclaró que el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo que su objeto no es la de infiltrarse en las organizaciones criminales, método específicamente atribuido al agente encubierto. El juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, podrá disponer que agentes de las fuerzas policiales y de seguridad en actividad lleven a cabo las tareas necesarias a fin de revelar alguna de las conductas previstas en la ley, actuando como agentes reveladores. Con tal fin tendrá a su cargo la designación del agente revelador y la instrumentación necesaria para su actuación.

Tal como se destacó en los fundamentos del proyecto remitido al Congreso, corresponde diferenciar de manera rotunda la figura del agente encubierto y del agente revelador con la del agente provocador, herramienta que recibió numerosas críticas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia por resultar su utilización inconciliable con los fundamentales derechos y garantías constitucionales (Ruiz Anton, 1982). Si bien se desarrollará en un apartado especial la figura del agente provocador, resulta pertinente aclarar, a grandes rasgos, que éste último estimula a una persona que en el inicio no tenía

clara intención de delinquir, para que cometa un delito. Es decir, esta figura estaría alentando a los ciudadanos a cometer delitos para luego penarlos por esa conducta provocada por el agente.

Justamente, la ley sostiene que la figura del agente revelador debe ser utilizada para neutralizar y prevenir peligros futuros y no como una herramienta para esclarecer hechos cometidos mediante su actuación, lo que implicaría "crear el delito". Se distingue entonces la situación del que actúa ocultando su calidad de miembro de una fuerza de seguridad a los fines de investigar o prevenir un delito, y la de quien crea la voluntad de cometer un delito con el fin de someter a su autor a la justicia.

Dicho de otro modo, en el caso del agente encubierto, su accionar tiene un límite claro: la imposibilidad de actuar como instigador de un delito; mientras que en el caso del agente revelador, su conducta se limita únicamente a descubrir (mostrar algo que ya ha sido exteriorizado) una conducta ilícita ya consumada o en pleno curso de desarrollo, respecto de la cual el agente es totalmente ajeno. La figura del agente revelador encuentra idéntica regulación a la del agente encubierto, descrita en el punto anterior.

3.2. El informante.

El término "informante" hace referencia a aquella persona que, bajo reserva de identidad, suministra información o elementos (ya sean datos, informes, testimonios o documentación, entre otros) a las fuerzas de seguridad u otros organismos, que sean de utilidad para iniciar o guiar una investigación, y descubrir a los individuos o miembros de una organización dedicada a la comisión de delitos contemplados en la ley (Art. 13 de la ley 27.319). Se trata entonces de alguien que no pertenece a una fuerza de seguridad (no es un agente del estado como sí lo son el agente encubierto y el revelador) y que además no ha participado en el delito respecto del cual aporta datos (en cuyo caso podría encuadrarse su colaboración en la figura del "arrepentido", que como se detalló en párrafos previos encuentra su adecuación en otra ley). Se han hecho distinciones entre el arrepentido y el delator o confidente, identificando al segundo con el informante en tanto aporta datos a la investigación sin haber tomado parte en el delito.

Es importante destacar que desde el año 2009 se encuentra vigente en nuestro país la ley Nro. 26.538, por medio de la cual se crea el "Fondo Permanente de Recompensas",

destinado a abonar una compensación dineraria a aquellas personas que, sin haber intervenido en el delito, brinden datos útiles para lograr la libertad de la víctima, preservar su integridad física, o lograr la aprehensión de quienes hubiesen tomado parte en la comisión de delitos de homicidio (Art. 79 del Código Penal), homicidio agravado (Art. 80 del Código Penal), violación (Art. 119 del Código Penal), violación seguida de muerte (Art. 124 del Código Penal), privación ilegal de la libertad calificada (Art. 142 bis del Código Penal), sustracción de menores (Art. 146 del Código Penal), secuestro extorsivo (Art. 170 del Código Penal), los tipificados en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley N° 23.737 (estupefacientes), robo a entidades bancarias, o en el encubrimiento de cualquiera de éstos (artículo 277 del Código Penal); y en todos aquellos delitos que, por su gravedad o complejidad, justifiquen la recompensa para el suministro de información.

3.3. La entrega vigilada.

La ley define el concepto como la técnica que consiste en postergar la detención de personas o el secuestro de bienes cuando se estime que la ejecución inmediata de dichas medidas pueda comprometer el éxito de la investigación. Además, mediante este instituto puede suspenderse la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita, y permitirse que ésta entre, circule o salga del territorio nacional, sin interferencia de la autoridad competente y bajo su control y vigilancia, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos de convicción necesarios para la investigación (Art. 15 de la ley 27.319).

Es dable destacar que esta figura aparece con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (“Convención de Viena” que entró en vigencia en el año 1980), y se expande con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (“Convención de Palermo”).

3.4. La prórroga de jurisdicción.

Esta figura permite que cuando se encuentre en peligro la vida de la víctima o su integridad psíquica o física, o la demora en el procedimiento pudiere comprometer el éxito de la investigación, el juez y el fiscal de la causa puedan actuar en ajena jurisdicción

territorial. En este caso deberán comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar (Art. 18 de la ley 27.319).

Capítulo II. El agente encubierto en el procedimiento jurídico argentino.

En este capítulo se abordarán los casos en los cuales la ley permite echar mano del agente encubierto en la investigación penal ya que no resulta un método de uso discrecional; y los principios de aplicación estatuidos en la ley 27.319. En este sentido, se abordará quiénes deciden su intervención, y cómo y cuándo pueden hacerlo. De su lado, se conocerá cómo se elige a un agente encubierto, quiénes pueden aspirar a serlo, y se distinguirán las otras figuras que contempla la misma ley.

1. La figura del agente encubierto en la investigación penal.

Con la sanción de la ley 27.319, el legislador ha regulado la intervención del agente encubierto con mayor detalle que la prevista en la derogada ley 24.424 y, mientras que antes su aplicación se ceñía a las investigaciones vinculadas con el narcotráfico, ahora se expandió su implementación a todas aquellas cuyas temáticas aborden los llamados “delitos complejos” especificados en la norma (detallados en el punto 2.1. del capítulo 1).

1.1. Lineamientos de su implementación, y en su relación con la ley anterior.

1.1.1. Facultad del juez.

La nueva ley, al igual que la anterior 24.424, impone al juez la fundamentación de la medida. Sin embargo, cuando antes se exigía que su empleo sólo era posible “*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo*” (Art. 6to. de ley 24.424) ahora también dispone que “*su aplicación deberá regirse por los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad*” (Art. 1ro., segundo párrafo). Si bien se advierte cierta ambigüedad en la fórmula, el presupuesto derivado de la exigencia es que se encuentre abierta una investigación judicial relacionada con la comisión de alguno de los delitos complejos enunciados en la ley. Ello implica que la designación del agente encubierto debe ser efectuada por el juez formalmente (resolución fundada), de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal (Art. 4), en un proceso penal en donde se investiguen este tipo de ilícitos. Entonces, no solo se limita el ámbito de aplicación de la figura, sino que judicializa la misma, evitando un manejo policial del recurso investigativo sin intervención judicial, lo cual sería inadmisibles en orden a las garantías procesales afectadas.

Por último, debe tratarse de una investigación de un hecho o hechos concretos (consumados o, por lo menos, en grado de tentativa) que hayan puesto en funcionamiento el proceso penal y temporalmente anteriores a la investigación estatal (Guariglia, 1999).

En conclusión, estos son los criterios que en sentido estricto deberá fundar el juez en la resolución que disponga la utilización del agente encubierto, en el marco de una investigación penal.

1.1.2. ¿Quién puede ser un agente encubierto?

Uno de los requisitos de la figura es que el agente encubierto pertenezca a las fuerzas de seguridad y estar en actividad. No pueden ser obligados a realizar tal labor y a su vez el legislador mantuvo su protección (como también lo hacía la ley 24.424) con una serie de medidas preservadoras tanto de su persona como de su “*status funcional*” (Edwards, 1996), las cuales estarán a cargo del Ministerio de Seguridad, con control judicial (Art. 4). Se estipula que dichas medidas de protección se adecuen a los alcances previstos en la ley aplicable en materia de protección a testigos (Art. 12, segundo párrafo).

El Art. 4 determina que una vez dispuesta la actuación por el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, su designación y la instrumentación necesaria para su protección estarán a cargo del Ministerio de Seguridad de la Nación, con control judicial. Dicho Ministerio es el organismo que seleccionará, capacitará, designará y protegerá al personal destinado a cumplir tales funciones, procedimiento aprobado mediante la Resolución Nro. 917-E/2017, e incorporado como Anexo 1.

Este Anexo establece la coordinación por parte de las fuerzas policiales y de seguridad federales de una convocatoria de efectivos que voluntariamente deseen acceder a “...la capacitación especializada en materia de técnicas de actuación como agentes encubiertos” y postula que para la procedencia de su inscripción se constatará el perfil “*altamente calificado del postulante*”, la inexistencia de antecedentes penales y la idoneidad psicofísica y funcional conducente acorde a la actividad investigativa a desarrollar.

Cada fuerza deberá confeccionar una lista de carácter confidencial de efectivos idóneos que se hayan postulado, aprobado la capacitación y se encuentren en condiciones de ser designados como agentes encubiertos, para la eventual posterior designación,

conforme a las requisitorias judiciales que se cursaren al Ministerio de Seguridad de la Nación en los términos del Art. 4.

Ahora bien, la disponibilidad de agentes dispuestos a actuar como infiltrados dependerá no solamente de la existencia de una adecuada selección y formación tendiente a la profesionalización de la figura, sino también de los medios logísticos de cobertura que concurren. En este sentido, frente a una actividad tan riesgosa y peligrosa como la del policía infiltrado, una de las cuestiones que han faltado en nuestro ordenamiento jurídico consiste en establecer de un apoyo logístico y humano durante la labor encubierta, bien como de condiciones *post* infiltración con la finalidad de mantener la identidad ficticia del agente y preservar su integridad física o su propia vida y la de sus familiares. Ello hace que el costo de planificación de este tipo de operaciones, por más corta que sea, genere un sinnúmero de gastos financieros y de personal de apoyo, razones que quizás influyeron en que estos lineamientos se encuentren ausentes en los anexos de la ley que se analiza.

Me refiero, por ejemplo, a la intervención necesaria de un protector del infiltrado, función esencial de acompañar muy cerca las actividades con vistas a garantizar que en situaciones de extrema gravedad pueda el agente encubierto tener un contacto directo y urgente con los responsables por la elaboración del plan de infiltración, bien como con la autoridad responsable por la expedición de la resolución para el inicio de la operación. En consecuencia el Estado debe proporcionar los medios adecuados para la creación de un plan de acción, otorgando al agente una infraestructura que le proporcione cobertura, garantizando la seguridad física del agente y de canalizar la información que este vaya consiguiendo con la autoridad judicial que motivó su actuación; todas cuestiones esenciales que sorprendentemente ni siquiera fueron mencionadas en la legislación en cuestión.

1.1.3. El carácter de medio extraordinario de investigación.

Con la exigencia de la concurrencia de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad la ley vigente prescribe, al igual que su antecesora, que el empleo del agente encubierto es de carácter excepcional. Además, el Art. 12, último párrafo, lo establece expresamente al asegurar que su adopción “...debe estar supeditada a un examen de razonabilidad, con criterio restrictivo, en el que el juez deberá evaluar la imposibilidad de utilizar una medida más idónea para esclarecer los hechos que motivan la investigación

o el paradero de los autores, partícipes o encubridores.” De modo similar lo definía la ley 24.424, tal como se señaló previamente.

Así las cosas, el agente encubierto no es parte del rol de las técnicas comunes o tradicionales de descubrimiento de delitos, sino que merece el calificativo de “*medio de control extraordinario*” (Ferrajoli, 1995) al conllevar una alteración de principios constitucionales básicos y un fuerte “ataque” a determinados derechos fundamentales, razones determinantes de que su empleo quede sometido al cumplimiento de estrictos requisitos legales, paliativos de los riesgos para las garantías procesales vigentes en un Estado de Derecho.

Significa entonces que debe existir la búsqueda de una zona de equilibrio entre la necesidad y obligatoriedad de aplicación del *ius puniendi* estatal y la imprescindible tutela y defensa de las garantías fundamentales del individuo. Para ello, se estatuye aplicar el principio de proporcionalidad y sus consecuentes requisitos de ponderación.

1.1.4. Investigación restringida a la delincuencia organizada.

Otra característica del agente encubierto es que su actuación deberá ocurrir únicamente cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, y expresamente enumeradas en la ley (tal como se detalló en el capítulo anterior). Dicho de otro modo, en razón de la fuerte carga de restricción de derechos y garantías fundamentales en que podrá verse envuelta la o las personas investigadas, este recurso excepcional deberá siempre estar relacionado con la práctica de delitos marcadas por su extrema gravedad y por el empleo de sofisticación y violencia.

Lo trascendente aquí es destacar que cuando se conozca o sospeche de la existencia de una actividad propia de la delincuencia organizada el agente encubierto puede, siempre que resulte autorizado por un órgano judicial competente, infiltrarse en su seno en busca de información y elementos de prueba que permitan impedir o sancionar la actividad ilícita y desarticular al grupo con el objetivo, inclusive, de develar su estructura para llegar hasta sus altos mandos. La aplicación de esta medida debe ser entendida de carácter excepcional, no pudiendo aplicarse de manera generalizada a todo grupo de personas que cometa delitos, pues si así fuera se convertiría en una medida de carácter policial propia de los estados autoritarios. Ya que también existen grupos de delincuentes que practican conductas

delictivas de menor gravedad y que pueden ser perseguidos y sancionados con fundamento en la colección de probanzas conseguidas a través del uso de medios tradicionales de investigación criminal, sin necesidad del uso *in extremis* de una operación de infiltración de agentes.

En este punto, corresponde resaltar que violaría el principio de proporcionalidad (tal como se desarrollará seguidamente en un apartado dedicado a este principio) la utilización de este medio de investigación a los fines de buscar pruebas, datos e información respecto a delitos no tan graves, incluso aunque actúen de forma organizada. Como se señaló al comienzo, al tratarse de una técnica policial que pudiera potencialmente presentar una carga de restricción de derechos fundamentales, su utilización deberá ocurrir en situaciones extremas, cuando las otras formas tradicionales de investigación se demostraren ineficaces u obsoletas. Como explica GUARIGLIA, al momento de decidir su intervención, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito (Guariglia, 1998).

2. Los principios de aplicación que rige la ley 27.319.

Además de las características analizadas en los puntos anteriores, en la actuación de esta figura deben aplicarse los principios reguladores del proceso justo, añadido a un rígido control judicial con la finalidad de preservación de las garantías y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos a las personas investigadas. Sabido es que a partir de la última posguerra, y en mérito a las terribles consecuencias que trajo aparejado el conflicto bélico, se abrió paso a nivel mundial a un cambio de paradigma en procura de un marco general del futuro discurso jurídico, que se formalizó el 10 de diciembre de 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde entonces, todo un sistema internacional de garantías para los derechos fundamentales, configura el límite que se intenta imponer a todos aquellos idearios bajo los que se ostenta el control social en cualquier parte del planeta. El raudo crecimiento de esta sistematización tornó necesaria la implementación de ciertos controles jurisdiccionales a nivel internacional, con el propósito de preservar sus pautas elementales, siendo que en el ámbito latinoamericano, la convención sobre la materia es el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1968). De esta manera, los distintos instrumentos

internacionales de derechos humanos que forman parte integrante del bloque de constitucionalidad, contienen expresas referencias al derecho penal y al procesal penal, lo que coadyuva a crear un cuerpo de jurisprudencia internacional que en el orden regional en que se encuentra inmerso nuestro país, tiene como principal protagonista a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional, destacó:

(...) el deber que tienen los Estados de proteger a todas las personas, evitando los delitos, sancionando a los responsables y manteniendo el orden público, particularmente cuando se trata de hechos como los que dieron origen al proceso penal seguido contra el señor Raxcacó Reyes, en la inteligencia de que la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos (“Raxcacó Reyes v. Guatemala”, 2005).

Nuestro país, en el año 1984 a través de la ley 23.054, ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, haciendo lo propio en el año 1986 a través de la ley 23.313 respecto de ciertos pactos internacionales, asumiendo la consecuente responsabilidad a nivel internacional por su observancia. Con la reforma constitucional de 1994, y más allá del principio aceptado en forma unánime en el derecho internacional público que establece que no habrán de admitirse limitaciones de derecho interno para no cumplir con la ley internacional, se consolidó aquella obligación al otorgar, a través del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así las cosas, para estimar lícita una medida que pueda afectar algún derecho fundamental, esta tiene que aprobar el examen de cada uno de los criterios relativos a todos los principios mencionados en la ley, basta que repruebe alguno de ellos para tenerla por desproporcionada y por consiguiente ilegítima.

2.1. Principio de proporcionalidad.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional alemana, puede decirse que la remisión al principio de proporcionalidad implica que el medio previsto tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto, siendo que lo será cuando mediante él pueda lograrse el resultado deseado; y será exigible cuando no se pueda optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara algún derecho fundamental, o que lo hiciera en menor medida (sentencia BverfGE 30, 292).

En otras palabras, este principio se manifiesta como un criterio para establecer los límites a la intervención estatal en la búsqueda de la verdad, equilibrando por un lado los intereses del Estado y por el otro, los derechos de las personas objeto de la investigación. Su aplicación resulta esencial para dotar de armonía al proceso penal y consecuentemente para alcanzar el equilibrio en la tensión de fuerzas entre la eficacia estatal y los derechos y garantías fundamentales del individuo. Como ya se explicó al analizar la utilización exclusiva del agente encubierto en investigaciones vinculantes con los llamados “delitos complejos”, este presupuesto define que no sería adecuado recurrir a esta técnica policial para lograr éxito en la persecución e investigación de algunos delitos sin contenido económico y de menor peligrosidad, como por ejemplo sería el intento de desarticular un grupo de ladrones callejeros que hurtan productos expuestos en las puertas de algunos locales. No sería proporcional la movilización del aparato policial, con entrenamiento específico de agentes y elaboración de un plan de actuación para buscar la detención de estos delincuentes, a la vez que en este caso se deberá echar mano a los medios tradicionales de investigación, sin enfrentar las dificultades con relación a la aceptación de la prueba obtenida a través de empleo de agentes encubiertos. Del mismo modo, no sería proporcional la eventual flexibilización de los derechos y garantías de estas personas afectadas por la medida de infiltración.

Como corolario, el principio de proporcionalidad aplicado a la infiltración policial no solo responde a la idea de limitación de derechos fundamentales sino a las particularidades de este medio de investigación. En este sentido, por ejemplo, el uso del engaño a través de la identidad supuesta lo determina, en cierto modo, como más agresivo con las personas objeto de investigación. Ello resulta causa suficiente para hacer que el principio de proporcionalidad no sólo tenga que estar presente en la adopción de la medida, fundada por

el juez, sino en la actuación del agente encubierto con respecto a los demás integrantes de la organización criminal (Espinosa de los Monteros, 2010).

2.2. Principio de necesidad.

Del principio de proporcionalidad, se desprenden tres “subprincipios”: el de idoneidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto, siendo que la idoneidad exige cierta correspondencia entre el medio utilizado y el fin perseguido, es decir, la medida a adoptarse deberá ser apta para alcanzar el objetivo apetecido; al tiempo que la necesidad requiere que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, y que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de un modo menos gravoso; de su lado la proporcionalidad en sentido estricto impone que el destinatario de la medida no soporte un gravamen o un sacrificio no razonable en relación al interés público que con ella se persigue.

2.3. Principio de razonabilidad.

La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Se ha aplicado el test estricto de razonabilidad como respuesta metodológica de la siguiente forma: cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del Art. 13 de la Constitución Nacional; cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, *prima facie* afecte gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; o cuando se examina una medida que crea un privilegio. No se intenta ponderar ni practicar un cálculo aritmético de beneficios y perjuicios, sino que debe ser puesto en balance, y fundado conforme estos lineamientos.

3. Otros principios básicos de actuación: de legalidad, de especialidad, de subsidiaridad, y de control judicial.

De modo general a través del principio de legalidad, la infiltración debe ser un medio de investigación previsto en la ley. Ello significa que los actos y comportamientos de todos los ciudadanos, e incluso del propio Estado, tienen que estar justificados en una ley previa. El procedimiento para comenzar una operación de infiltración policial debe quedar detallado por el ordenamiento jurídico, evitándose situaciones que no se encuentren previstas y reglamentadas, y por lo tanto, sin previsión legal.

De su lado, el principio de especialidad establece que la intervención del infiltrado debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que puedan autorizarse mecánicamente, de modo genérico, ante cualquier solicitud (Molina Mansilla, 2010). Como su intervención deberá materializarse en investigaciones relacionadas con los llamados delitos complejos, si en el curso de la recolección de probanzas realizadas por el agente encubierto se descubriese que la actividad de los investigados es distinta a aquellas conductas tipificadas en la ley 27.319, su actuación deberá cesar inmediatamente.

Por su parte, el principio de la subsidiariedad, obliga a que este recurso debe ser utilizado únicamente cuando no se pueda obtener la finalidad de investigación de la banda organizada con otro medio que sea menos restrictivo. La subsidiariedad como principio rector de las operaciones encubiertas consiste en la utilización de este procedimiento siempre que se constate la no existencia de otros medios menos invasivos y restrictivos de derechos y garantías. En palabras de GOMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO:

(...) en el recurso de la figura de los agentes encubiertos, atendidas siempre las circunstancias específicas al caso, existen en verdad dos claves para fundamentar la culminación del principio de necesidad: de un lado comprobar si el ordenamiento jurídico proporciona otras formas de investigación igualmente idóneas para luchar eficazmente contra la delincuencia organizada, y de otro, verificar, en su caso, si estos otros medios no suponen una lesión de derechos del mismo calibre (Gómez de Liaño Fonseca Herrero, 2004, p. 1531).

Dicho de otro modo, el órgano de persecución penal no deberá utilizar la técnica de infiltración de una gente encubierto en un entramado organizado de delincuente como

prima ratio; muy por el contrario, siempre como última posibilidad, o sea, en carácter de *última ratio*.

Por último, el principio de control judicial está referido a la autorización, intervención y control judicial de la medida de investigación encubierta. Resulta fundamental el control judicial de la operación encubierta, principalmente por parte de aquélla que ha concedido su autorización en un entorno criminal, a fin de verificar excesos, actos de arbitrariedad y especialmente de situaciones de ausencia de legalidad. La necesidad de control encuentra fundamento en la protección y tutela de los derechos del investigado porque al desconocer ésta la ejecución de la actividad autorizada no puede impugnarla ni auto defenderse de ella.

Para finalizar, corresponde mencionar que en caso de inobservancia de los preceptos señalados, conllevará la prohibición de valoración de la prueba obtenida en razón de la violación a los derechos y garantías fundamentales de los investigados, bien como de los postulados básicos del Estado de Derecho.

4. Distinción de agente encubierto con otras figuras.

4.1. El denunciante anónimo.

Una denuncia penal es el acto mediante el cual, de buena fe y con motivos razonables, una persona pone en conocimiento de la autoridad judicial hechos que podrían constituir delitos. La denuncia puede realizarse personalmente, por representante o mandatario especial, verbalmente o por escrito; y por imperio del Art. 175 del CPPN. el funcionario que la recepta comprobará y hará constar su identidad. Entre los delitos contra la administración pública, nuestro Código Penal contempla en el Art. 245 la falsa denuncia, castigando a quien falsamente denuncie un delito, con el fin de proteger que no se obligue a desplegar el aparato judicial estatal en forma inútil y arbitraria.

Esto último, ha quedado como letra muerta en la actualidad, pues si bien el “denunciante anónimo” no tiene cabida expresa en nuestro ordenamiento ritual, lo cierto es que cualquier comunicación que se realice en este carácter será apreciado como un motor que pone en marcha la investigación. A modo de ejemplo, la cantidad de líneas telefónicas habilitadas por distintos organismos en la prevención y represión de múltiples delitos, que garantizan el anonimato del usuario con el claro objetivo de incentivar a los ciudadanos a que realicen denuncias policiales. DURRIEU define a la denuncia anónima como aquella

noticia, obra o escrito que no lleva el nombre de su autor, por el cual se pretende poner en movimiento la actividad jurisdiccional correspondiente a la existencia de un delito, con miras a la represión de los culpables (Durrieu, 2010). Según vasta jurisprudencia, la llamada telefónica anónima no es denuncia, aunque puede ser considerada un anoticiamiento. Si la autoridad policial investiga, el sumario se habrá iniciado por prevención (CNCas Penal, “Giovazzini, Héctor”, 1995; entre muchos otros).

La clara diferencia entre el denunciante anónimo y el agente encubierto es que este último, además de ser miembro de una fuerza de seguridad, es un sujeto que, al contrario del primero, posee una identidad, aunque sea supuesta; asimismo, su identidad real es conocida por el órgano jurisdiccional y, en cualquier caso, su anonimato se encuentra sujeto a la autorización y al control judicial. Claro está, que en el caso del denunciante anónimo, su identidad resulta desconocida a los mismos investigadores, y a todo el aparato estatal.

4.2. El agente secreto.

El agente secreto es la persona que a servicio de los intereses estatales (servicios de inteligencia) promueve de forma oculta o camuflada a descubrir e investigar hechos que presenten relevancia para la parte interesada. Se trata de un espía, un miembro de los servicios de inteligencia de un determinado Estado, que si bien utiliza la técnica de infiltración para obtener información no tiene vinculación alguna con el procedimiento penal.

Las tareas de los servicios de inteligencia resultan aún más controvertidas que las del agente encubierto, pues para empezar quienes las realizan no pertenecen a un cuerpo de seguridad policial, y sus actividades son llevadas a cabo sin intervención ni control judicial. En pocas palabras, el trabajo de los servicios de inteligencia nada tiene que ver con el proceso penal.

Capítulo III. El agente encubierto y los derechos y garantías en el proceso penal.

En esta sección se caracterizará cómo impacta la utilización del agente encubierto en el campo de las investigaciones penales; y su incidencia en la efectiva vigencia de las garantías de los imputados receptadas en nuestra Constitución Nacional. En pos de ello, se analizará qué consideró y qué cuestiones tuvo en cuenta nuestro más Alto Tribunal la primera vez que se pronunció sobre la utilización del agente encubierto en el marco de una investigación, y las consecuencias que tal decisión trajo aparejada en la doctrina.

1. Tratamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1.1. El fallo más relevante: “Fiscal c/ Fernández” (1990).

En el año 1990, en un fallo memorable (“Fiscal c/ Fernández”, ya citado en la introducción de este trabajo) la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre un hecho en circunstancias ciertamente especiales: el consentimiento que prestó el Cónsul de la República de Bolivia en la Provincia de Mendoza (ciudad homónima), para que un policía que actuaba en forma encubierta realizara una diligencia en el interior de la sede consular.

La situación fue la siguiente: como resultado de un procedimiento policial realizado en el bar de un hotel en la ciudad de Mendoza, se detuvo al ciudadano boliviano Víctor H. Fernández e incautó en su poder la cantidad de 380 gramos de cocaína con fines de comercialización y que procedía de su país. A partir de manifestaciones del detenido, se detuvo también en las proximidades del lugar a Fuhad Chaad, quien tenía en su poder 300 gramos de la misma sustancia. En el marco de la colaboración que prestó a la policía, Fernández manifestó que en una casa de la zona de Godoy Cruz se guardaba el resto de la sustancia traída desde la República de Bolivia: 9 kilogramos más de cocaína. Ante ello, uno de los policías vestido de civil se dirigió, junto con Fernández, hasta el lugar que resultó ser la sede del Consulado de la República de Bolivia y además, residencia permanente del Cónsul. Fernández llamó a la puerta y fue recibido por el mismo Cónsul Ricardo E. Rivas Graña, quien lo invitó a pasar junto con la persona que lo acompañaba, que era el policía que nunca se identificó como tal.

Ante la solicitud de Fernández, el Cónsul les entregó nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno; todo ello a la vista del policía que también estaba en el interior de la finca. Posteriormente, Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público con la falsa excusa de prestar asistencia a su connacional Chad, oportunidad en la cual fue detenido.

La cámara federal actuante revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al imputado Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes por considerar, entre otras cosas, que la diligencia mediante la cual se incautaron los 9 kilogramos de cocaína en sede consular y a la vez, vivienda familiar del cónsul, había afectado la garantía de la inviolabilidad de domicilio. Ello, toda vez que el policía junto con el co-procesado Fernández habían ingresado al domicilio sin orden judicial de allanamiento ni con la concurrencia de razones de urgencia que ameritaran la prescindencia de tal recaudo. A su vez, se consideró viciado el consentimiento que prestó Rivas Graña *“...al hacérsele hecho 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...”* El fiscal de cámara interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

A su tiempo, la Corte se expidió reafirmando lo dicho en los fallos “Romero” y “Ferrer” en cuanto a 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 imputado, y resolvió desechar la reclamada afectación de la garantía, convalidando en un todo la diligencia policial. Para ello tuvo en cuenta que a partir del Art. 31 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares (aprobada por la ley 17.081) se encuentra establecida la inviolabilidad del local consular y por tanto resultaba jurídicamente imposible el libramiento de una orden de allanamiento para dicho ámbito. Según el mismo artículo, la simple visita a ese lugar sí está permitida, siempre que sea consentida por el Jefe de la oficina consular. Además, según nuestro más Alto Tribunal, el policía que ingresó al lugar contó con el consentimiento del cónsul, por lo que descartó la aplicación en el caso de los precedentes en que la cámara actuante apoyó su decisión.

En cuanto a la validez de la manifestación de voluntad del cónsul, se afirmó que no hubo engaño cuando el policía ingresó al lugar. Y que, por otra parte, no hubo en dicho

interior ninguna actividad estrictamente investigativa como pesquisa, registro, inspección o requisa por parte del agente del orden. Respecto de la incautación de la droga se dijo que no fue producto de un ardid o descuido, sino de la libre y voluntaria entrega a su amigo-cómplice. Por último, se tomó a la diligencia como el resultado de la conducta del titular del derecho de exclusión, quien discrecionalmente autorizó el ingreso de una persona desconocida sin averiguar su identidad ni los objetivos de su visita. Como consecuencia de todo ello, la diligencia cumplida no fue un supuesto de allanamiento.

Conviene a esta altura citar textualmente los siguientes párrafos:

Que si bien es verdad que el ingreso del co-procesado 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 practicado 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. (...)

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 CN. Cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación (considerandos 8 y 9).

Seguidamente, en su considerando 10 el Alto Tribunal tuvo en cuenta que existen ciertos delitos, como el tráfico de estupefacientes que se preparan y ejecutan de manera tal

que sólo es posible su descubrimiento cuando: *“los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar.”*

CARRIO señala que nuestra Corte no consideró que se hubiere violado la garantía de la defensa en juicio cuando el Estado atrapa a un sospechoso utilizando a un agente encubierto. Ello, siempre y cuando, el agente se mantenga dentro del Estado de Derecho: o sea, que no sea el mismo Estado el que “crea” el delito en la mente del imputado. Pero si el imputado está *“predispuesto a cometer el delito”* de manera que *“los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado”* (considerando 11), entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal (Carrió, 1994).

Así las cosas, se ha consentido una restricción al derecho de exclusión sobre el ámbito de la intimidad de las personas (Art. 18 y 19 CN.) en favor del deber del Estado de investigar y sancionar delitos, habilitando la posibilidad de obtener como prueba de cargo del delito, aquello de lo que el agente (ocultando su verdadera identidad) fue testigo por la actividad voluntaria de quien era titular de tal derecho. (Llera, 2011).

1.2. Los antecedentes de derecho comparado que siguió el fallo.

Al comienzo del considerando 10, el Alto Tribunal sostuvo 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.”* Coincide la doctrina en que no se conocen casos anteriores donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiera decidido una cuestión de tanta trascendencia. Por primera vez entonces, se aceptó en nuestro país el empleo de agentes encubiertos, en sintonía (conforme se redactó en el fallo) con lo admitido en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho proscriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina, entre los cuales se citó a los Estados Unidos de América (*“Lewis v United States”*) y a la República Federal de Alemania (BGH Gr. S. St. 32, 115, 122: BverfGE 57.250, 284, y la decisión del BGH en NStZ 1982, 40).

CARRIO describe que las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son dos: a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho (considerando 11 que incluye citas de pronunciamientos de la República Federal Alemana); y b) Que el agente encubierto no se

involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente (mismo considerando, que también incluye citas de pronunciamientos de los Estados Unidos de América). Continúa explicando el autor que con este pronunciamiento el Alto Tribunal siguió el criterio de los Estados Unidos de América, por el cual al Estado le está vedado “crear” un delito con el propósito de penar a su autor. Sin embargo, sí permite (siguiendo también en ello a la Corte estadounidense) la situación en la cual el Estado pueda demostrar que el imputado tenía ya una “predisposición” para delinquir (Carrió, 1994).

En cuanto al primer supuesto, los casos más conocidos en ese país y que la Corte argentina citó son “Sorrells v. United States” (1932) y “Sherman v. United States” (1958) en los que funcionarios policiales habían solicitado a los imputados que les vendieran sustancias prohibidas en repetidas ocasiones, convenciéndoles finalmente luego de la negativa inicial de aquéllos. La Corte estadounidense anuló las condenas dictadas, por entender que eran los mismos policías los que habían implantado en la mente de los imputados la idea criminal.

En el caso “Sorrells” se dijo que la evidencia demostraba que el episodio por el cual el imputado fue procesado, fue instigado por el agente policial. Ello así, toda vez que el acusado no tenía disposición previa para delinquir, y fue el policía quien atrajo al acusado a la comisión del hecho por repetidas y persistentes invitaciones en las que logró aprovechar el sentimiento suscitado por reminiscencias de sus experiencias como compañeros de armas en la Guerra Mundial. Así, en la época del período conocido como de “Ley Seca” el agente “injertó” en la mente de una persona inocente la disposición a cometer un supuesto delito (venderle medio galón de whisky) y, por diversas vías, lo indujo a que ejecute la acción, con el fin de poder levantar cargos en su contra y procesarlo por la comisión de dicho delito (violación a la Ley de Prohibición).

En este juicio, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció por primera vez la defensa de *entrapment* (cuya traducción castellana es “entrampamiento” o “trampa ilegal”). HENDLER alude a ella como “delito inducido por la autoridad” (Hendler, 1996, p.111).

La defensa de *entrapment* se reproduce años más tarde en el caso “Sherman v. United States” (1958) a través del cual, por unanimidad, la Corte anuló la condena de un

drogadicto en recuperación de Nueva York, a quien un ex adicto que trabajaba con agentes federales (informante) solicitó repetidamente que le vendiera drogas. El informante del gobierno y Sherman se encontraron en un consultorio donde ambos asistían a fin de recibir tratamiento para curar la adicción a los narcóticos. En ese contexto, el primero le pidió al otro que le ayude a conseguir droga para su propio uso, a lo que Sherman se habría negado reiteradamente pues se estaba esforzando para lograr su recuperación. En posteriores encuentros el informante continuó insistiendo hasta que finalmente Sherman cedió: realizó pequeñas compras de droga y permitió que el informante tuviera la mitad de cada monto al costo más los gastos. Como corolario, la Corte concluyó que el informante claramente indujo a Sherman, y que *"no solo consiguió una fuente de narcóticos sino que también indujo al peticionario a volver al hábito"* y dictó la nulidad de la condena, absolviendo al imputado.

Conforme la jurisprudencia estadounidense, para que la defensa del *entrapment* sea aceptada el acusado debe poder demostrar que el delito se cometió por inducción de los funcionarios del gobierno; y una vez producida dicha prueba el tribunal de primera instancia debe centrarse en la predisposición que tenía el acusado para cometer el delito imputado. En síntesis, es deber de la corte determinar si el acusado es una persona inocente a quien el gobierno está tratando de castigar por un presunto delito que es el producto de la actividad creadora de sus propios funcionarios.

Más luego, en los casos “Russel v. United States” (1973) y “Hampton v. United States” (1976) la Corte estadounidense sostuvo que la actividad del agente provocador es lícita si existe una “predisposición previa a delinquir.” Ambos precedentes fueron también citados por la Corte en el fallo que se analiza (Considerando 11). Sobre el punto, CARRIO menciona que la excepción a los principios de “Sorrells” y “Sherman” fue objeto de fuertes críticas por inferirse que abría la puerta a examinar toda la vida pasada del imputado a fin de testear su *“predisposición a delinquir.”* (Carrió, 1994, p. 81).

En relación con este tema, un caso posterior decidido en los Estados Unidos de América resulta de sumo interés. En “Jacobson v. United States” (1992) agentes federales pusieron en marcha un plan que consistía en enviarle a Jacobson, durante un período aproximado de dos años, diferentes panfletos de supuestas organizaciones defensoras de la libertad de expresión, con el objeto de persuadirlo de que adquiriera por correo postal,

material pornográfico infantil. El imputado terminó haciendo un pedido, y a su arribo la policía lo detuvo en su domicilio. Dentro de su finca no se secuestró ningún otro material pornográfico más que el enviado por los agentes gubernamentales. La Corte estadounidense revocó la condena, entendiendo que la predisposición del imputado a delinquir, como forma de responsabilizarlo por un delito provocado por el mismo Gobierno, debe estar presente al momento en que sus agentes toman contacto con él, y no en tiempo posterior. Además dijo que en este caso la acusación no había demostrado que la supuesta predisposición tuviese un origen independiente, y distinto de los esfuerzos que el propio Gobierno venía dirigiendo hacia el imputado. En efecto, para el momento en el que Jacobson finalmente efectuó su pedido de material pornográfico, había sido objeto de 16 meses de reiteradas comunicaciones por parte de los agentes gubernamentales y de organización ficticias. Por lo tanto, continuó la Corte, si bien él estaba predispuesto a violar la ley para mayo de 1987, no se probó que esta predisposición fuera independiente y no el producto de la atención que el Gobierno dirigió sobre el imputado desde enero de 1985.

Tal como fue explicado en el caso “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. En este orden de ideas, CARRIO distingue el nivel de honestidad exigible al ciudadano común y al funcionario que maneja los intereses y fortunas de la comunidad. Ejemplifica el autor que de éste último se espera que si alguien le propone algo ilícito, lo saque de su oficina a los empujones, sin embargo no le parece bien exigirle igual al ciudadano medio que ve una billetera tirada en la calle (Carrío, 1994).

Por otra parte, al sustentar la postura que convalida el comportamiento del agente encubierto cuando se mantiene dentro de los límites del Estado de Derecho, nuestro más Alto Tribunal trajo a colación pronunciamientos de la República Federal Alemana (considerando 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 tentado a personas inocentes a cometer esas violaciones (...).

En el ámbito germano la institución en trato fue introducida en su regulación legislativa en el año 1992, a través de la “Ley para el Combate del Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Otra Forma de Aparición de la Criminalidad Organizada.” La legislación alemana define al agente encubierto como aquel miembro del servicio policial que indaga bajo una identidad alterada, otorgada por un período limitado de tiempo. Esta definición excluye a los miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión y también a los informantes.

Cuando GUARIGLIA analiza la regulación del agente encubierto en la ley procesal alemana (StPO) describe como uno de los presupuestos necesarios para su intervención, la existencia de sospecha de un comienzo de ejecución del delito. De allí que no resulte posible la intervención en el campo previo a dicha sospecha (Art. 110a del StPO). La introducción de un agente encubierto mediante la vulneración de los presupuesto establecidos en el Art. 110a conduce a una “prohibición de valoración” de los conocimientos adquiridos por su actividad. Ello supone, al menos, la existencia (o la sospecha) de un comienzo de ejecución. En el caso del *agent provocateur* el delito, antes de su intervención, no existe en el mundo: es él, como inductor, el que lo “crea.” A diferencia de nuestro país, la ley procesal alemana permite la actuación encubierta en otras formas de aparición de la criminalidad organizada, lo que implica un ámbito de aplicación significativamente mayor al de nuestro país (Guariglia, 1999).

Los criterios expuestos son los que siguió la Corte en el fallo “Fiscal c/. Fernandez” al legitimar por primera vez en nuestro país el empleo de agentes encubiertos, siempre y cuando se mantengan dentro del Estado de Derecho, lo que no ocurrirá si en un caso concreto existe de parte del agente una verdadera instigación.

1.3. Las consecuencias del fallo.

La doctrina señala que el caso “Fiscal c/. Fernández” dejó abiertos varios interrogantes: ¿Qué es básicamente “*obrar dentro del Estado de Derecho*” como requisito

para afirmar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos? ¿Cuándo diremos que una persona estaba o no “*predispuesta a delinquir*”? ¿A partir de qué momento debe existir esa predisposición? (Sandro, 1992).

Sobre el punto, Carrió se pregunta si de acuerdo a los principios constitucionales que nos rigen, deseamos vivir en una sociedad donde el Estado esté habilitado cada tanto a “*testear*” nuestra honestidad. Y afirma que esto requiere ya una valoración constitucional, previa y jerárquicamente superior a tipificaciones de si una conducta es o no, técnicamente, una instigación. ¿Puede el Estado desparramar billeteras por la calle para ver qué ciudadanos se tientan y las toman, y así poder penarlos por el delito de hurto impropio del Art. 175, inciso 1ro. del Código Penal? (Carrió, 1994).

Sin embargo, el autor fue más allá al pronosticar con notable acierto que: “*Es posible que sobre la base de estas afirmaciones* (en referencia a que cuando la Corte argentina convalidó la figura del agente encubierto ponderó la dificultad de persecución de los delitos como el tráfico de estupefacientes por otros medios), *futuros pronunciamientos reserven el empleo de agentes encubiertos sólo para esta clase de delitos, descartando esta técnica de investigación para casos con connotaciones más simples.*” Predicción que se cumplió en el año 2016 con la promulgación de la ley 27.319 la cual, como se describió, prescribió su aplicación estricta en los casos de los llamados delitos complejos (Carrió, 1994, p. 85).

2. Los límites de un Estado de Derecho.

Como toda actividad que puede generar restricción o flexibilización de derechos y garantías fundamentales, la actuación del agente encubierto deberá ser marcada por límites. Uno de los más importantes obedece al criterio de la *ultima ratio*, el cual impone el empleo del medio extraordinario del agente encubierto como último recurso a ser empleado después de agotadas todas las otras formas de investigación ya utilizadas por las autoridades de persecución penal. Significa que el agotamiento de todas las posibilidades de investigación a través de los medios tradicionales es un imperativo que tiene que ser impuesto con todo rigor, y dejar para un ulterior momento la utilización de esta técnica policial, que sólo debe autorizarse cuando no exista posibilidad de aplicar otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado. El Estado debe apreciar y

valorar si el *quantum* de violencia de estos derechos y garantías se relaciona con la necesaria eficacia en su actuación.

Así, nuestra legislación dispone de forma clara y precisa que la designación del agente deberá estar supeditada a un examen de razonabilidad, con criterio restrictivo, en el que el juez deberá evaluar la imposibilidad de utilizar una medida más idónea (Art. 12, último párrafo).

2.1. El tiempo de duración de la operación encubierta.

Preocupa seriamente que la ley argentina actual admita un tiempo de duración indefinido, abierto y sin control para esta medida investigativa de carácter excepcional, ya que habilitar una duración excesiva de la diligencia puede llegar a ser desproporcionado en relación con los fines que a través de ella se pretende alcanzar. Esto es, el factor temporal debe ser valorado a partir de la aplicación del principio de la proporcionalidad y su propia finalidad (el recolectar material probatorio), en su articulación con la gravedad de los actos cometidos por parte del grupo criminal que está siendo objeto de investigación. Sin contar que este tipo de imprecisiones incrementa el peligro para el infiltrado, ya que cuanto más tiempo permanezca dentro de la organización criminal mayor será el riesgo de ser descubierto por los miembros del grupo de delincuentes.

Toda investigación que pueda restringir derechos del ciudadano debe contener plazos o limitaciones temporales para su ejercicio o al menos quedar bajo un rígido control jurisdiccional basado en el criterio de proporcionalidad y razonabilidad adecuados al caso concreto, ya que de lo contrario se estarían aumentando en gran escala las posibilidades de violaciones innecesarias del debido proceso. En cualquier caso podrán justificarse las prórrogas de tiempo de las infiltraciones por sucesivos períodos, tomando en consideración la afectación que la actuación policial en concreto supone para el conjunto de derechos y garantías procesales de los involucrados. Entonces, *a priori* podrá ser justificada esta ampliación en razón de que el infiltrado no haya conseguido dentro del lapso temporal previsto poner en práctica toda su labor, necesitando de más tiempo para obtener las informaciones imprescindibles para el éxito de la operación. Por ejemplo, si el plan está consiguiendo ser fructífero, existirá la necesidad de instar un nuevo plazo para el cumplimiento de las finalidades básicas buscadas a través de la permanencia del agente

estatal en el seno del grupo criminal. Así las cosas, el juez habrá de valorar y motivar la decisión de extender el plazo, o acordará la extinción de la medida, sin prórroga alguna, cuando la diligencia haya satisfecho las pretensiones investigadoras.

Pero de ninguna manera, en aras de un proceso penal que respeta los derechos y garantías de los ciudadanos, considero viable o permisible aceptar una duración sin límite en esta medida judicial. Oportuno resulta repasar a PASTOR, cuando analiza la duración razonable del proceso, y sus conclusiones bien pueden ser trasladadas a esta discusión. El autor afirma que el proceso en sí es un acto de coerción o bien un conjunto de actos cuya realización es asegurada por medidas de coerción que siempre intervienen en los derechos fundamentales de las personas, entonces su duración misma debe estar establecida por la ley con precisión (Pastor, 2002).

En síntesis, cada operación de infiltración analizada por la autoridad judicial tomará el rumbo propio del caso concreto que se esté analizando, con la adopción de medidas necesarias al logro de sus fines. Así, la prórroga de la ejecución de la técnica de investigación de agente encubierto podrá ocurrir desde que se encuentre autorizada en consonancia con los postulados del principio de proporcionalidad y con expresa previsión legal.

2.2. El engaño del agente encubierto.

La discusión en este punto no se centra ya en el carácter secreto que impone el Estado cuando en una investigación se utilizan este tipo de agentes policiales (por ejemplo, el mantener en secreto su identidad aún a las partes en el marco de un expediente judicial), sino que constituye la utilización directa del engaño frente a los ciudadanos. O sea, si legitimar el uso del engaño para inmiscuirse en la privacidad e intimidad personal supondría un menoscabo de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad del investigado y especialmente cuando se produce la entrada del infiltrado en su domicilio con su consentimiento “viciado” por el engaño.

Por ejemplo, en lo que hace al modo o las exigencias para convalidar el consentimiento de quien permitió la entrada de un policía a su finca sin orden de allanamiento, tiene dicho la Corte en "Fiorentino" (1985), "Cichero" (1985) y "Hansen" (1986) que la aprobación en forma tácita o la mera ausencia de reparos, no se comporta

como una legítima autorización para el ingreso. Que, por lo tanto, debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada en vivienda ajena de los representantes de la autoridad pública, no debe mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento. En "Rayford" (1986) la Corte directamente estableció que para que la ausencia de objeciones a una inspección domiciliaria pueda ser entendida como un consentimiento, tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización. En suma, el consentimiento del titular del inmueble podría llegar a justificar su registro, siempre que sea brindado en forma expresa, voluntaria, libre y en una oportunidad anterior a la realización misma de la inspección.

Ahora bien, si el titular del inmueble cuando autoriza el ingreso lo hace respecto de una persona que lo engaña sobre quién realmente es: ¿Podría concluirse que dicho ingreso fue consentido? El agente encubierto al ocultar su identidad policial engaña. ¿Puede un Estado de Derecho engañar?

En el caso "Fiscal v. Fernandez" (1990) la Cámara Federal actuante, con apoyo en precedentes que serán analizados en el capítulo que trata sobre la inviolabilidad del domicilio, entendió que correspondía invalidar el procedimiento cumplido en el Consulado de Bolivia, entre otras razones, pues el consentimiento que el Cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado ya que se le había ocultado tanto que su amigo Fernández ya estaba detenido, como que quien lo acompañaba era en realidad un policía, que nunca se identificó como tal.

Ahora bien, en cuanto a la validez de la manifestación de voluntad del cónsul, la Corte afirmó (insólitamente para muchos autores) que no hubo engaño para procurar el ingreso del policía en el lugar. A mi entender, negar el engaño que comete el agente encubierto durante su actuación significa desconocer la finalidad misma de la figura, ya que al utilizar este recurso de investigación excepcional se está avalando que el Estado mienta, pues se considera que sólo a través del disimulo se podrán coleccionar elementos de prueba en el marco de una investigación de delitos complejos, que a través de los medios tradicionales no se lograrían obtener.

2.3. El Agente provocador. Delito Experimental.

Se ha planteado con insistencia la necesidad de distinguir al agente encubierto del *agent provocateur* (agente provocador) de la doctrina francesa y alemana. Resulta oportuno citar la sencilla definición de CREUS para definir a este último: “*Quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo.*” (Creus, 1992, p. 425). En este sentido, el ámbito de actividad del agente encubierto puede dar lugar a confusiones con el provocador, siendo este ámbito *per se* extraordinario: el agente encubierto cuenta con una autorización genérica de la que carecen el resto de los agentes estatales, y a la vez cuenta en su accionar con condiciones menos rigurosas que el resto de los ciudadanos. Una forma de limitarlo es, precisamente, negar enfáticamente la posibilidad de que el agente encubierto actúe como agente provocador (Nueva Doctrina Penal, 1996).

Surge de la propia ley (Art. 3) que el ámbito de actividades del agente encubierto se orienta a conseguir información o elementos de prueba sobre las actividades de “*organizaciones criminales o asociaciones delictivas*” donde se infiltra, o identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, o de impedir la consumación del delito. Nada dice la ley respecto a la provocación a cometerlos. Justamente, las diferencias que existen entre el “agente encubierto” y el “agente provocador” son que, mientras el primero se aprovecha de una oportunidad favorable para involucrarse en el ámbito íntimo del sospechado y de esa manera investigar y prevenir un delito que no podría haber sido interceptado de otra forma; el segundo actúa instigando, generando en el autor la propia voluntad delictiva (dolo), determinándolo a realizar la conducta con el fin ulterior de someterlo a un proceso judicial. Esto último, en clara vulneración a las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional, tal como ha quedado claramente definido en el punto 1.2. del presente capítulo cuando se describió la defensa del *entrapment* acogida en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

Ahora bien, en lo que atañe a la jurisprudencia argentina hubo una interesante sentencia a través de la cual la Cámara del Crimen actuante declaró nulo todo lo actuado en el marco de una causa en la que la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal Argentina utilizó un agente encubierto para detectar irregularidades en el otorgamiento de libretas sanitarias (“Ibarra, M. Á. s/planteo de nulidad”, 2011). Los autos

llegaron a la Alzada por recurso de apelación de la defensa que postuló la nulidad del procedimiento llevado a cabo por la autoridad peventora, en manifiesto exceso del marco de su competencia. La investigación se había iniciado a raíz de una noticia anónima que daba cuenta sobre la participación de miembros policiales en la expedición irregular de libretas sanitarias en un hospital público. Con motivo de ello, en el mes de julio de 2010 una agente de la Policía Federal Argentina se presentó en el hospital, siguiendo las directivas de la Superintendencia, y constató que los policías que prestaban servicios adicionales en el lugar, participaban en la confección de libretas sanitarias apócrifas. Entrevistados por la "agente encubierta" acerca del trámite para obtener una libreta, los uniformados manifestaron que existía una "manera difícil" y una "manera fácil", y esta última consistía en presentarse en el nosocomio por la mañana, previo contacto con cualquiera de ellos que conocían a una médica que hacía el trámite en solo 20 minutos y sin necesidad de presentar los estudios médicos de rigor. El valor del "trámite fácil", gestionado por el personal policial de servicio en el hospital, era de 120 pesos argentinos.

Para empezar, la agente encubierta interviniente desarrolló la tarea de inteligencia sin orden previa de la Jueza de Instrucción a cargo del sumario, lo que tornaba ilegal el procedimiento. Y aún más, el ilícito investigado en la causa no es de los que habilitaba la excepcional figura del agente infiltrado. Subrayó la Sala que es doctrina del Tribunal que la actuación de un agente encubierto (en los tiempos en que se encontraba vigente la ley 24.424) reclamaba los siguientes recaudos 1. la existencia de una investigación vinculada al tráfico de estupefacientes; 2. el dictado de una decisión judicial fundada; y 3. que la investigación no pueda alcanzar sus fines por otro mecanismo. Tal como se advierte, la policía excedió el marco de la tarea que le había encomendado la Superintendencia de Asuntos Internos de la PFA, en tanto procedió por iniciativa propia a entrevistarse con los imputados, incitándolos a cometer un delito, por lo que su accionar se enmarca en las características de un "agente provocador", ya que generó una situación ficticia tendiente a comprobar la existencia de un ilícito. En este sentido, influyó de manera determinante sobre el ánimo de los encartados conduciéndolos a actuar antijurídicamente, específicamente lesionando el principio de auto-incriminación.

Como se viene señalando, el empleo de agentes encubiertos requiere que su comportamiento 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 a cometerlos ("Fiscal c/ Fernández", 1990). De tal modo, cabe distinguir los casos en los que 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, tal como se destacó, en el derecho americano se conoce como defensa de *entrapment* ("Woo Wai v. United States"). 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..."*. (Anton, 1982, p. 45)

En el caso traído a estudio, el agente policial no se quedó con la mera situación expectante y pasiva que supone una "tarea de inteligencia" en la cual, generalmente, se documenta y describe cierta maniobra delictiva sin participar en ella. Por el contrario, el policía disimuló su condición y como un cliente cualquiera interrogó a los imputados sobre el delito que estarían cometiendo; esto es, la comercialización de libretas sanitarias fraudulentas. La policía tuvo una actitud creadora del delito que motivó las actuaciones. El ocultamiento de la identidad policial y la incitación del agente tuvieron por objeto generar la conducta prohibida por la ley. De esta forma, nos encontramos ante la existencia del denominado delito experimental inducido por la intervención de un agente provocador (CNApel. "Levy, Gustavo R", 2007).

En la teoría del delito se llama "delito experimental" a aquel cuya génesis se encuentra en la intervención de un agente provocador, en clara violación a la garantía de no declarar contra sí mismo (Art. 18 de la Constitución Nacional). El policía esconde su identidad e instiga a cometer un delito con el fin de responsabilizar al autor. El delito experimental 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 (Froment, 1996). Se sostuvo en el fallo que se comenta que ello *"torna írrito el procedimiento realizado y la prueba que de él se derivó"*, en consecuencia se declaró nulo todo lo actuado en la causa. *"Más cuando, como sucede en el caso, nos encontramos frente a una investigación penal cuya hipótesis delictiva encuentra sustento, exclusivamente en ella"* y al no existir otro cauce independiente que permita evitar la exclusión de la prueba obtenida en forma ilegítima, se debe adoptar un temperamento de tipo liberatorio respecto del imputado, esto es disponer su sobreseimiento (C.S.J.N.: "Charles Hnos.", 1891; "Rayford", 1986; "Montenegro", 1982; Ruiz, 1988; "Francomano", 1988; "Daray", 1995 "Baldivieso", 2010).

De otra parte, el agente provocador, cuya actuación produce lo que en doctrina se conoce como delito experimental, incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de detenerlo y darlo a la justicia, cuando ya hubiese entrado en la zona de lo punible (Zaffaroni, 2002). RUIZ ANTON lo define como aquel que obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio innecesario para conseguir la reacción en el sentido deseado. Explica el autor que cuando el agente 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 (Ruíz Anton, 1982).

2.4. La responsabilidad del agente encubierto en la comisión de delitos durante su actuación.

Uno de los puntos fundamentales a la hora de analizar el instituto del agente encubierto es comprender, preliminarmente, su fundamentación. Es así que surge la cuestión de la tan reñida "política criminal" para tratar de explicarlo, más se trata de desentrañar qué política criminal ha instrumentado el legislador con el ingreso del agente encubierto en el sistema penal argentino. Sin duda, se ha privilegiado la eficacia en la lucha contra los delitos vinculados a estupefacientes (en el año 1994 con la sanción de la ley 24.424) y contra los llamados delitos complejos (en el año 2016, a partir de la sanción de la ley 27.319). Sin embargo, la pregunta es si esa eficacia implica, a su vez, autorizar a los propios agentes del Estado a cometer delitos en pos de ella.

Es así que, dentro de los requisitos dogmáticos, quizás el aspecto más conflictivo de su regulación no sea solo la línea delgada que separa al agente encubierto del provocador, sino también su impunidad en caso de cometer delitos, como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada *“siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.”* (Art. 9, ley 27.319). Se trata claramente de una excusa absolutoria, al brindarle la posibilidad de cometer cualquier delito, aunque con la limitación de que no afecte a terceros del modo descripto. Nos encontramos en presencia de una causa de justificación de lo que sería el cumplimiento de un deber, o de un estado de necesidad justificante o un supuesto de obediencia debida. De considerar a dicho cumplimiento como causa de justificación podría, siguiendo el conocido esquema de ZAFFARONI en cuanto a la tipicidad conglobante, tratarse de una causa de atipicidad (Zaffaroni, 1988). Para ZYSMAN se trataría de una actuación *“atípica o a lo sumo justificada”* (Zysman, 1997, p. 2).

Por su parte, la ley 24.424 en su Art. 6to. también autorizaba que los agentes encubiertos pudieran “participar” en alguno o algunos de los hechos previstos en la ley de drogas (23.737) o en el Art. 866 del Código Aduanero. A entender de GUARIGLIA, el legislador argentino se había apartado de su precedente alemán donde no se admite la comisión de delitos por parte del agente encubierto (Guariglia, 1999). La restante hipótesis se encontraba contemplada en el Art. 31 Ter., primer párrafo, de la ley 23.737 (incorporado por el Art. 7 de la ley 24.424): *“No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.”* GUARIGLIA afirma que se ha legislado una excusa absolutoria amplísima, con un límite tan difuso que pierde su función limitante. Serán los Tribunales quienes se encargarán de especificar cuándo se estuvo ante un “peligro cierto” de la vida o integridad física de una persona o un grave sufrimiento físico o moral a otro. La “dudosa” política criminal antes mencionada consistiría, según este punto de vista, en la carencia de fundamento alguno que justifique la hipótesis prevista por el legislador (Guariglia, 1999).

Cualquiera que sea el encuadramiento, el actuar del agente encubierto, según este temperamento, sería lícito. Anteriormente podían surgir dificultades con la expresión legal "participar" del Art. 6to. de la ley 24.424, lo que daría a pensar que el agente encubierto puede ser partícipe criminal de los delitos allí previstos. Esta concepción para algunos autores resultaba resbaladiza, desde el momento en que el agente encubierto, de ser partícipe criminal, no podría ampararse en una causa de justificación que torne el hecho lícito respecto de él y a la vez ilícito con relación al resto de los partícipes. Como dice claramente RIVACOBA y RIVACOBA: *"En un acto justificado se encuentran exentos de toda responsabilidad cuantos a cualquier título concurran a su producción, es decir, no sólo sus autores, sino igualmente los partícipes (instigadores y cómplices)"* (Rivacoba y Rivacoba, 1996, p. 52). En el mismo sentido, ZAFFARONI sostiene: *"No será punible nunca la participación en una conducta justificada, sin perjuicio de que eventualmente pueda configurar una autoría"* (Zaffaroni, 1988, T. IV, p. 369). Para evitar tal sinsentido, debía interpretarse el término legal "participen" como "tomar parte", sin hacer referencia alguna a cualquier categoría de la participación criminal. Nótese que aquí, la ley se refería a "hechos" y no a delitos.

De su lado, la nueva disposición legal instituye que si un agente encubierto se encuentra imputado en un proceso deberá, confidencialmente, hacer saber su carácter al juez interviniente, y si el caso correspondiere a las previsiones del Art. 9 (citado previamente), el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado (Art. 10). Esta situación estaría haciendo referencia cuando la imputación del agente encubierto surgiera en el marco de una investigación distinta a la que se dispuso su actuación; de ahí la necesidad de comunicar su carácter de oficial infiltrado designado. Será entonces este juez, y no quien ordenó su intervención, quien resolverá si su accionar se encuentra amparado o no por las previsiones del citado artículo; esto es, si resulta punible o no.

En otras palabras, los agentes encubiertos pueden participar en acciones delictivas, pero de conformidad con lo analizado en el punto anterior, no pueden provocarlas. Adviértase que el límite que separa un permiso (cometer delito) y una prohibición (no provocar) aparece como imperceptible: ¿Cuándo un agente encubierto co-ejecuta el ilícito, acaso también no estaría incitando el crimen?

No es difícil notar que desde la creación de la figura del agente encubierto no ha conseguido en nuestro país los objetivos buscados. Su intervención, en la mayoría de las veces, termina generando más dudas que certezas. Es que como bien señala GUARIGLIA, el agente encubierto se vuelve provocador (Guariglia, 1998). Resulta muy difícil que quien se introduce clandestinamente en una organización criminal, no se vea arrastrado a inducir al otro a la comisión de un delito, mas no sea para que la misión encomendada no termine brindando los frutos perseguidos. Por eso es que algunos analistas como TENCA proponen que la figura sea desterrada de nuestro derecho, en la absoluta convicción que el Estado de Derecho no debe valerse de estas metodologías para investigar ningún delito (Tenca, 2010).

No comparto tan drástica decisión; sin embargo, tampoco habilitaría a los agentes encubiertos a cometer delitos, más bien ajustaría su actuación al rol del testigo, sin participación alguna en los hechos delictivos que ejecute la organización observada. Reconozco la dificultad de esta limitación, y en muchos aspectos dependerá de la destreza del policía en su actuación, empero sólo de este modo concibo el ejercicio de su función. Es que ante la embestida del delito en general, o de ciertos delitos en particular, se discute el rol que le cabe al Estado en la investigación de los mismos. Generalmente, en esas discusiones aparece la dicotomía entre “mano dura” y “mano blanda” o garantistas y no garantistas. No acompaño ninguna inclinación radical pues el Estado tan solo debe limitarse a la aplicación de la ley, con el peso que la misma conlleva, pero con el respeto de los derechos que la misma implica. Así las cosas, me inclino a sostener que cuando el Estado utiliza este tipo de recursos, debe ser un mero espectador hasta que el delito haya sido cometido, y continuar de igual modo luego del comienzo de su ejecución.

3. El agente encubierto y los derechos y garantías del imputado.

3.1. Derecho a la intimidad.

Conforme a la legislación que se analiza, el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. El fallo analizado (“Fiscal c/. Fernandez”) zanjó la discusión para las investigaciones de ciertos delitos de gravedad que se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados, como sucede con el tráfico de estupefacientes. Se reconoció 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, la interpretación derivada de tal decisión es que las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permiten aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos.

Si bien así, lo cierto es que la amenaza a la intimidad proviene de ciertos atropellos del poder público: el ingreso de fuerzas estatales al interior del hogar, la ocupación de este espacio y su registro indiscriminado (sobre lo que me explayaré en el siguiente punto); el ataque abusivo a la seguridad personal dentro de este ámbito exclusivo del individuo; la incautación de papeles y otros efectos privados dispuestos en un lugar reservado, sin sujeción a ningún control de razonabilidad; la autoridad pública accediendo libremente al contenido de las piezas de correspondencia epistolar, etc. Me pregunto entonces si son estos supuestos en los que la actividad invasiva de los órganos del Estado será cometida de “propia mano” del agente encubierto, o más precisamente, mediante su propio despliegue físico en el área privada al que ingresa engañando su identidad. En definitiva, el peligro que se tuvo a la vista al momento de erigir la garantía constitucional consistía, con exclusividad, en distintos supuestos de invasión material a los espacios de la intimidad, y la ley que se analiza no trata en ninguno de sus artículos esta problemática. Pues frente al ejercicio del poder penal, se erigen las garantías que consagra el Art. 18 de la Constitución Nacional para proteger a los miembros de la comunidad contra toda utilización arbitraria del poder del Estado. La garantía de intimidad se encuentra inserta en el corazón de las llamadas garantías de la libertad y seguridad de las personas que establece la citada disposición, junto con el juicio previo, el principio de inocencia, la inviolabilidad de la defensa en juicio, el juez natural y las condiciones carcelarias. Así es que la intimidad ha de constituir un derecho al resguardo del mundo privado y familiar, frente a intromisiones de cualquier naturaleza, sean éstas originadas en la actividad del Estado o de los particulares.

Si son los jueces a quienes la Constitución Nacional ha confiado la interpretación y protección de las garantías constitucionales y, en particular, quienes deciden sobre la persecución penal (Art. 18 de la CN.), y son exclusivamente ellos quienes se encuentran en mejor posición institucional para disponer, ante un caso concreto, la excepcional intromisión en la intimidad de las personas: ¿acaso ahora la ley estaría dejando en manos de un policía tales facultades? Una respuesta afirmativa me resulta un atropello mayúsculo y

lamentablemente la ley 27.319, con su silencio, deja abierta la puerta para que tales avasallamientos ocurran. En este sentido, hubiera sido prudente incorporar en el texto legal que todas aquellas situaciones en las que pueda verse afectada la intimidad de las personas habrán de ser previamente autorizadas por la autoridad judicial competente.

3.2. La inviolabilidad de domicilio.

La garantía de la inviolabilidad del domicilio aparece consagrada en el Art. 18 de la Constitución Nacional, cuya fórmula establece "*...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*". También encuentra recepción en los distintos tratados internacionales de Derechos Humanos que, en función de lo establecido en el Art. 75, inciso 22 de la Carta Magna, adquirieron jerarquía constitucional. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. IX), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 11.2 y 3) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 17.1 y 2). De esta forma, la legislación protege el derecho a la intimidad de las personas, que se traduce en la garantía de la inviolabilidad del domicilio y que tiende a impedir que terceros (con injerencia estatal o particular) ingresen o permanezcan en él, sin el expreso consentimiento del titular. Es que justamente en el centro de las acciones privadas, es donde se afianza la soberanía del individuo y los actos sagrados y en el que el hombre tiene un poder superior al del Estado mismo (Linares Quintana, 1956; Bielsa, 1954; y Bidart Campos, 1966).

El precedente "Katz v. United States" de la Corte Suprema de los Estados Unidos destaca que lo que se intenta resguardar es la expectativa razonable de privacidad de las personas, la que no recae sobre un lugar, sino sobre el interesado en la protección de la intimidad. En ese análisis, PINTO, señala que si se entiende que la garantía se aplica al domicilio y a la correspondencia epistolar en forma exclusiva, sin representar una expresión de la expectativa de privacidad de las personas, los supuestos de requisas personales, registro de vehículos, interceptación de comunicaciones telefónicas, inspección de datos almacenados en computadoras, entre otros casos, solo serían garantizados por una ley y por lo tanto, su restricción no quedaría protegida por el mandato constitucional (Pinto, 2009).

Como se observa, la garantía en trato reposa en la privacidad de las personas y se extiende, tanto al domicilio como a todos aquellos casos en los que cualquier interferencia pudiera afectarla, si no es realizada con el consentimiento de quien sufre la intromisión.

Resulta ilustrativo mencionar un antecedente jurisprudencial vinculado con la actuación sin límites de funcionarios de las fuerzas policiales, y las consecuencias procesales que tuvo tal intervención. En un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se resolvió la nulidad de toda una investigación relacionada con la comercialización de indumentarias de marcas falsificadas, debido a la actuación de un agente policial quien ingresó en el domicilio del investigado simulando interés en la adquisición de las supuestas prendas apócrifas, ocultando su calidad de agente del orden, oportunidad en la cual se le exhibió esas piezas ilícitas. Más tarde, se libró una orden de allanamiento que permitió el secuestro de mercadería en infracción a la ley 22.362 (“C., R. M.”, 2009).

Entendió la Sala interviniente que el ocultamiento de la identidad inicial importaba en la práctica un allanamiento de carácter ilegal, en tanto aparecía como incompatible con la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio consagrada en el Art. 18 de la CN. Es así que los Jueces FREILER y CAVALLO manifestaron 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."*

Corresponde recordar que el Art. 227 del CPPN. prevé cinco supuestos en los que la policía puede proceder al allanamiento sin previa orden judicial: 1) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; 2) se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito; 3) se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión; 4) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro; y 5) se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física (Art. 34 inc. 7 del Código Penal de la Nación).

Lo llamativo de este fallo es que se fundamentó la ilegalidad del allanamiento en que el policía no se dio a conocer como tal, y no en que en el caso no se daba ninguno de los supuestos previstos en el Art. 227 del CPPN., por lo que el allanamiento hubiera resultado de todas formas ilegal, aun si el agente del orden se hubiera identificado. Ya la Corte, en el fallo "Fiorentino" (1985) había dejado en claro que *"aunque en rigor no resulta exigencia del Art. 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que solo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo"*. Solo los jueces están constitucionalmente habilitados a disponer los registros, sin perjuicio de los supuestos en los que la policía puede allanar sin orden, como excepciones de interpretación restrictiva. Al respecto, CARRIO opina que una autorización a la policía para que ingrese a un domicilio a buscar y llevarse lo que les parezca, sin que se determine siquiera mínimamente el alcance de dicha autorización, ni qué vinculación tiene la medida con lo que viene siendo materia de investigación, equivaldría a una intromisión excesiva en el derecho a la privacidad consagrado, según la Corte, en el Art. 18 de la Constitución Nacional (Carrió, 1994).

Más allá de los fundamentos, los agravios sobre los que versó la apelación, cuestionaban si era posible dar continuidad a la persecución penal a resultas de las tareas de investigación desarrolladas, que condujeron al allanamiento del inmueble, a la individualización del imputado y al secuestro de las prendas que motivaron la intervención federal, por la posible infracción a la ley de marcas. Y se concluyó que las circunstancias fácticas del caso eran sustancialmente similares a las del fallo "Lemos" (2007) de esa misma Sala, en el que se resolvió que el ingreso de un agente policial a un domicilio, en claro exceso de las facultades que le fueron otorgadas y bajo el engaño del titular de la morada (ante quien se había disimulado esa calidad) constituía un registro domiciliario incompatible con los lineamientos de excepción sentados por el legislador respecto de la garantía de inviolabilidad de domicilio. A partir de este precedente y en la inteligencia de que se pretendía mantener vigente la pretensión punitiva en función de elementos probatorios obtenidos ilegalmente, confirmaron el sobreseimiento objeto de apelación.

Existen, sin embargo, situaciones en las que, sin mediar orden judicial de allanamiento ni darse los supuestos de excepción del Art. 227 de la ley procesal, se ingresa

a un domicilio con el consentimiento del titular para luego proceder al secuestro de elementos de interés para la causa. Este procedimiento fue avalado por nuestra Corte en "Fato" (1988), pero en la idea de que no puede ser asimilado *per se* a un registro domiciliario, porque mientras este supone una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, en el ingreso autorizado no existe oposición que reclame la intervención judicial. En punto al modo o exigencias para convalidar el consentimiento, tiene dicho la Corte en "Fiorentino" (1985), "Cichero" (1985) y "Hansen" (1986) que el prestado en forma tácita o la mera ausencia de reparos, no se comporta como una legítima autorización para el ingreso. Que, por lo tanto, debe ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada en vivienda ajena de los representantes de la autoridad pública, no debe mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento. En "Rayford" (1986) la Corte directamente estableció que para que la ausencia de objeciones a una inspección domiciliaria pueda ser entendida como un consentimiento, tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización. En suma, el consentimiento del titular del inmueble podría llegar a justificar su registro, siempre que sea brindado en forma expresa, voluntaria, libre y en una oportunidad anterior a la realización misma de la inspección.

Este precedente deja en claro que no se encuentra previsto ni es lícito y resulta contrario a nuestro orden legal instigar una conducta criminosa con pretexto de investigarla o penarla. También estableció que no pueden utilizarse regularmente medios excepcionalísimos y restrictivos de investigación, como son los agentes encubiertos. Entiendo que el estado nunca debe usar medios ilegítimos de investigación, esto quiere decir que no puede enfrentar al delito con delito. Es deber de un Estado que se proclama de Derecho, combatir el crimen, por más complejo y organizado que sea, sin recurrir a métodos ilegales, engañosos o solapados, sino con una investigación franca, implacable, y respetando las garantías del imputado. Menos aún se permite estimular en forma directa la comisión de nuevos ilícitos. El fallo le cerró la puerta a medios espurios de investigación penal, pero también llama a reflexionar sobre ciertas tendencias actuales en la que se justifica la restricción o limitación de las garantías en pos de dilucidar los llamados delitos complejos (Gouvert, 2007).

3.3. La garantía de defensa en juicio y debido proceso.

El concepto de debido proceso resulta aplicable a cualquier especialidad del derecho, pero en lo que concierne al derecho penal adquiere especial relevancia por los derechos y libertades que se encuentran en juego. Conforme la letra del Art. 18 de la Constitución Nacional, todo ciudadano tiene derecho a un juicio justo, y es inviolable la defensa tanto de la persona como de los derechos. De su lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Art. XXVI garantiza el "*derecho a un proceso regular*", donde se establece que "*toda persona tiene derecho a... ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes*". Si bien así, es cierto que en numerables ocasiones dicho derecho se ha puesto en crisis. Si por proceso se entiende "*aquella actividad compleja, progresiva y metódica que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto*" (Arazi, 2012, p. 111), cabe preguntarse en todos los casos si esas reglas preestablecidas, que deben cumplirse secuencialmente en todo proceso, han sido vulneradas.

Veamos. Un Tribunal Oral de la Provincia de Salta, tuvo que resolver un caso en el que se investigaba la puesta en circulación de billetes de curso legal falsos, que tuvo su origen en un informe de una fuerza de seguridad que daba cuenta de tal actividad, en el que se agregaron fotografías tomadas al presunto autor, y mientras realizaba la operación fraudulenta. En el mismo informe se solicitaba al juez la designación de personal perteneciente al Escuadrón Núcleo Salta de Gendarmería Nacional, para que actúe como comprador de billetes apócrifos. En consecuencia, el juez de la causa designa a un Cabo 1° de esa fuerza como comprador encubierto de billetes presuntamente apócrifos. Posteriormente, se incorpora un nuevo informe producido por Gendarmería Nacional, que da cuenta de dos diálogos mantenidos entre el agente de la fuerza y el vendedor de los presuntos billetes apócrifos. En el primero, el agente indaga sin resultados sobre los billetes; y en el otro diálogo insta a la venta de moneda falsa, que se terminó concretando. Junto con esas actuaciones se acompañaron un casete conteniendo los diálogos en cuestión y dos billetes apócrifos. Días después, se reinicia el contacto entre las partes donde el agente designado le solicita billetes al vendedor, sin resultados, quedando en encontrarse en

otro momento. Al poco tiempo se produce en la vía pública la detención del causante, oportunidad en que se le incauta la suma de pesos \$ 950, en billetes de pesos \$ 5, \$ 10 y \$ 50, todos apócrifos (“Viltes”, 2003).

Previo a adentrarnos al caso traído a estudio conviene recordar que en el fallo “Fiscal c/ Fernandez” se puntualizó que no se violan las garantías constitucionales cuando el ocultamiento de la identidad sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente y sin coacciones por parte del imputado, ni tampoco si el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria del sujeto activo. Ergo, si el agente encubierto se involucra de tal manera creando o instigando la ofensa criminal, su comportamiento se aparta de los principios del estado de derecho y por consiguiente resulta contrario a las garantías constitucionales. Este último criterio fue el seguido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico en el fallo "Prefectura Naval Argentina" (1996) donde se expuso que si el agente encubierto toma un papel de intensa actividad y la misma autoridad de prevención aporta 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. Entonces, considero, que si el papel que jugó el agente encubierto superó el marco que debía ceñirlo, la prueba así adquirida devenía de origen ilegítimo, con lo que la conclusión no podía ser otra que la necesidad de aplicar al caso la regla de exclusión.

Esa situación fue similar a la que se dio en el caso de los billetes falsos descripto previamente (“Viltes”), por lo que la decisión nulificante del Tribunal Oral de Salta deviene ajustada a la jurisprudencia dominante. Ello así toda vez que no sólo la designación del agente se materializó *extra legem*, es decir, fuera del marco normativo imperante en nuestra ley sustantiva, sino que su actuación fue totalmente provocadora, incitante y dirigida a la comisión del delito, esto es a la falsificación de moneda que el propio agente designado compraría y en ello radica la única prueba colectada en la causa. De tal modo, no había existido en autos ninguna otra fuente probatoria independiente, ni otro cauce investigativo

distinto que hubiese permitido la adquisición de nuevas pruebas que con autonomía, queden exentas de la contaminación de la obtenida por el agente, lo que determinó su exclusión por inválida y violatoria de las garantías constitucionales.

De esta forma, si bien pareciera que con este tipo de recursos de investigación el Estado en la actualidad se encontraría en mejores condiciones que antes, al menos de procedimiento, para afrontar, prevenir y reprimir los llamados “delitos complejos”; será una ardua tarea de los jueces, en las distintas instancias en las que cumplan su función, el asegurar que tales modalidades se lleven a cabo sin menoscabar las garantías del debido proceso tuteladas tanto en nuestra Constitución Nacional, como en tratados internacionales.

CAPITULO IV. La prueba obtenida por el agente encubierto.

1. Las dificultades probatorias en la criminalidad organizada.

Como se viene analizando a lo largo de la presente labor, la ley 27.319 (al igual que su antecesora), va más allá de regular dispositivos estrictamente procesales, ya que su régimen se vincula con la criminalística, en tanto pretende lograr mayor eficacia en la investigación. En este sentido, el legislador estaría partiendo del presupuesto que quienes intervienen en los llamados “delitos complejos” (tal como los define la disposición legal), son personas sumamente peligrosas y todo lo vinculado a su actividad es de difícil prueba. No en vano en el fallo “Fiscal c Fernández” se sostuvo que determinados delitos como los de estupefacientes se ejecutan de tal manera que sólo pueden ser descubiertos cuando la prevención se involucra *“en el círculo de intimidación donde ellos tienen lugar.”* Por ello es que desde una especial política criminal, se consideró necesario dotar a los organismos de persecución penal de este tipo de recursos, que en la actualidad comprenden las distintas figuras enunciadas y detalladas en el Capítulo 1 (el agente encubierto, el agente revelador y el informante; además del arrepentido que, como se dijo, se lo trató en una ley diferente). Como se advierte, todas medidas legisladas para conseguir pruebas eficaces que permitan condenar a “peligrosos” delincuentes.

2. Del testimonio del agente encubierto.

El dispositivo que regula la actividad y función del agente encubierto reza que será convocado a juicio *“únicamente cuando su testimonio resultare absolutamente imprescindible.”* Seguidamente se contempla que *“...cuando la declaración significare un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando frustrare una intervención ulterior, se emplearán los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro”* (Art. 8 de la ley 27.319).

De este modo la legislación obliga al tribunal a disponer medidas especiales de protección para aquellos agentes encubiertos que por declarar corran peligro cierto para su vida o integridad física o la de terceros, o cuando pueda frustrar una actuación posterior. Las medidas de protección que deberán adoptarse son aquellas con los alcances previstos en la legislación aplicable en materia de protección a testigos e imputados (Art. 12, segundo

párrafo), con lo que podrán consistir en su sustitución de la identidad, y en el cambio de domicilio y de ocupación, si fuese necesario, en los términos de la ley 25.764. De manera que los tribunales verán con esta norma la posibilidad de impedir que se conozca la verdadera identidad del agente encubierto que declare como testigo, alegando razones que se vinculan con la seguridad personal del mismo.

Para CORVALAN el problema que plantea este tipo de regulaciones (como en el caso del “testigo de identidad reservada”), donde se les termina ocultando a las partes la identidad del declarante, pasa por la afectación de principios que hacen a las garantías procesales penales, de cara a nuestros principios insertos en la Constitución Nacional (sobre ello se volverá en los párrafos finales del presente capítulo).

En cuanto a que el agente encubierto sólo sea convocado a declarar cuando “*su testimonio resultare absolutamente imprescindible*” abre un nuevo interrogante ¿cómo se introducirán sus pruebas en el juicio? Si bien la ley no lo explica, resulta oportuno conocer el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelación de San Martín, Provincia de Buenos Aires (“Solís”, 1996) en tiempos de regulación de la ley 24.424 cuyo artículo 6 *in fine*, de modo similar, rezaba: “*cuando fuere imprescindible aportar como prueba la actuación o la información personal del agente encubierto, este declarará como testigo.*” En este caso la norma, preveía a través de una excepción, la alteración de la regla básica del instituto (preservación del secreto de la identidad del funcionario infiltrado), porque esa circunstancia excepcional, cuando así se decidía judicialmente, llevaba implícita la convocatoria del agente para que declare en la causa como testigo, develando su identidad, comenzando a funcionar entonces las medidas de protección referidas en párrafos previos, y adquiriendo las partes recién a partir de la exteriorización de la identidad del agente, todos los atributos de control propios de la prueba testimonial a los fines de su reevaluación en este carácter.

El citado tribunal de alzada señaló que mientras aquellos funcionarios no sean convocados a identificarse y prestar juramento en el sumario judicial sus informaciones no ingresarán a los fines probatorios con el valor de “prueba testimonial”. Sin embargo, estimó que ello no obstará a entender hasta entonces que la naturaleza del “informe” pueda eventualmente ser enmarcado en el plano de un indicio, y entonces su valor probatorio dependerá de su relación con otros elementos colectados. Consideró el Tribunal de San

Martín, con citas de la antigua obra de MITTERMAIER ("Tratado de la Prueba en Materia Criminal"), que se trata de uno de los aspectos que definen la denominada prueba artificial o circunstancial, donde se comprenden los medios imperfectos que constituirían prueba directa si satisficieren todas las condiciones que la ley exige. En síntesis, consideró que no existía afectación alguna a la garantía de la defensa en juicio en virtud de que no se le otorgó a las actuaciones reservadas otro alcance que el de "*hilo conductor de la investigación*", ya que del contenido de aquéllos se desprendía que no fueron tomadas como elementos de cargo para formular las imputaciones. CORVALAN no comparte tal conclusión, ya que entiende que se confunde investigar con probar, dos actividades completamente distintas e incluso afirma, que normalmente una es consecuencia de la otra. El órgano a cargo de la persecución penal, primero consigue llegar a la verdad, merced a la investigación, y luego debe "probar" la verosimilitud de su acusación ante el tribunal. Para esta segunda actividad es preciso tanto el órgano de prueba, como su discurso. Por lo tanto, continúa el mismo autor, el informe del agente encubierto responde a la actividad de investigar, pero no puede el mismo tener valor de prueba indiciaria. Para convertir al informe en prueba, deberá dejar de ser un agente encubierto para responder a la categoría de testigo, con todo lo que ello implica. Por ello es válida toda la crítica que el tribunal hace de la actividad cumplida por el agente encubierto, y se exige que cuando se decida hacerlo comparecer como testigo sus dichos encuentren corroboración en otro material probatorio distinto. Por ello, no sería posible sostener que la singular versión de un funcionario comprometido en la investigación (quien con reserva de identidad afirmó, por ejemplo, haberle comprado tal o cual estupefaciente a un tercero), pueda merecer *per se* la entidad que se le ha adjudicado, cuando tal elemento ni siquiera resultó posible conectarlo con ninguna otra evidencia que hubiere permitido construir las bases de la denominada "prueba compuesta" (Corvalan, 1997).

El voto en disidencia del vocal RUDI, en el mismo pronunciamiento, concluyó que debía quitarse todo valor probatorio a lo anónimo. Así pues, por más esfuerzo que se realice para estimar como prueba los dichos de alguien que permanece en el anonimato, la circunstancia de que no pueda existir la posibilidad de carearlo con los imputados, de por sí traduce el principal inconveniente con relación a la defensa en juicio. En este sentido, entendió que la actividad de instrucción debía ser conocida en algún momento, de allí que

se permita el secreto del sumario, pero superado éste, nada que tenga relación con la investigación puede serle ocultado a la defensa, so pena de afectar el derecho al debido proceso y su contracara la inviolabilidad de la defensa.

En definitiva, lo importante es que aquí rigió como principio el secreto de la designación del agente encubierto, y operó como excepción el llamado a prestar declaración testimonial cuando ésta asuma el carácter de “absolutamente imprescindible.”

En un pronunciamiento de fecha posterior, la Cámara Nacional de Casación Penal (“Navarro”, 1997) analizó distintas cuestiones que hacen a la figura del agente encubierto y que tienen que ver, particularmente, con la revelación de su identidad cuando se lo convoca a prestar declaración testimonial. En este caso, el policía Miguel Ángel Navarro había sido designado durante la instrucción como agente encubierto y, previa revelación de su identidad, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de San Martín lo convocó a prestar declaración testimonial. En razón de ello, tres días antes de la fecha de iniciación del debate, el policía promovió incidente de nulidad, petición que fue rechazada durante la audiencia por el Tribunal Oral, que recibió su declaración a puertas cerradas, sin público y con la sola presencia del fiscal y defensores de los imputados, permitiendo la audición de sus dichos a estos últimos. Ante dicha negativa, el agente planteó dos recursos: uno de avocación ante la Cámara Nacional de Casación Penal, que los jueces declararon admisible; y otro de casación, que fue denegado. Sobre dicha denegatoria presentó un recurso de queja ante la misma Cámara, el cual fue declarado admisible por los miembros de la citada Sala, con cita de los fallos “Giroldi” y “Alvarez” de la CSJN. en los que se había considerado a la Cámara un tribunal intermedio para el conocimiento de cuestiones de naturaleza federal insusceptibles de reparación ulterior.

Al estudiar los agravios introducidos por el agente de seguridad cuya identidad se develó, la sala I arribó a las siguientes conclusiones: a) la resolución que ordena la declaración testifical del agente encubierto debe estar debidamente fundada, importando su carencia inexorablemente la nulidad; b) en caso de revelación de la identidad real del agente encubierto, su situación de peligro personal es presumida por la ley y obliga a su protección cuando aquélla se produjo, mediante medidas adecuadas ordenadas por el órgano judicial antes de concretarse la declaración testimonial; c) la revelación de la identidad del agente encubierto citado como testigo no es, siempre, condición necesaria

para su presentación en juicio; y d) la incorporación al expediente de la información que el agente encubierto vaya logrando durante su actuación es incompatible con la finalidad perseguida al instituir esa figura como elemento hábil de pesquisa. Asimismo, mencionó diferentes formas de llevar a cabo la declaración testimonial del agente a los efectos de resguardarlo, encomendando a los órganos judiciales a garantizar su protección en cualquier estado del proceso y en todo momento en que el peligro o la amenaza se presentaran, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 79 del CPPN. Tales medidas, en efecto, deben ser decretadas por el órgano judicial que dispuso recibir la declaración del agente, sin que resulte aceptable la delegación de esa atribución en autoridades administrativas a las que sólo podrá requerirse el auxilio necesario para la ejecución de las mismas.

Como dato de color, si bien en este caso la Cámara de Casación era el tribunal intermedio a los fines de resguardar derechos legalmente protegidos (conforme lo sostuvo la CSJN.), lo cierto es que el gravamen a resguardar ya había sido ocasionado. Máxime, al ser el propio representante del Ministerio Público, quien en oportunidad de ofrecer prueba solicitó la declaración testimonial del, hasta entonces agente encubierto, por considerarla absolutamente imprescindible, en tanto *“la actuación del agente encubierto determinó directamente la realización de distintos allanamientos que culminaron con importantes secuestros de cocaína y la detención de varias personas”*. Si algún perjuicio estaba en juego, éste ya había sido ocasionado; siendo imposible cualquier reparación ulterior.

Como corolario, siguiendo la reflexiones de CORVALAN, mi propuesta es la derogación del Art. 8 de la ley 27.319 que mantiene en el anonimato al agente encubierto durante todo el proceso cuando significare un riesgo para su intergridad o la de otras personas. Ello así pues mientras no se permita a las partes el total control en la producción de declaraciones de cargo o de descargo, resultará imposible estimar que se trata de una prueba en el sentido procesal que el término implica. Al respecto, el autor citado se pregunta, de avanzar en el procedimiento penal ¿cómo llegará a introducirse en el plenario público y oral, a ese testigo cuya identidad se pretende reservar, por fundadas que sean las razones para proteger su vida? Entiendo que el adecuado ejercicio del control de la prueba testimonial del agente encubierto se vería desvirtuado, en tanto que al desconocerse quién es, qué hizo, de qué forma se relacionó con los presuntos integrantes de la banda, entre

muchos más interrogantes, ya sea para vincularlo con la pertinencia de su ofrecimiento, como para las llamadas “generales de la ley”, hará definitivamente imposible para las partes, formular una crítica de un testigo del que no se sabe prácticamente nada. Asegura el autor, que en este tipo de situaciones se colocan en los platillos de la balanza, la seguridad de la vida de un testigo (en este caso de un agente encubierto), y por el otro lado, el valor eficacia en la persecución penal, sin menosprecio de las garantías del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Comparto con el autor, de que la vida de los testigos debe protegerse estatalmente, con el mismo esmero que a los imputados, peritos y terceros ajenos al proceso. No corresponde limitar el ejercicio de la defensa de un sujeto imputado, con el pretexto de que se debe proteger la vida de un testigo, por amenazado que estuviere. Si el testigo corre realmente riesgo, deberá ser objeto de una protección que le brinde seguridad durante las 24 horas, más no que por esa razón la defensa no pueda conocer su real identidad (Corvalán, 1997).

Tales apreciaciones van en sintonía con el criterio de SANDRO quien señala que se debe elegir entre vivir definitivamente en una comunidad jurídica, bajo ciertas reglas que deben ser respetadas inexorablemente, incluso a costa de cierta mengua en la persecución de los delitos; o vivir en un país que cuente con un sistema policíaco, donde los ciudadanos estén expuestos a la delación institucionalizada, a las investigaciones secretas de la autoridad, a la infracción de las garantías fundamentales y a las provocaciones del gobierno para sorprender a los incautos en delito flagrante. Por último remata que la experiencia histórica de nuestro país debiera inspirar la solución correcta (Sandro, 1992).

Oportuno resulta destacar el contenido del Inc. 2° del Art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) donde se reconocen las garantías judiciales y expresamente se prescribe: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes, en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos."*

3. El agente encubierto y la prueba ilícita.

Para analizar la problemática en curso, resulta propicio volver sobre el fallo analizado en el capítulo anterior “Fiscal c/ Fernández”, ya que conforme lo indica CARRIO, dicho pronunciamiento podría presagiar un nuevo rumbo en la marcha de la regla de exclusión. (Carrio, 1994). Según se recordará, en esa decisión se abordó la situación en la cual un agente policial, que nunca se identificó como tal, ingresó al Consulado de Bolivia en la ciudad de Mendoza; y, en su presencia, el Cónsul entregó a un amigo suyo que ingresó junto con el policía, una importante cantidad de cocaína. Durante la causa se planteó, entre otras cosas, la validez de ese ingreso domiciliario sin orden judicial.

La Corte justificó la medida sobre la base de que el ingreso fue consentido por el Cónsul, explicando que no había existido por parte del policía un real ardid, sino tan solo un silencio acerca de su calidad de funcionario. También se resaltó que el preventor en su visita no registró el lugar, y que tan sólo se limitó en el juicio a testimoniar sobre la entrega que observó de la droga secuestrada. Como consecuencia de tales argumentos, el más Alto Tribunal rechazó la posible aplicación al caso de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente, y describió a la actuación policial como una obtención de prueba legal. Y, aún más, en su considerando 14 agregó:

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... 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 e ilegales.

Para CARRIO nuestro Máximo Tribunal desechó la aplicación de la regla sin decir mucho; por lo que señala que nos encontraríamos aquí frente a un *obiter dictum*, ya que se pronuncia sobre una cuestión sin haber escuchado los argumentos de las partes. Justamente el inconveniente de todo *obiter dictu* es prejuzgar para casos futuros, en general, sin suficiente elaboración ni fundamentación. Así pues, señala el autor, al sólo pretender excluir la prueba “en sí misma” obtenida a través de medios inconstitucionales, se estaría desterrando la doctrina del “fruto del árbol venenoso” (de origen norteamericano) receptada en numerosos casos, tales como “Rayford” y “Ruiz”. En este camino, concluye, las fuerzas

del orden tendrán pocos incentivos para cumplir con los mandatos constitucionales, en tanto se podrá, por ejemplo, seguir intentando conseguir una confesión bajo apremios ilegales, en la inteligencia de que esa confesión “en sí misma”, podrá no valer como prueba, pero sí será válido lo que se obtenga a partir de la confesión (Carrio, 1994).

Más allá de lo considerado en el fallo que se comenta, se recuerda que la jurisprudencia es pacífica en torno a que la utilización de un agente provocador es contraria a nuestro ordenamiento jurídico (CNCas. Penal, “Gaete”, 1992). La instigación de un agente del Estado en el marco de una investigación, constituye una prueba ilegal que debe ser excluida del proceso, pues resulta ajeno a la administración de justicia que los organismos del Estado provoquen delitos por el simple hecho de conseguir mayor cantidad de pruebas, para lograr una condena (C.S.J.N. “Fiorentino”, 1985). Así las cosas, “...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...” (C.S.J.N. “Montengro”, 1982).

Para una parte de la doctrina, las conversaciones que mantiene un agente encubierto con los sospechados, semejantes a un interrogatorio, o con fines de recabar información de cargo, ofende el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, consagrado en el Art. 18 de la CN: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; reforzado con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto de San José de Costa Rica (Art. 8, 2do., g) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14, 3ro., g). El imputado es libre de abstenerse de declarar (Art. 294 del CPPN.), debe ser informado sobre este derecho, y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él. De aquí que, para los autores que mantienen este criterio, cuando el agente encubierto obtiene información mediante “interrogatorios informales” no puede ser valorada en un procedimiento penal (Llera, 2011). Dicha prohibición abarca tanto a la prueba inmediatamente obtenida a partir de los dichos del imputado, como la mediata (la droga o el arma hallada mediante dicha información), en pos de la doctrina del fruto del árbol venenoso, según la cual el vicio de la planta se trasmite a todos sus frutos, y que en el caso “Fiscal c/. Fernandez” para CARRIO se vio corrompida.

El primer caso donde la Corte de los Estados Unidos de América aplicó la

expresión *fruit of the poisonous tree* (fruto del árbol venenoso) fue en el año 1939 en el proceso "Nardone vs. United States", en el que se resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación del imputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial. Estos principios son en la actualidad prácticamente aplicados en todos los países que se rigen por un Estado de Derecho y respetuoso de las garantías constitucionales. La regla de exclusión y la consecuencia de los "frutos del árbol venenoso" tienen una vigencia ampliamente generalizada. Así, en Alemania, por ejemplo, donde la doctrina es denominada como prohibiciones probatorias, el Superior Tribunal Federal ha admitido en numerosos precedentes el efecto extensivo a los medios de prueba obtenidos indirectamente (Jauchen, 2002).

De suerte tal, que no solo resulta inadmisibles en contra del titular de la garantía violada la evidencia directa lograda en el procedimiento liminar espurio, sino también la restante que resulta fruto de la ilegitimidad originaria (Carrio, 1994). Es que la violación de garantías constitucionales priva de todo valor, no sólo a las pruebas que conforman el corpus de su violación, sino además a aquellas que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes, como los disfrazados o encubiertos (Cafferata Nores, 1988 y Edwards, 2000). El remedio que permite extirpar aquellos actos o medios de prueba espurios producidos en violación al dogma constitucional del debido proceso legal, es la nulidad; siendo que las normas procesales son el conducto necesario para la debida compatibilización entre el interés del Estado en el ejercicio del poder punitivo y el respeto y protección de los derechos individuales ("Fiorentino" 1985).

Vale diferenciar que este razonamiento no cuestiona la eficacia de obtener una prueba grabada o filmada, o incluso, una declaración, de un delito en proceso de ejecución, pero sí desaprueba instigar a la comisión de un delito, grabarlo, firmarlo o forzar una declaración, y pretender construir a partir de ello un proceso criminal. A modo de ejemplo, un periodista que mediante una investigación no judicial, realizó una cámara oculta a un hombre que captaba mujeres para trasladarlas a otro país a ejercer la prostitución no actúa como agente provocador, en tanto ni su actuación ni la de la producción del programa periodístico fueron las que determinaron a aquél a cometer el ilícito en cuestión, máxime cuando las víctimas

ya estaban a bordo del colectivo y en pleno viaje cuando se impidió la concreción del traslado (CFCas. Penal, “M., A. del V.”, 2015).

Tal como se vio al analizar en el capítulo anterior las características del agente provocador, una cosa es incitar a la comisión de un delito y otra muy distinta, que judicialmente se autorice la cautela de la prueba de un delito en curso de ejecución. Cuando no se persigue descubrir un delito ya cometido, o impedir uno inminente, el agente que lo provoca incurre en un injusto (Zaffaroni, Alagia y Sloker, 2000).

De lo expuesto, se concluye que se consiente una restricción al derecho de exclusión sobre el ámbito de la intimidad de las personas (Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) en favor del deber del Estado de investigar y sancionar delitos, habilitando la posibilidad de obtener como prueba de cargo del delito, aquello de lo que el agente (ocultando su verdadera identidad) fue testigo por la actividad voluntaria de quien era titular de tal derecho. Pero no habría de aceptarse en forma alguna, la instigación como mecanismo para obtener prueba y sancionar delitos, pues ello no sólo significa una absoluta e inaceptable violación a la intimidad, sino que además vulnera la garantía contra la autoincriminación (Art. 18 de la Constitución Nacional). Se ultima entonces que las pruebas ilícitas constituyen verdaderos *"límites de la averiguación de la verdad en un proceso penal"* (Gossel, 2001, p. 29).

Conclusiones finales.

A lo largo de este trabajo se han analizado vastas cuestiones que rodean a la figura del agente encubierto, desde su origen histórico y concepto, pasando por los principios y características más destacadas de este recurso de investigación, tanto en el orden internacional como en nuestro país, hasta los puntos críticos acentuados por parte del seguimiento doctrinal, con sustento en la importante tensión que su utilización provoca con los principios y garantías consagrados en nuestra Constitución Nacional, sobre todo del sospechado o imputado, en una probable violación del debido proceso.

Por otra parte, se describió también la forma de actuar de la delincuencia organizada, y sus manifestaciones más destacadas como el tráfico de estupefacientes, la criminalidad financiera, la trata de personas, entre otros delitos complejos. Se sostuvo que el crecimiento y desarrollo de este tipo de especies delictivas vienen provocando una sensación de inseguridad y temor en aumento, en razón de que han sabido perfeccionarse en forma cualitativa y cuantitativa, con la utilización de medios sofisticados para la práctica de delitos.

En este contexto, afirmo que es necesario una respuesta estatal adecuada con el objetivo de poner freno a estos fenómenos delictivos. Coincido con muchos de los autores citados, en que los órganos de persecución penal con sus formas tradicionales se encuentran en situación de desventaja, no logrando muchas veces actuar contra el núcleo de estos grupos de delincuentes. Sobre la base de lo expuesto hasta aquí, encuentro acertada la inclusión en nuestra legislación de la figura en cuestión pues la considero un medio eficaz de lucha contra aquellos ilícitos de extrema gravedad que integran el grupo de los llamados “delitos complejos.” Además, tal como se analizó, su aplicación ha dado favorables resultados en otros países. Siendo así, los jueces y fiscales argentinos deben tener a su alcance, cuando las circunstancias excepcionales lo ameriten, la posibilidad de recurrir legítimamente a este tipo de recursos.

Sin embargo, los mecanismos establecidos para asegurar la represión de quienes cometen este tipo de delitos, contemplados en la ley analizada tal como en la actualidad se encuentra redactada, dan lugar a que pueden ser interpretados de un modo tan amplio y arbitrario que, quizás sin quererlo, permitan la afectación de dispositivos constitucionales

insoslayables. La operación encubierta debe arbitrarse ponderando los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad exigidos en la ley y estar seriamente controlada, ceñida a límites precisos y bien definidos para así acotar las interpretaciones por quienes ordenan su implementación, y por las partes del proceso dónde esta técnica se lleve a cabo. Alcance este que, según mi criterio, no se estaría logrando en nuestro país con la sanción de la ley 27.319. Es que en realidad, la pieza cardinal radica en que el infiltrado debe mantener en todo momento sus propósitos y objetivos, no permitiendo que su permanencia junto al grupo pueda llevarlo a practicar actos de provocación de delitos o hasta mismo, a la práctica de delitos por su parte. Para ello tendrá injerencia fundamental la obediencia a los preceptos del principio de proporcionalidad, el cual delimitará las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la labor.

En consecuencia, he ido señalando a lo largo de los distintos capítulos las modificaciones que entendí como ineludibles para la protección de las garantías constitucionales establecidas, cuya finalidad no es otra que la de limitar y controlar el ejercicio del poder público, en resguardo de la libertad y dignidad del hombre. Así las cosas, para que la legislación objeto de estudio resulte idónea a los efectos de satisfacer los fines que la inspiraron, y para que resulte el producto legítimo de las atribuciones que la Constitución confiere al Congreso de la Nación, quedó demostrada la necesidad de reformular las pautas y los límites de su aplicación, del modo que a continuación se enumera:

- 1.** De ninguna manera, en aras de un proceso penal que respeta los derechos y garantías de los ciudadanos, considero permisible aceptar una duración sin límite de esta medida judicial. En razón de ello, resulta imprescindible establecer un plazo de duración para la operación encubierta, que la ley no determinó. Desde que el agente encubierto es autorizado por resolución judicial motivada a ingresar en el seno de determinada organización criminal, su única y exclusiva finalidad es la de obtener los datos, pruebas e información que permitan, en el marco de un proceso judicial, el desmantelamiento de una organización criminal, sin violar derechos y garantías de los investigados. Por lo que si como resultado de su actuación no se pudo coleccionar elementos de interés en el período estimado por la autoridad judicial, debe desarticularse de inmediato su intervención. Ello, más allá que existan componentes que permitan motivar una prórroga, la cual se otorgará

siempre mediante resolución judicial fundada.

2. No considero viable otorgar permiso para que los agentes encubiertos cometan delitos, más bien dirigiría su actuación a la de un testigo, sin participación alguna en los hechos delictivos que ejecute la organización observada. Reconozco la dificultad de esta limitación, y en muchos aspectos dependerá de la destreza del policía en su actuación, sin embargo sólo de este modo concibo el ejercicio de su función. Me inclino a sostener que el Estado debe ser un mero espectador previo a que el delito haya sido cometido y continuar de igual modo luego del comienzo de su ejecución. En consecuencia, propongo la derogación del Art. 9 de la disposición legal en trato, que otorga impunidad al agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de su actuación se hubiese visto compelido a incurrir en un delito.

3. El texto de la ley estaría habilitando a que la amenaza a la intimidad, consagrada en nuestra Constitución Nacional, provenga de ciertos atropellos del poder público: el ingreso de fuerzas estatales al interior del hogar, la ocupación de este espacio y su registro, el ataque abusivo a la seguridad personal dentro de este ámbito exclusivo del individuo, el revelar papeles y otros efectos privados dispuestos en un lugar reservado, sin sujeción a ningún control de razonabilidad. Pareciera que se estaría avalando a que la actividad invasiva de los órganos del Estado sea cometida de “propia mano” del agente encubierto, o más precisamente, mediante su propio despliegue físico en el área privada al que ingresa engañando su identidad. En definitiva, el peligro que se tuvo a la vista al momento de erigir la garantía constitucional consistía en distintos supuestos de invasión material a los espacios de la intimidad, y la ley que se analiza no trata en ninguno de sus artículos esta problemática; y con su silencio, deja abierta la puerta para que tales avasallamientos ocurran. En este sentido, hubiera resultado prudente incorporar que en todas aquellas situaciones en las que pueda verse afectada la intimidad de las personas habrán de ser previamente autorizadas por la autoridad judicial competente.

4. El Art. 7 fija que la información que el agente encubierto vaya logrando deberá ser puesta de inmediato en conocimiento del juez y el fiscal, en la forma que resulte más conveniente y evitando la revelación de su función e identidad. El Art. 8 establece que el agente encubierto sólo sea convocado a declarar cuando “*su testimonio resultare absolutamente imprescindible*”, empero, lo que no explica la ley es cómo se introducirán

sus pruebas en el juicio. Sobre el asunto, estimo que para convertir al informe en prueba, el funcionario necesariamente debe dejar de ser un agente encubierto para responder a la categoría de testigo, con todo lo que ello implica. En consecuencia, propongo derogar los Arts. 7 y 8 de la ley 27.319 que mantiene en el anonimato al agente encubierto durante todo el proceso cuando significare un riesgo para su intergridad o la de otras personas; pues mientras no se permita a las partes el total control de declaraciones de cargo o de descargo, resultará imposible estimar que se trata de una prueba en el sentido procesal que el término implica. Por fundadas que sean las razones para resguardar su vida, esta deberá protegerse estatalmente, con el mismo esmero que a los imputados, peritos y terceros ajenos al proceso. No corresponde limitar el ejercicio de la defensa de un sujeto imputado, con el pretexto de que se debe proteger la vida de un testigo, por amenazado que estuviere. Si el testigo corre realmente riesgo, deberá ser objeto de una protección que le brinde seguridad durante las 24 horas, más no que por esa razón la defensa no pueda conocer su real identidad.

En conclusión, sostengo que el propósito esencial de la Constitución debe estar siempre presente en la tarea de su interpretación, y sus normas particulares deben ser vinculadas e integradas sistemáticamente, desde la óptica de tales ideas finales. Toda garantía constitucional debe ser pensada en relación con esa finalidad restrictiva de las capacidades de los órganos públicos. Tal enfoque conlleva, en principio, a rechazar toda interpretación particular que desconozca este objetivo limitador del poder coercitivo que establece la Ley Fundamental. Entiendo que el estado nunca debe usar medios ilegítimos de investigación, esto quiere decir que no puede enfrentar al delito con delito. Es deber de un Estado que se proclama de Derecho, combatir el crimen, por más complejo y organizado que sea, sin recurrir a métodos ilegales, engañosos o solapados, sino con una investigación franca, implacable, y respetando las garantías del imputado.

En otras palabras, corresponde ofrecer un modelo que no se aparte de los principios generales que limitan el poder penal del Estado, asegurando que la represión no lo sea al margen del proceso, sino como consecuencia de una sentencia dictada luego de un debate donde las partes en igualdad de oportunidades, puedan ser oídas, controlar la prueba, merituarla y, llegado el caso, interponer recursos sobre las elucidaciones del derecho vigente. Por lo menos así entiendo al Estado de Derecho como el ideal que brinda la base

garantista que nos permita arribar a una coexistencia pacífica, donde podamos lograr nuestra realización como personas.

Referencias bibliográficas.

D) Doctrina.

a) Libros:

1. Arazi, R. (2012) *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
2. Bidart Campos, G. J. (1966) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
3. Bielsa, R. (1954) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
4. Cafferata Nores, J. I. (1988). *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: De Palma.
5. Carrara, F. (1945). *Programa de Derecho Criminal*. Buenos Aires: De Palma.
6. Carrió, A. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal* (3ª Ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: Hammurabi.
7. Creus, C. (1992) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
8. Daray, R. (2015) *Cómo es el nuevo proceso penal, Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Hammurabi.
9. Delgado, M.J. (2001) *Criminalidad Organizada* Barcelona: Astro.
10. Edwards, C. E. (1996). *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. (1ª. Ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
11. Edwards, C.E (2000). *La prueba ilegal en el proceso penal*. Córdoba: Marcos Lerner.
12. Espinosa de los Monteros, R. Z., (2010) *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia.
13. Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón: Teoría general del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
14. Gómez de Liaño Fonseca Herrero, M. (2004) *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid.
15. Gossel, K. H., (2001) *La prueba ilícita en el proceso penal, en Garantías Constitucionales y nulidades procesales*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
16. Hendler, E. H. (1996) *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

17. Jauche, E. (2002) *Tratado de la prueba en materia penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
18. Kellens, G. (1989) *L'évolution de la theorie du crime organisé. Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. San Sebastián.
19. Linares Quintana, S.V. (1956) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires: Alfa.
20. Molina Mansilla, M. C. (2010) *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*. Barcelona: Ed. Bosch.
21. Montoya, M. D. (1998) *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis procesal y constitucional*. Buenos Aires: Ad-hoc.
22. Muños Conde, F. (2002) *¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados no desvinculados del Derecho?* Lisboa: Valduaga.
23. Navarro, G.R y Daray, R. R. (2004). *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. (1ª. Ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
24. Orsi, O. G. (2007) *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Buenos Aires.
25. Palacio, L. E. (2002) *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
26. Pinto R. M. (2009). *La investigación penal y las garantías constitucionales*. (1ª. Ed.). Buenos Aires: La Rocca.
27. Rivacoba y Rivacoba (1996) *Las causas de justificación*. Buenos Aires.
28. Ruiz Anton, L. F. (1982) *El agente provocador en el derecho penal*. Madrid: Edersa.
29. Roxin, C. (1999) *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. Huelva: Borallo coords.
30. Silva Sánchez, J. M. (2002) *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2ª Ed.) Madrid.
31. Zaffaroni, E. Alagia, A. y Slokar, A (2002). *Derecho penal, Parte General*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Ediar.
32. Zaffaroni, E. (1996) *El crimen organizado: una categorización frustrada*. (2da. Ed.) Bogotá: Leger.

33. Zaffaroni, E. (1988) *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires

34. Zuñiga Rodríguez, L. (2009) *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la denominación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Comares.

b) Revistas:

1. Arce Aggeo, M. A (2010). Exclusión de los registros domiciliarios. L. L. 2010-B, 22.

2. Bunge Campso, L. M. (1999) Delatores, informantes y casos análogos. Nueva Doctrina 1999/B.

3. Caparros, E. A. (1997) Criminalidad Organizada Primeros problemas de aplicación. Revista de la Universidad de Salamanca.

4. Carrió. A. (1991). Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal. L.L. 1991-C-857.

5. Corvalan, V. (1997). Agente encubierto y testigo de identidad reservada. L.L. 1997-E-992.

6. Choclan Montalvo, J. A., (2001) La criminalidad organizada. Concepto. La Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación. La criminalidad organizada. Aspectos Sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Justicia. EA/2001.

7. Durrieu, R (2010). Validez probatoria de las denuncias anónimas L.L. 2010-C.

8. Ferro, A. H. (2010). Registro domiciliario sin orden judicial. Un fallo que fija límites. L. L. 2010-B, 93.

9. Froment, C.D. (1996). El delito experimental y las garantías constitucionales, L.L. 1996-D-504.

10. Guariglia, F. (1998). El agente encubierto se vuelve provocador. Un nuevo desacierto de la Casación. L. L. 1998-B-371.

11. Guariglia, F. (1999). El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2(1).

12. Gómes de Liano Fonseca Herrero. (2004). Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos. L.L. 5-2004.

13. Gouvert, J. F. (2007). Un lúcido coto a métodos probatorios ilegítimos. DJ2007-III, 888. Disponible online AR/DOC/3213/2007.

14. Llera, C.E. (2011). ¿Agente encubierto o agente provocador? L.L. 2011-D, 653.

15. Neira, C. (1997). El arrepentido y el agente encubierto, L.L. 1997-B-1431.

16. Pastor, D.R (2002), El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho: Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. L.L. 6-2002.

17. Sandro, J.A (1992). Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad de domicilio y el debido proceso legal. *Doctrina Penal*. 15-1992-A.

18. Tenca, A. M. (2010) Agente encubierto, agente provocador y violación de domicilio. DJ11/08/2010, 2140

19. Vaninetti, H. A (2011). Agente Encubierto y la pornografía infantil en internet *Doctrina Judicial* L.L. 2/22/2011, 1.

Disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2012/01/agente-encubierto-y-la-pornografia-infantil-en-internet/>

20. Zuñiga Rodríguez, L. (2006). Criminalidad organizada, Derecho penal y sociedad. VV.AA., El desafío de la criminalidad organizada, N. Sanz Mulas coord.

21. Zysman, D. (1997) *El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes*, E.E. del 31/3/97.

II) Legislación.

a) Internacional.

1. Convención Americana de Derechos Humanos.
2. Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

b) Nacional.

1. Ley 23.737 (y su reforma ley 24.424).
2. Ley 27.319.

3. Código Procesal Penal de la Nación.
4. Constitución Nacional.

III) Jurisprudencia.

a) Extranjera:

1. Corte Constitucional Federal Alemán, BverfGE 30, 292.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005) Raxcacó Reyes v. Guatemala.
3. U.S.S.C., Hampton v. United States (1976) 425 US 484
4. U.S.S.C., Jacobson v. United States (1992) 112 S. Ct. 1535
5. U.S.S.C., Katz v. United States, (1967) 389 US 347
6. U.S.S.C., Lewis v United States (1980) 385 US 206
7. U.S.S.C, Russel v. United States, (1973) 411 US 423.
8. U.S.S.C., Sherman v. United States, (1958) 356 US 369.
9. U.S.S.C., Sorrels v. United States, (1932) 287 US 435
10. U.S.S.C., Woo Wai v. United States (1915) 223 US 412

b) Nacional:

1. CFApel. San Martín, Sala II, “Solis, Delia” (1996).
2. CFCas. Penal, Sala III, “M, A del V.”, L.L. 2015-E, 6 (2015).
3. CNApel. Penal Econ., Sala A “Prefectura Naval Argentina” (1996).
4. CNApel. Crim. y Corr. Fed., Sala I, “Levy, Gustavo R.” (2007).
5. CNApel. Crim. y Corr. Fed., Sala I, “C., R. M” L.L. 2010-B, 22 (2009)
6. CNApel. Crim. y Corr. Fed. Sala I, “Lemos, Hugo César” (2007).
7. CNApel. Crim. y Corr., Sala IV, “D.V. s/ nulidad”, L.L. 2011-A, 21 (2010).
8. CNApel. Crim. y Corr., Sala I, “Barrionuevo, Matías” (2010).
9. CNApel. Crim. y Corr., Sala IV, “Ibarra, Miguel Angel s/ nulidad” (2011).
10. CNCas. Penal, Sala II, “Gaete Martinez, Rufo E.” (1999).
11. CNCas. Penal, Sala I, “Navarro, Miguel A.” (1997).
12. CNCas. Penal, Sala IV, “Sanabria, Virgilio” (1997).
13. CNCas. Penal, Sala II, “Giovazzini, Héctor” (1995).
14. C.S.J.N. “Fiscal c/ Fernandez” (1990). Fallos 313:1305.

15. C.S.J.N. "Charles Hnos." (1891). Fallos 46:36.
16. C.S.J.N. "Rayford" (1986). Fallos 308:733.
17. C.S.J.N. "Daray" (1995). Fallos 317:1985.
18. C.S.J.N. "Montenegro" (1982). Fallos 303:1938.
19. C.S.J.N. "Ruiz" (1988). Fallos 310:1847.
20. C.S.J.N "Francomano" (1988). Fallos 310:2384.
21. C.S.J.N "Baldivieso" (2010). Fallos 333:405
22. C.S.J.N "Fiorentino" (1985). Fallos 306:1752.
23. C.S.J.N. "Fato" (1988). Fallos 311:836.
24. C.S.J.N. "Hansen" (1986). Fallos 308:2447.
25. C.S.J.N. "Cichero" (1985). Fallos 307: 440.
26. T.O. Crim Fed. Salta. "Viltes, Oscar N." (2002).