

EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LA ARGENTINA

*por Mario Daniel Montoya**

BIBLIOTECA

Sumario: I. Introducción. II. Crimen organizado. III. Inserción en la sociedad del agente encubierto. IV. Antecedentes legislativos de la ley 24.424. V. Ley 24.424. VI. Jurisprudencia. VI.1. Entrapment (entrapamiento o celáda). VI.2. Derecho de privacidad. VI.3. Búsquedas y secuestros. VII. Conclusión.

I. Introducción

En la actualidad la sociedad se enfrenta con determinados delitos, tales como el narcotráfico y los diversos tipos de conductas ilícitas que rodean al mundo de la droga, desde que se inicia su cultivo hasta que llega al adicto a través de los traficantes por una parte y al lavado de grandes sumas de dinero por la otra.

* Fiscal General del Crimen de la Capital.

El presente trabajo tratará sobre el agente encubierto en la Argentina e incluirá las críticas y adhesiones que tuvo previa aceptación en la legislación que trata sobre drogas y las dificultades que existieron para su admisión, atento a vivencias pasadas que hicieron que fuera rechazado por la sociedad en un principio y severamente cuestionado a posteriori. Se analizará además los antecedentes parlamentarios, su inclusión en la legislación, como así también su tratamiento en los tribunales. En ese sentido se notará una fuerte influencia de la jurisprudencia americana en lo que se refiere a la posible violación, a través de la tarea del agente encubierto, de derechos constitucionales; por tal motivo serán mencionados los principales fallos así como su comentario por parte de la doctrina. Por otra parte se podrá notar que la figura del agente encubierto es receptada por la necesidad de incluirla como instrumento de lucha contra esa nueva modalidad con la cual el crimen ataca a la sociedad, como lo es el crimen organizado y su poder reconocido mundialmente. A pesar de que en la Argentina no exista una definición legal de tal concepto, ello no obsta a que sufra su principal actividad, el narcotráfico, para lo cual fue creada la figura legal del agente encubierto.

II. Crimen organizado

El crimen organizado debido a que constituye un fenómeno complejo no es un tema fácil de definir porque en cada país, en razón de particularidades locales y regionales, se desenvuelve de manera distinta.

De acuerdo al investigador López Ruiz, existen dos modalidades del crimen organizado: una norteamericana-italiana que tiene una cierta categoría internacional y una más modesta de índole regional o local que puede florecer en cualquier país. La primera se caracteriza por una organización bastante rígida, una cierta continuidad "dinástica" por el afán de respetabilidad de sus dirigentes, severa disciplina interna, luchas internas en el poder, métodos poco piadosos de castigo, extensa utilización de corrupción política y policial, ocupación tanto en actividades ilícitas como lícitas, simpatías de algunos sectores electorales, distribución geográfica por zonas, enormes lucros, etc. Para el autor del presente artículo algunas de estas características identifican más a la mafia que al crimen organizado.¹

En la Argentina no existe el crimen organizado en la medida en que puede percibirse en otros países, pero se está expectante a su llegada, habiéndose detectado focos del mismo en lugares tales como la llamada Triple Frontera, un triángulo en el que coinciden Paraguay, Brasil y Argentina.

¹ Flávio Gómez, Luiz, "Crimen Organizado", pág. 73.

En la actualidad, el país recibe los efectos del crimen organizado internacional como mercado utilizado por los narcotraficantes o como lugar de paso a otros países debido a la extensión de sus fronteras, muchas veces carentes de la vigilancia adecuada.

Una radiografía del narcotráfico regentado por el crimen organizado en América Latina, revela un engrosamiento constante de sus redes y ramificaciones en extensión e intensidad. Se trata de un problema que afecta a la Argentina donde el tránsito de drogas desde los lugares de producción en el exterior (cartel colombiano) hacia los mercados europeos y otros países parece estar en aumento.

La preocupación más reciente, planteada desde la agencia antinarcóticos de los Estados Unidos, DEA, apunta a destacar que el crecimiento del tráfico de drogas en el país obedece a razones geopolíticas internacionales, pero que tiene también un componente ineludible en la propia responsabilidad de las autoridades nacionales y en las debilidades del sistema legal y el de seguridad. La extensión de las redes del narcotráfico está demostrada en la existencia de rutas transnacionales, su desplazamiento rápido por los corredores que les brindan zonas francas y fronteras con escasa o dudosa vigilancia y la facilidad con que se expande territorialmente. Su intensificación se vincula con el grado de penetración que logran las actividades directas o derivadas de la comercialización de drogas sobre la economía de un país, sobre sus instituciones políticas, la trama social,

la calidad de vida y la salud de la población. En el primer aspecto preocupa especialmente la zona fronteriza con Paraguay y el área de la triple frontera, señalada como foco de actividades relacionadas con el narcotráfico, el contrabando y la criminalidad, y el hecho de que la Argentina se haya convertido en un país de consumo.²

Para luchar contra este grave problema es necesaria una forma de investigación de características especiales, es allí cuando intervienen las técnicas encubiertas ya que el Estado no se puede permitir el lujo de poner en peligro sus instituciones, la salud de sus ciudadanos y la continuación de su razón de ser, arriesgándose a perder la batalla frente a organizaciones con un presupuesto financiero espectacular, gran capacidad técnica y armamento muchas veces superiores a aquellos con los cuales cuenta el propio Estado. Debemos agregar que en este tipo de delitos la propia víctima coopera con el delincuente. Es por ello que deben utilizarse agentes encubiertos a fin de luchar contra ciertas conductas ilícitas, por cuanto el crimen organizado está más allá del alcance de los funcionarios y es imposible de desterrar.

En efecto, ante una nueva modalidad delictiva dirigida por el crimen organizado es necesario utilizar nuevas armas a fin de penetrar su estructura.

La pregunta que debemos hacernos es cómo definir el término "crimen organizado". Su definición es

² Preocupación por el Narcotráfico, Clarín, viernes 11 de diciembre de 1998, pág. 25.

fundamental ya que permite conocer cuál es el enemigo y cuáles son sus características. Ello es importante no sólo desde el punto de vista práctico, sino también legislativo por cuanto la ley debe contener su definición, ya que ello hace a principios constitucionales ligados a la defensa en juicio y a un proceso justo.

En efecto, el individuo acusado tiene que saber exactamente cuál es la conducta que se le imputa y el juez debe, al analizarla saber si aquella cae dentro de la definición de crimen organizado. Dicho concepto, como ya lo he anticipado difícil de definir, es conocido a través de sus características: la colaboración de cierto número de personas, por un prolongado e indefinido espacio de tiempo, disciplina y control interno, operan a nivel internacional, con violencia e intimidación, con una estructura comercial ganando empresas legales, influencia política, campañas electorales, medios periodísticos y corrupción, sofisticada tecnología empleada en las diversas operaciones que desarrolla, las cuales cada día aumentan en su número de acuerdo a las ganancias que se obtienen y son de la más variada especie, desde tráfico de drogas, armas (en los últimos años armas nucleares), hasta las negociaciones efectuadas con seres humanos (venta de órganos, inmigraciones ilegales a distintos países) o con animales (operaciones con especies en peligro), y la falsificación de tarjetas de crédito. Donde haya una ganancia exorbitante allí estará el crimen organizado, pactando con gobiernos y con la mafia tradicional.

Al condenar a un hombre como integrante del crimen organizado el juez debe merituar pruebas para llegar a determinar si el comportamiento de un individuo cae dentro de la definición de crimen organizado, pero primero tiene que tener el concepto que defina aquél porque de lo contrario son demasiado amplias las pautas con las cuales se debe mover. Por ejemplo, hemos dicho que como característica el crimen organizado se encuentra relacionado con figuras políticas, pero que se debe entender exactamente por ello o por el alcance de las relaciones internacionales. El investigador puede darse disfrutar utilizando una serie de palabras o expresiones para buscar antecedentes para sus trabajos, que muchas veces son profundos pero el juez no puede hacerlo, ya que una palabra es una palabra y debe tener un significado preciso. No se puede condenar a un acusado mediante conceptos genéricos y de múltiples interpretaciones. Insisto en que desde el punto de vista legal el individuo debe conocer exactamente de qué se lo imputa. El Fiscal tiene la obligación de describir un accionar delictivo para que el defensor del acusado pueda conocer en qué debe basar su defensa, no puede defender en base a conceptos caracterizados por su vaguedad.

La Cámara Federal en lo Criminal de San Martín ha expresado que era del caso señalar que la existencia de "organizaciones" embarcadas en diferentes quehaceres delictivos extremadamente nocivas para la sociedad, como el tráfico de estupefacientes, autoriza como medio racionalmente aceptable para combatirlas la adop-

ción de diversas medidas de política criminal, como las técnicas encubiertas, toda vez que el Estado se encuentra frente a un serio peligro para sus instituciones, la salud de sus ciudadanos y la continuación misma de su razón de ser, frente a organizaciones a veces de un enorme poder financiero, gran capacidad técnica y armamentos superiores a aquellos con los cuales cuenta el propio Estado.³⁻⁴

Las organizaciones delictivas tienen un complejo origen que concluyen por formar una estructura propia, al margen del poder estatal, al que a veces acceden tangencial y solapadamente, con alcances inciertos, al modo de la mafia y con una influencia innegable sobre la población o determinadas actividades de la comunidad, la cual experimenta conductas complacientes con actividades contrarias al orden legal. La "ley del silencio" la "omertá" u otras análogas, bajo la amenaza de un castigo seguro, resultan más fuerte en los hechos que la del sistema represivo legal.

En la Argentina se usa el término "crimen organizado" para referirse a una modalidad criminal sumamente peligrosa cuyas características se conocen, así como las consecuencias que acarrea a un país su existencia, pero no se encuentra específicamente legislado. Si se

³ Sequeira, Domingo y otros. Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín, Sala 1ra. 20/7/95. Jurisprudencia Argentina, abril 23 de 1997, pág. 45.

⁴ Montoya, Mario Daniel, "Informantes y Técnicas de Investigación encubiertas en los Estados Unidos", L.L., 7/9/93, Actualidad pág. 1.

busca una figura penal que pueda referirse en Argentina a dicho concepto, pero en una forma más primaria, se encuentra el de "asociación ilícita" regulado por el art. 210 del Código Penal, en cuanto expresa que: "Será reprimido con prisión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión".

Al referirse a conductas que atenten contra el orden constitucional, el art. 210 bis expresa que: "Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomase parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) Estar integrada por diez o más individuos; b) Poseer una organización militar o de tipo militar; c) Tener estructura celular; d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

El concepto de agente encubierto está relacionado en forma directa con el de crimen organizado, a pesar de que dicho término no se encuentra definido en la ley argentina, la idea que enmarca y su consiguiente peligro llevó al legislador a pensar cómo combatirlo a través de una técnica especial a utilizar en casos excepcionales, en la lucha contra el narcotráfico.

Vamos a ver en el presente trabajo que el concepto de crimen organizado fue tenido en cuenta por el legislador al introducir al agente encubierto en la ley de drogas, por la ley misma al referirse a organizaciones delictivas, por la jurisprudencia de los tribunales y por la doctrina de los investigadores.

III. Inserción en la sociedad del agente encubierto

El tema del agente encubierto y su uso fue una materia difícil de encarar en la Argentina, especialmente en lo que hace a su tratamiento legislativo, porque al legislar un país no puede olvidar su pasado y una época caracterizada por el oscurantismo, de acuerdo a las instituciones defensoras de los derechos humanos.

El tiempo al que me refiero es el que comprende la dictadura militar (1976-1983), caracterizada por el secreto en las prácticas represivas y en la escasa información que estaba al alcance del ciudadano en la tarea realizada por las Fuerzas Armadas. Al iniciarse nuevamente la democracia en los años ochenta, toda institución

que podía tener similares características o conductas que aquéllas vividas en los pasados años era severamente criticada, ello por temor a que volviesen a repetirse procedimientos reñidos con la publicidad y que de una forma u otra violaran los derechos constitucionales de los individuos, reconocidos asimismo por tratados internacionales.

En la actualidad las máximas autoridades nacionales desmintieron toda posibilidad de que las Fuerzas Armadas fueran a ampliar su participación en la represión del narcotráfico, asumiendo responsabilidades operativas. Ello ratifica una de las primeras políticas de Estado de la etapa democrática; el principio de que las fuerzas armadas no participan en cuestiones de seguridad interna, salvo el caso extremo en que se vean desbordadas las fuerzas policiales y de seguridad. Sólo se brindaría apoyo logístico al accionar de ellas. Esto permitió lograr el consenso sobre el cual se sancionaron las leyes de Defensa Nacional y de Seguridad Interior. Una mayor participación militar en la lucha contra el narcotráfico es considerada inconveniente y riesgosa. Las fuerzas policiales y de seguridad tienen la misión de mantener el orden público y perseguir la delincuencia, bajo el control judicial. La confusión de roles fue uno de los ingredientes de la inestabilidad democrática en muchos países sudamericanos en desmedro del prestigio y del profesionalismo de sus instituciones. Perseguir delincuentes es una tarea policial, y en la Argentina tiene el aporte de fuerzas de seguridad como Gendarmería y Prefectu-

ra; militarizarla sería distorsionar las motivaciones vocacionales de las Fuerzas Armadas.⁵

El agente encubierto fue una institución severamente objetada, por cuanto además de un rechazo hacia el oscurantismo y los operativos secretos se ponía de manifiesto la dificultad en el control de quienes realizaban el trabajo, el cual se encontraba identificado, tal como lo expresara, con las tareas desarrolladas por las Fuerzas Armadas y de seguridad de la época de la dictadura militar.

En un país caracterizado por prácticas irregulares y violatorias de los derechos humanos en determinada época, no es fácil postular por parte de los legisladores la recepción del agente encubierto en la legislación. No debemos olvidar que el legislador al recomendar la aprobación de una ley, tiene en cuenta no sólo las necesidades de la sociedad sino también la posibilidad de su crítica por parte de diversos sectores, que no olvidan los sufrimientos causados por malos recuerdos.

Al decir de Claudia Neria, el agente encubierto involucra por parte del Estado la traición y el engaño. En una sociedad que mira con desconfianza a las fuerzas de seguridad, éstas son, justamente las encargadas de engañar a los ciudadanos, con el fin de escudriñar sus actos y buscar su culpabilidad, además puede crear una situación de inseguridad, ya que se justifica a las

⁵ Patiño Mayer, Hernán, "Fuerzas Armadas y Narcotráfico", Clarín, 5 de junio de 2000, pág. 26.

fuerzas de seguridad cuando realizan las mismas conductas que se intenta investigar.⁶

Al analizar los antecedentes de la recepción del agente encubierto, se debe también recordar, la oposición de las asociaciones de derechos humanos que denunciaron internacionalmente a la Argentina por violaciones cometidas en la época de la dictadura militar (1976-1983), como así también a quienes presionaron para que se aprobara la ley que en la actualidad se refiere al tema, tal es el caso del gobierno de los Estados Unidos y la DEA, por cuanto era considerado de suma utilidad en la lucha contra el narcotráfico.

Quiénes están en contra del agente encubierto; como Zaffaroni, manifiestan que en el mundo premoderno, la legitimidad de los sistemas políticos se fundaba en la religión; la modernidad la fundó en el contrato social, en el consenso y en la soberanía popular; la posmodernidad quiere fundarla en la eficacia, eliminando toda discusión sobre los fines últimos del Estado. En este esquema de Estado posmoderno se inscribe el deterioro de los principios penales liberales o del estado de derecho en aras a la eficacia policial tanto represiva como preventiva. Lo que demuestra que: a) existe una general tendencia a introducir la figura del agente encubierto o espía, b) comienza con su introducción legisla-

⁶ Neria, Claudia, "El Arrepentido y el Agente Encubierto: reflexiones acerca de un proyecto de ley contra las actividades terroristas", I.L.L., 1997-B-1431.

tiva para algunas formas de criminalidad y luego se extiende a otras, hasta convertirse en una fórmula general, y c) *en este proceso se manifiesta especial predilección por adoptar institutos y figuras propias del derecho anglosajón.*

El legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor, como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo estado o el riesgo previsible para la vida de una persona. Si se entendiese que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada Estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo. No es función del Estado autorizar a sus agentes a cometer delitos contra sus habitantes, sino precisamente, tratar de protegerlos contra los que pretenden cometerlos. Al menos hasta ahora así lo hemos entendido en el Estado moderno y no creemos que el Estado posmoderno invente nada nuevo si postula lo contrario.⁷

El uso de agentes secretos no fue una práctica desconocida, en su época, especialmente en materia de seguridad externa, para los constituyentes argentinos, sin

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Impunidad del agente encubierto y del delator: Una tendencia legislativa en Latinoamérica", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 67, pág. 735.

embargo no la incorporaron dentro del contexto de ninguna de las normas de la Constitución Nacional, donde se hallan previstas formas de defensa nacional. Modernamente concurren como elementos determinantes, para su desarrollo, la variación en las leyes penales y la naturaleza y patrones de ciertas formas de conducta criminal, frente a las cuales la utilización de mecanismos de pesquisa de la índole referida y la provisión de seguridad a los testigos se presentan como una alternativa atendible para el legislador.

De este modo, agentes secretos, muchas veces policías encubiertos, actuando como informantes, son usados frecuentemente para introducirse en ámbitos criminales, ya que los métodos habituales de detección son virtualmente inutilizables para luchar contra delitos de la naturaleza del narcotráfico, cuya desarrollo incluye la participación intencional de la víctima.

Siguiendo tal lineamiento, cabe señalar que la actuación de un funcionario público como agente encubierto constituye un elemento procesal valioso, tal como lo reconoce la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, firmado por la Argentina en Viena en diciembre de 1988 y aprobada por el Congreso de la Nación Argentina mediante ley 24.072 (art. 1) disposición que ostenta la jerarquía que le reconoce el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (reformada en el año 1994).

LEONARDO

IV. Antecedentes legislativos de la ley 24.424

Si bien he expresado que en la Argentina no se cuenta con una definición legal de crimen organizado, dicho concepto se encuentra en los antecedentes legislativos que dieron como resultado la introducción del agente encubierto en la legislación argentina sobre drogas (Estupefacientes ley N° 24.424, arts. 6, 7, 8, 9 y 10 los cuales modifican los artículos 29 y 31 de la ley 23.737). Se ha tenido en cuenta que al legislarlo de esta forma, se limita cuidadosamente la vigencia de un instituto que no deja de tener riesgos, especialmente para sociedades como la nuestra en la que aún están frescos casos de abusos de autoridad y se restringe su aplicación a la comisión de los delitos previstos en los arts. 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la ley 23.737 (Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos), o al art. 866, in fine, de la ley 22.415 (Contrabando - Código Aduanero).

En relación al crimen organizado y a la introducción del agente encubierto, el Proyecto de Ley sobre este último tema, de Ernesto P.A. Algaba - José Parola, expresó que el narcotráfico ofrecía como compleja institución criminal organizada, un desafío desconocido hasta el presente y no compatible con ningún fenómeno criminal contemporáneo. Su poder económico que en otras latitudes se entrelazaba con la vida política misma de ciertas sociedades, debía motivar para buscar herramientas idóneas para combatir su desarrollo.

Por su parte el Proyecto de ley de Gastón Ortiz Maldonado - Gabriela González Gass, manifestaba que el narcotráfico era una actividad delictiva que se realizaba en forma organizada, con la participación de varias personas y la utilización de importantes recursos. Esta modalidad delictiva debía llevar a privilegiar en las investigaciones de las fuerzas de seguridad y judiciales, el desbaratamiento de la organización más que el castigo ejemplar de alguno de sus miembros.

Asimismo el Proyecto de ley de Víctor O. Bisciotti y Ernesto P. Algaba, decía que la investigación y prueba de los delitos vinculados con el narcotráfico, en especial la destrucción de las organizaciones que los ejecutaban, requerían muchas veces el logro de la confianza de los integrantes y especialmente de los jefes de las mismas, lo que determinaba la necesidad de la infiltración de los investigadores en dichas organizaciones.

Las Comisiones de Legislación Penal y Drogadicción han considerado los Proyectos mencionados entre otros y el del Senador Augusto Alasino, quien también hizo mención de "la existencia actual de nuevas y complejas organizaciones delictivas", y la del Senador Jorge A. Solana al expresar que "la figura del agente encubierto obedece a la necesidad de combatir diferentes y sofisticados métodos de organización criminal que se han desarrollado y que en la mayoría de los casos sólo pueden ser desbaratados con la inserción dentro de su estructura de una investigación de inteligencia o como

se la denomina en la legislación comparada *undercover operations*".

Todo ello formando parte de una legislación en materia de lucha contra el narcotráfico, actividad ésta que resulta del crimen organizado. Porque es obvio que quienes se encuentran detrás de la actuación delictual mencionada conforman parte de aquél. Es imposible dedicarse a tal actividad sin tener relación con la aludida forma de criminalidad que se encarga de todas las operaciones vinculadas al tráfico de drogas; son los grandes proveedores de narcóticos y quienes lucran con ganancias siderales. En los proyectos de ley a los que hemos hecho referencia se encuentra mencionado el concepto de narcotráfico como sinónimo de crimen organizado.

La posibilidad de la introducción de investigadores en las organizaciones delictivas para a través del íntimo conocimiento adquirido obtener su desbaratamiento y la detención de sus autores, plantea como ya se ha dicho y a pesar de su reconocida eficacia en la lucha contra el delito, importantes problemas jurídicos y morales. Teniendo en cuenta los riesgos, así como la experiencia de otros países y la legislación comparada, especialmente la legislación francesa, se propuso limitar la aplicación del aludido instituto a la legislación contra el narcotráfico.

Por otra parte se postula supeditarlo al control judicial. De este modo es el juez de la causa quien tiene la facultad, durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de delitos, de impe-

dir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o de obtener y asegurar los medios de prueba necesarios en el respectivo proceso, de disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad o bien de la Administración Nacional de Aduanas o personas designadas por el tribunal se introduzcan como integrantes en organizaciones delictivas preexistentes o que se haya detectado que se encuentran en formación, que tengan prima facie entre sus fines la comisión de los delitos previstos en los arts. 5, 6, 7, 8, 10 y 25 de la ley 23.737, o en el art. 866, in fine, de la ley 22.415.

La ley tuvo por fin el reconocimiento del agente encubierto y establecer una precisa regulación de esta figura, pero no se tuvo intención con ello de alentar conductas que, basadas en el axioma "el fin justifica los medios" den lugar a que estos últimos vulneren derechos individuales y sociales amparados por nuestra norma fundamental.

V. Ley 24.424

La figura del agente encubierto ingresó en la legislación argentina con la ley 24.424, arts. 6, 7, 8, 9 y 10 que incorpora al art. 31 de la ley 23.737 sobre Estupefacientes y Psicotrópicos, la regulación de esta institución. Ello

a pesar de la resistencia que en principio tuvo su introducción por cuanto se lo consideró, tal como lo hemos visto, un medio inmoral a utilizarse en la represión del delito, a través del cual el Estado utiliza la mentira y la traición como método de investigación.

El art. 31 bis expresa que: "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley (Estupefacientes) o en el art. 866 in fine del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, y

b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

- La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso las medidas previstas en el art. 31 quinqués”.

Se debe hacer notar en cuanto al texto legal mencionado precedentemente, que los puntos principales tratados hasta el presente por la jurisprudencia y la doctrina son los siguientes:

a) Durante el curso de una investigación..., es necesario que ésta se haya iniciado con respecto a un delito previsto en la ley de drogas. Si no existe una investigación en curso sobre la referida materia no podrá utilizarse la técnica. Se ha querido así evitar las operaciones de pesca.

b) La ley habla en su art. 31 bis inc. a) de introducción del agente en “organizaciones delictivas”, lo que nos habla de una idea difícil de conceptualizar en nuestro medio como es la de crimen organizado. Vale decir que no se podría llevar a cabo una compra de estupefacientes sólo para lograr la condena del vendedor, sino que éste debe estar relacionado con una organización delictiva a la que se pretende investigar.

c) Con respecto al control que debe ejercer el juez sobre la tarea del encubierto, la Sala II de la Cámara

Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, declaró en el caso "Cozza" la nulidad de la designación del agente encubierto por cuanto éste nunca explicó cómo obtuvo la información que va obteniendo en la pesquisa y nunca fue interrogado por el juez. Al respecto, la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por la Constitución Nacional.

El único que puede disponer la intervención del agente encubierto es el juez, cuyo control de la investigación le corresponde. El senador De la Rúa expresó durante el tratamiento parlamentario de la ley: si hace falta una orden judicial para un allanamiento, tanto más es bueno requerir la autorización cuando se trate de esta suerte de patente de corso con fines legislativos que aquí se establece.⁸

d) En lo que hace al conocimiento que deben tener las partes sobre la actividad del agente encubierto el Tribunal Oral N° 3 en la causa 164 "Corbalán, Valentín Omar y otros s/inf. ley 23.737", resolvió declarar la nulidad de las declaraciones de los imputados en virtud de que el juez de instrucción ponderó las actuaciones reservadas en la caja fuerte, las que daban sustento a una medida cautelar y el fiscal fundó su acusación en las mismas actuaciones. El Tribunal expresó que todos a

⁸ Cozza, Héctor y otros s/inf. ley 23.737, rta. 30/12/96, reg. 13.885. Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, causa 12.994.

excepción de los imputados y sus defensas conocieron el contenido de las actuaciones reservadas, calificadas como secretas y manifestó al resolver que "una particular interpretación de la normativa de la ley 23.737 hizo el juez de instrucción y al agente fiscal que confundieron el anonimato del denunciante (art. 34 bis), la reserva de la identidad del encubierto (art. 31 bis) y las medidas de protección para ellos establecidas (arts. 31 quinqués y 33 bis) con el ocultamiento liso y llano de las actuaciones en las que aquéllos intervinieron y en virtud de lo cual, sin sustento legal, se impidió que una de las partes constituidas legítimamente en el proceso conozca piezas colectadas en el sumario, cualquiera fuera el alcance probatorio que tuvieran, lo que constituyó un inaceptable menoscabo al derecho de defensa en juicio de los imputados".⁹

e) La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, en la causa N° 1062, "Navarro, Miguel Ángel s/recurso de casación" en lo que hace a la revelación de la identidad del agente encubierto, citado como testigo, expresó que no es siempre condición necesaria para su presentación en juicio y resolvió que la obligación de declarar la identidad por parte del testigo tiene como finalidad sobre todo la existencia de alguna tacha que pudiera afectar su credibilidad, pero si tenemos en cuenta que el art. 31 bis de la ley 23.737 sólo admite en calidad de agentes

⁹ Corvalán, Valentín Omar y otros s/inf. Ley 23.737. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 en la causa 164.

encubiertos "agentes de las fuerzas de seguridad en actividad" la identidad personal del agente al prestar declaración testimonial tiene una importancia relativa y su individualización ha sido efectuada por el órgano judicial que además garantiza contra cualquier mutación de la persona que debe ser interrogada.¹⁰

Es decir, que la revelación de la identidad del agente encubierto citado como testigo no es, siempre, condición necesaria en su presentación a juicio. Sí lo es en determinadas circunstancias su presencia, a fin de que su testimonio pueda ser controlado por las partes, las que podrán hacerle las preguntas que consideren necesarias. El control de la prueba de cargo tiene un reconocimiento a nivel internacional tal como lo ha demostrado el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

f) El art. 31 bis de la ley 23.737 descarta la participación de un particular como agente encubierto ya que debe ser un empleado o funcionario público. De acuerdo a la norma deben ser miembros de las fuerzas de seguridad. El decreto nacional 1273/92 que reglamenta la ley 24.059 sobre seguridad interior en su art. 1 señala que, se entiende por fuerza de seguridad a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional y como fuerzas policiales a la Policía Federal Argentina y a las policías provinciales.

¹⁰ Navarro, Miguel Ángel s/recurso de casación, Sala I, causa N° 1062. Reg. 1480.

Si se tienen en consideración los antecedentes parlamentarios, surge en forma inequívoca que la voluntad del legislador ha sido que no sólo las fuerzas de seguridad sino también las fuerzas policiales actúen como agentes encubiertos. A lo que debemos agregar que también podrán serlo los miembros de la Administración Nacional de Aduanas, cuando se trate de un contrabando de estupefacientes.

Vale decir que aunque la ley 24.424 solamente mencione expresamente a las fuerzas de seguridad, no hay problema en que efectuando una interpretación coherente y sistemática pueda ser agente encubierto un integrante de la policía e incluso de un organismo administrativo como la Administración Nacional de Aduanas. Lo que fue confirmado por la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso Navarro citado precedentemente.¹¹

g) El art. 31 bis expresa: "si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo", dándole un carácter de medida excepcional al uso del agente encubierto. En cuanto a la designación judicial de un agente encubierto la Cámara Nacional de Casación Penal expresó que: "no surge ni de la letra ni del espíritu del art. 31 bis que sea necesario haber agotado todos los medios de prueba, para poder llevar a cabo lo que esa norma regula"... es sin lugar a dudas el juez que

¹¹ Edwards, Carlos, "El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada", Ed. Ad Hoc, pág. 65.

LEONARDO

dirige la instrucción quien debe sopesar la posibilidad de lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podemos llamar "tradicionales" y, en caso que estime que éstos no resultaron eficaces, echar mano al cauce investigativo que autoriza el art. 31 bis de la Ley de Estupefacientes.¹²

Sin embargo la Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala II, en la causa 12.994, "Cozza, Héctor R. y otros s/ inf. ley 23.737" rta. 30/12/96, reg. 13.885 estableció el criterio de excepcionalidad en el uso de agentes encubiertos al resolver que: "Ponderando la gravedad de la actuación de quién se infiltra en presuntas 'organizaciones' del tipo de las previstas en la norma, así como también considerándola invasiva de los principios constitucionales vigentes que protegen la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, etc., se requiere que dicha modalidad de investigación se utilice sólo si las finalidades de la investigación no pudieran ser realizadas de otro modo y si se estuviera en condiciones de poder afirmar, ponderando ello con los parámetros propios del comienzo de una investigación, la existencia de una organización".

h) En lo que hace a la resolución que por la cual se designa a un agente encubierto la ley expresa que: debe ser debidamente fundada (debemos recordar que está

¹² Sanabria, Virgilio. Cámara Nacional de Casación Penal. Sala IV, setiembre 11-1997, I.L., Suplemento de Jurisprudencia Penal, 30 de marzo de 1998, pág. 20.

de acuerdo con lo establecido por el art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación). Si bien la designación es llevada a cabo por el juez, la propuesta de quién será un agente encubierto queda a cargo del superior jerárquico de la fuerza de seguridad o policial de que se trate.

La Cámara Nacional de Casación Penal, expresó en Sanabria en cuanto a las formalidades de la resolución mediante la que se designa a un agente encubierto, la necesidad de una resolución fundada al expresar que: "la exigencia de fundamentación tiene como función primordial, en casos como éstos, evitar que la medida de prueba pueda resultar arbitraria, circunstancia que no existiría cuando la decisión judicial encuentre apoyatura en elementos incorporados con anterioridad a su dictado que, de un modo razonado, permitan arribar a la decisión judicial adoptada". Se determinó también en el aludido pronunciamiento que: "siendo requerida al magistrado instructor la participación de un agente encubierto, resulta razonable concluir que la decisión en tal sentido fue fundada, ya que existía en autos una base sustancial y mínimamente suficiente para justificar la medida cuestionada".

En el caso Gaete Martínez, Rufo E., la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 2da. 3/6/99, la defensa expresó que se había violado lo dispuesto en el art. 31 bis de la ley 23.737, y por ello las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso por entender que el suboficial de la Policía Federal que actuó como agente encubierto obtuvo pruebas sin que se

formalizara con arreglo a derecho su designación, por lo que todos los elementos probatorios obtenidos a partir de esta actuación son ilegales. Ello por cuanto la resolución que ordenó la intervención carece de fundamentación puesto que no expresa los motivos de hecho y de derecho que justifican la adopción de la medida, de acuerdo a lo que establece el art. 123 del Código Procesal Penal.

Al rechazar la petición la Cámara expresó que la aludida norma no implica que el juez debe volcar en la resolución una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lo llevó a resolver en determinado sentido, ni a enumerar en detalle las circunstancias fácticas que le sirven de sustento, ni reclama una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento. El requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sea congruente con el punto que decide, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnaciones que se pudieran plantear (conf. Causas N° 1186, caratulada: "Cortinez, Jorge A s/rec. de casación", reg. N° 1651, rta. el 14/8/1997 y N° 1498, caratulada: "Pestelli, Antonio C. s/rec. de casación", reg. N° 2212, rta. el 6/10/1998 entre otras).¹³

El agente encubierto debe expresar su consentimiento para ser nombrado como tal, por cuanto es una

¹³ Gacete Martínez, Rufo E., Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 2da., 3/6/99. Jurisprudencia Argentina, 17 de mayo de 2000, pág. 16.

función difícil y peligrosa, como significa infiltrarse en una organización delictiva dedicada al tráfico de estupefacientes, en la que debe utilizarse una falsa identidad, cambiar sus hábitos de vida, separarse de su núcleo familiar e incluso llegar a delinquir para ganarse la confianza de la organización en la cual pretende infiltrarse.

El art. 31 ter en lo que respecta a la responsabilidad del encubierto por delitos cometidos durante su investigación expresa: "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".

La impunidad en materia penal de los agentes encubiertos constituye una seria lesión a la ética del Estado o sea a un principio que forma parte esencial del Estado de derecho, el cual no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad.¹⁴

La consecuencia de que se haya optado por una excusa absoluta significa bajo el punto de vista penal que el hecho ilícito que cometa el agente encubierto es un delito, pero no se le aplicará una pena por una cuestión de política criminal. Debido a ello quienes hubiesen participado en el hecho, serán partícipes recibiendo

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "El crimen organizado como categorización frustrada". Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 1, 1995, pág. 279.

la pena que corresponda ya que la excusa absolutoria es personal. Por lo que si el agente encubierto se ve obligado a cometer un delito los integrantes de la organización delictiva que participaron en el hecho recibirán la pena que les corresponda por su participación criminal.

Hay excepciones al principio de no sancionar la conducta del agente encubierto y ello es cuando se pone en peligro cierto la vida o la integridad física de alguien o se imponga un grave sufrimiento. Vale decir que en el derecho argentino el agente encubierto se encontraría libre para sacrificar durante su actuación cualquier bien jurídico que crea necesario, con la única limitación de las conductas mencionadas precedentemente. De lo que se deduce que la fórmula deja librada a los tribunales la determinación del "peligro cierto" o el "sufrimiento grave" sobre la base de criterios puramente discrecionales.¹⁵

Pero si el agente comete un delito expresamente excluido por la ley, como por ejemplo un homicidio, puede alegar la existencia de alguna causa de justificación o inculpabilidad, como un estado de necesidad o una coacción, cuando por ejemplo, cuando su vida corra peligro; aquí se aplican los principios generales de la teoría del delito.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente

¹⁵ Guariglia, Fabricio, "El Ingreso del Agente Encubierto en el Procedimiento Penal Argentino" (Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia N° 1 y 2, pág. 211).

su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda.

El funcionario debe prestar su consentimiento para trabajar en una investigación como encubierto, al respecto el art. 31 quater dispone: "Ningún agente de las Fuerzas de Seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto".

En lo que respecta al tema de la seguridad del agente encubierto a posteriori de la investigación el art. 31 quinqués dice: "Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuese la cantidad de años de servicio que tuviera. En este último caso se les reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponde a quien tenga dos grados más que él. Por otra parte en caso de peligro cierto para su vida o su integridad podrá beneficiarse con un programa de protección de testigos".

A fin de proteger los datos confidenciales que rodeen al encubierto el art. 31 sexies manifiesta que: "El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil

pesos e inhabilitación absoluta perpetua". Se refiere a la revelación dolosa de información.

Asimismo: "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 a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años". Dicho concepto hace a la revelación culposa de identidad.

En lo que se refiere a la participación en juicio del agente encubierto existe un problema con el control de la prueba aportada por él, ya que debe ser interrogado por la defensa mediante el "cross examination". Aquél se presenta cuando el individuo se encuentra trabajando en otro procedimiento y no puede abandonarlo, ya que de esta forma su identidad sería conocida en desmedro de su actuación en el nuevo caso. Al respecto el art. 31 quinquies expresa que cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo. Debido a ello podrá solicitar su pase a retiro y contar con el programa de protección de testigos (art. 31 sexies).

En lo que se refiere a la presentación en juicio como testigo del agente encubierto, sobre el punto se trató en el caso Navarro, al que hemos hecho referencia y que fuera resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal. En dicho precedente una resolución que hizo lugar a la presentación del Suboficial Navarro a fin de prestar

declaración ante el Tribunal Oral en lo Criminal no estaba fundada en la necesidad de asegurar el derecho de defensa de los imputados, por lo que el mencionado tribunal anuló el decreto que ordenó la declaración del encubierto en dicha etapa de juicio.

En lo que hace al agente encubierto y su presentación en juicio se admite en países como Alemania la prueba subrogada, es decir que sea el jefe del agente encubierto quien se presente en el interrogatorio. Asimismo se ha considerado la posibilidad que el agente se presente enmascarado o detrás de un panel. Al respecto, los Tribunales internacionales han expresado en diversas sentencias su parecer. Ello surge de los siguientes precedentes dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kostovsky v. The Netherlands*, en él se exigió la presencia del testigo por cuanto la defensa tenía el derecho de interrogar al testigo y observar sus distintas reacciones, dicho temperamento fue seguido en el caso *Ludi v. Switzerland* (en lo que hace a un agente encubierto) y en *Van Mechelen v. The Netherlands*. En dichos precedentes las sentencias condenatorias fueron revocadas por cuanto la declaración de los agentes encubiertos, al iniciar la investigación, fue la única prueba para fundar la condena, no contando la defensa con su derecho al "cross examination". En el caso *Asch v. Austria* se resolvió confirmar la condena

por cuanto había otras pruebas en las cuales fundar una condena.¹⁶

VI. Jurisprudencia

Al analizar la jurisprudencia existente en la Argentina sobre el agente encubierto debemos recordar que la Constitución Argentina se encuentra basada en la de Estados Unidos, es por ello que la Corte Suprema Argentina cita continuamente fallos de ese alto tribunal tal como veremos a continuación. Al mencionar los fallos tanto de la Corte Suprema como del Tribunal de Casación Penal de la Argentina, en el presente trabajo, recordaremos los que son mencionados como resueltos por la Corte americana, en los que basan sus resoluciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la función del agente encubierto en el caso: "Fiscal c. Fernández, Víctor Hugo" (11-12-1990), al resolver "que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de delitos no es por sí misma contraria a las garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso se ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede

¹⁶ European Court of Human Rights. Caso Kostovsky, 20 de noviembre de 1989. Ludi, 15 de junio de 1992. Caso Asch, 26 de abril de 1991. Caso Van Mechelen 23 de abril de 1997.

particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar”.

El aludido caso se refirió a un procedimiento policial realizado en la provincia de Mendoza que tuvo como resultado el arresto de dos personas de ciudadanía boliviana, que guardaban en su poder cierta cantidad de cocaína destinada al tráfico ilegal. Por información de uno de los detenidos llamado Víctorio Fernández se supo que en una vivienda de la zona otro cómplice guardaba 9 kilogramos del aludido estupefaciente. Las averiguaciones realizadas, revelaron que esa propiedad era la sede del consulado de la República de Bolivia y a la vez, vivienda personal del cónsul. Al no ser posible un allanamiento, por la inviolabilidad de la propiedad consular, se urdió una estratagema consistente en que uno de los policías vestido de civil, se presentó en el consulado junto con el detenido Fernández, que había aceptado colaborar. Llamaron a la puerta y fueron atendidos por el cónsul; Ricardo Rivas Graña, quien reconoció a Fernández e hizo pasar a ambos hasta la sala de recibo; el policía no se identificó como tal y se ocultó que su acompañante estaba allí en calidad de detenido incomunicado.

A posteriori, Fernández solicitó a Rivas Graña que le entregara los paquetes de cocaína que guardaba, y éste, tras retirarse al interior de la morada, volvió con la droga y la entregó sin ningún tipo de reparo a los visitantes.

Una vez afuera se procedió al secuestro del estupefaciente. Luego, el cónsul fue llamado por teléfono y convocado a un lugar público, con el pretexto de asistencia a un connacional, artilugio que determinó su detención fuera de la sede consular.¹⁷

La Corte Suprema de Justicia convalidó el procedimiento y rechazó las objeciones sobre una trasgresión a la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Los argumentos del Tribunal fueron los siguientes:¹⁸

a) No ha existido allanamiento, tanto porque legalmente no era posible en el consulado, como porque la policía ingresó en el lugar con el consentimiento del titular del domicilio.

b) Un examen exhaustivo de todas las circunstancias del caso indica que no hubo engaño para ingresar a la vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese conocido, y que presentase al otro como su amigo, para que se les franquease la entrada.

c) Durante la permanencia en el consulado el policía asumió una actitud pasiva y no practicó pesquisa, registro, inspección o requisa, el paquete que contenía la droga no fue obtenido por ardid o descuido, sino por entrega voluntaria del morador.

¹⁷ Fiscal v. Fernández, Víctor Hugo. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/12/1990.

¹⁸ Sandro, Jorge Alberto, "Una distorsión de las garantías constitucionales. El agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso", *Doctrina Penal*, año 15, enero-junio 1992, N° 57/58, pág. 126.

d) El titular del derecho de exclusión permitió el acceso al desconocido sin indagar sobre los motivos de la visita ni verificar su identidad. Fue su propia conducta discrecional, pues, lo que permitió la presencia del agente de la policía en el recinto privado y la comprobación del delito.

e) El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es contrario a garantías constitucionales, a menos que él produzca el crimen tentando a personas inocentes para delinquir (actividad creativa de los oficiales que ejecutan la ley).

f) Quien realiza una transacción criminal en su morada, frente a una persona desconocida que pudo excluir, asume libremente el riesgo de la delación y no sufre desmedro en su derecho constitucional a la intimidad.

La Corte Suprema Argentina siguiendo los fallos de la Corte americana trató otros puntos importantes:

VI.1. Entrapment (entrampamiento o celada)

Debe ser evitada toda relación del agente encubierto con el viejo concepto de agent provocateur, es decir quien tiene la finalidad de lograr que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo, para obtener su castigo. Ello ha sido tratado por la Corte Argentina siguiendo a su par americano al igual que por la Cámara Nacional de Casación Penal.

ENCUBIERTO

En tal sentido se resolvió que el agente encubierto no se debe encontrar ligado al entrapment. Resulta procedente recordar en este punto del análisis que nuestro más Alto Tribunal, en oportunidad de examinar el empleo de los agentes encubiertos, concluyó que no es por sí mismo inconstitucional salvo que el infiltrado hubiese producido el crimen persuadiendo a inocentes a cometerlo (Fiscal c/ Fernández, F. 400 XXI, resuelta 11/12/90). De esta manera adhirió sustancialmente a la nutrida jurisprudencia norteamericana acerca de la doctrina del "entrapment" (v.gr. "Hampton", 1976), que se remonta a los tiempos de la llamada "ley seca" (Sorrels v. U.S. 1932)".

La Corte Suprema Argentina expresó que una interpretación prudente de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos, de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina; entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (conf. Lewis v. U.S. 385 U.S. 206).

La conformidad con el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho, lo que no sucede cuando aquél se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del

crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (conf. *Sorrels v. U.S.* 287 U.S. 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito de los que son “producto de la actividad creativa” de los oficiales que ejecutan la ley (conf. *Sherman v. U.S.* , 356 U.S. 369, y *Hampton v. U.S.* 425 U.S. 484) en los que procede desecharse las pruebas obtenidas por la actividad de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como “entrapment” (conf. *Woo Wai v. U.S.* 223 U.S. 412 y *U.S. Russell*, 441 U.S. 423) (*Fiscal Federal v. Fernández*, Corte Suprema Argentina).

En efecto, cuando el designio criminoso se origina a través de la conducta de los funcionarios del gobierno y ellos implantan en la mente de una persona inocente la disposición de cometer delitos e inducen su perpetración, el sigilo y la estrategia se convierten en un objetable método policial ilícito como lo son la confesión y las búsquedas ilegales.

En el caso *Sorrels* citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Cámara Nacional de Casación, el Alto Tribunal americano determinó la validez de la defensa de entrapment y que era oponible cuando la concepción y planeamiento de un delito era realizada por un funcionario que procuraba su comisión por alguien que no lo habría perpetrado sino fuera por el

truco, persuasión o fraude del agente inductor. El condenado fue acusado de dos cargos por posesión y venta de whisky en violación de la National Prohibition Act. En el caso intervino un agente del gobierno de nombre Martín, quien le manifestó al condenado que había prestado servicio al igual que él durante la segunda guerra mundial, lo que era verdad y solicitó que le vendiera algo de licor, después de requerírselo en varias ocasiones finalmente lo consiguió.

En dicho caso la Corte Americana recordó que el hecho de que los empleados del gobierno brinden oportunidades o facilidades para la comisión de un delito no anula la persecución, ya que los artificios o estratagemas pueden ser utilizados para comprometerlos en empresas criminales. La Corte Suprema americana ha resuelto que las técnicas de incentivar actos ilícitos no pueden alcanzar el grado donde ellas constituyan una trampa. Si lo hacen se puede oponer una defensa por parte del acusado de un acto criminal por cuanto el Congreso al sancionar la ley penal no intentó castigar a personas inocentes quienes fueran inducidas a cometer conductas proscritas por medio de la instigación gubernamental.

En *Hampton v. United States* (425 U.S. 484, 1976), citado tanto por la Corte Suprema Argentina como por la Cámara de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resolvió que el debido proceso no había sido violado por el mero hecho de utilizar un acto encubierto por el cual se le suministrara contrabando de heroína a un sospechoso, quien posteriormente

la vendió a otro agente especial. En efecto, Hampton se quejó por haber sido conducido a una transacción en narcóticos que comenzó y terminó con el gobierno. La Corte al confirmar la condena expresó en el voto de su miembro Powell: La mayoría resolvió que el concepto de justicia fundamental inherente en la garantía del debido proceso nunca impediría la condena de un delincuente predispuesto a pesar del comportamiento de la policía a la luz de las circunstancias que lo rodearon. Es por ello que el derecho constitucional al debido proceso no es violado por la conducta del funcionario al proveer el contrabando que conforma la base del delito.

VI.2. Derecho de Privacidad

También fue tratada la problemática del uso de agentes y el respeto a la privacidad. Al respecto debemos mencionar que para algunos autores americanos, el derecho de privacidad en Estados Unidos, es una creación jurisprudencial, proveniente de una corte activista, reconocida inicialmente en los casos *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) y *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), en lo que hace a Argentina si bien la Constitución Argentina es una réplica de la americana, el derecho de privacidad en nuestra constitución está expresamente previsto en el art. 19, en dicho punto el constituyente se alejó del modelo americano y siguió al legislador francés.

Al respecto la Corte Suprema Argentina manifestó en *Fiscal v. Fernandez* que: No puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Así son totalmente aplicables las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema americana en el caso *Hoffa v. U.S.* 385 U.S. 293. En efecto, lo sostenido por ese Supremo Tribunal es plenamente aplicable a la garantía de inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de la corte americana "lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente". Pero ello supone una actitud del individuo celoso de su intimidad y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito de su domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

En consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquellos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido

por el extraño. Tal sería el caso en que con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Éste es el modo en que también ha sido entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema americana, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias, fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción. Allí la Corte admitió la validez del testimonio incriminatorio en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado "invitó" al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, "y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal".

En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad, reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo, que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos por quien, de esa forma, tomó conoci-

miento de ellos (conf. mutatis mutandi "López v. U.S. 373 U.S. 427").

VI.3. Búsquedas y secuestros

La IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos reconoce el derecho de la gente a estar segura contra... búsquedas y secuestro irrazonables, lo que es seguido por la Constitución Argentina en su art. 18.

La tarea del agente encubierto envuelve una búsqueda en la cual la enmienda invocada según algunos autores norteamericanos, serviría contra las posibles interferencias arbitrarias y opresivas de los agentes encargados de hacer cumplir la ley.¹⁹

En el caso López v. United States, citado por las cortes argentinas se resolvió que los agentes encubiertos no amenazaban lo suficientemente como para convertirse en una limitación a la IV Enmienda. En dicho precedente se investigaba la posible evasión del pago de impuestos federales en la explotación de un cabaret por parte de Germán López, a quien Davis, el agente encargado de la investigación, le grabó una conversación de la cual surgía que le había ofrecido una suma de dinero para sobornarlo. Tal maniobra fue la base por la cual se lo condenó. La línea defensiva estuvo dirigida contra la

¹⁹ Tribe, Laurence, "Amendment IV. American Constitutional Law", pág. XLI.

grabación del diálogo, por cuanto había sido lograda mediante una violación a sus derechos protegidos por la IV Enmienda.

La única evidencia obtenida consistió en declaraciones hechas al agente Davis por López, si bien éste sabía perfectamente que podrían ser usadas por el investigador encubierto en su contra si así lo deseaba. La Corte ha resuelto que quien escucha en forma oculta por medio de un instrumento electrónico puede demandar constitucionalmente cuando los aparatos han sido usados para capacitar a agentes del gobierno a escuchar conversaciones que están más allá del oído humano. Pero este caso no envuelve a nadie que llevara a cabo tal conducta en el propio sentido del término ya que los aparatos mecánicos fueron usados sólo para obtener evidencia confiable de una conversación en la cual el agente del gobierno era un participante y podía recordarla ante un Tribunal. Por otra parte el instrumento no fue colocado por medio de una invasión física bajo circunstancias que puedan violar la IV Enmienda sino que la operación fue llevada a cabo por un agente quien se encontraba en el lugar con el consentimiento del apelante. El riesgo que éste corrió en ofrecer el soborno a Davis incluía el peligro que la oferta pudiera ser reproducida ante la Corte, ya sea por una buena memoria o por grabaciones mecánicas. No hubo, por lo tanto, invasión alguna a derechos constitucionales protegidos ni a leyes federales o a reglas de procedimiento (*López v. United States* 373 U.S. 427, 446 -1963, pág. 439).

Entre los casos en que se trató la posible violación de la IV Enmienda, que fueran mencionados por los tribunales argentinos, podemos mencionar *Hoffa v. United States*; *Lewis v. United States*; *Osborn v. United States*; donde se cuestionó la evidencia obtenida por agentes y se alegó que debía ser suprimida porque el consentimiento del acusado había sido obtenido mediante fraude o falsa representación. En dicho precedentes la Corte Suprema americana una vez más aprobó el uso de agentes encubiertos al llegar, de acuerdo a la doctrina a las siguientes conclusiones: 1) un espía o informante puede ser empleado para vigilar a una persona no obstante no haya causa probable ni una razonable sospecha de que ha cometido un crimen o se encuentra comprometido en una conducta criminal; 2) el agente puede ser un amigo personal del blanco o un socio en sus negocios o un extraño; 3) el agente puede llevar a cabo sus actividades clandestinas sin ningún límite de tiempo o espacio.²⁰

Para los investigadores argentinos, el punto de vista que hace a la protección de garantías constitucionales, ha sido puesto de manifiesto por Zaffaroni al expresar que se autoriza a través del reconocimiento del agente encubierto a interceptar correspondencia, teléfonos y otras comunicaciones en forma que afecta seriamente la reserva y la privacidad. Así como también se aceptan

²⁰ Notes and Comment, "Judicial Control of Secret Agent. The Yale Law Journal", vol. 76, pág. 999.

pruebas de dudosa procedencia y entre ellas las manifestaciones de los agentes encubiertos y los delatores, lo que no se explica con la pretensión que deben ser acompañadas por pruebas objetivas. En el derecho argentino los delatores e informantes no son testigos, así que pueden falsear los hechos a voluntad.

VII. Conclusión

Evitar la inseguridad jurídica que puede ocasionar una conceptualización legal que no especifique adecuadamente un comportamiento contrario a la ley puede tener un alto precio en la sociedad, por cuanto ello permitirá que aquéllos contra quienes iría dirigida adviertan un vacío legislativo que permite operar en un país. Es cuestión de que exista no sólo una captación del crimen organizado de parte de los tres poderes del Estado sino que éste trascienda en forma concreta en el mundo jurídico a través de una ley que lo regule, porque es la única forma de enviar una señal efectiva de que se reconoce a un enemigo, se considera su poder y en consecuencia se busca su castigo, especialmente cuando aquél atenta contra el concepto mismo de Estado y Democracia.