

Título: El "nemo tenetur" y el agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal Federal

Autor: del Pino, Lucas

País: Argentina

Publicación: Revista Institucional de AFFUN - Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación - Número 1 - Noviembre 2021

Fecha: 19-11-2021 - Cita: IJ-MMLXXV-581

El nemo tenetur y el agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal Federal

Lucas del Pino*

“[E]l crimen, aunque es mudo, al final habla con lengua milagrosa. Haré que estos actores reciten algo como el crimen de mi padre en presencia de mi tío. Observaré sus gestos, le hurgaré la herida. Al menor sobresalto ya sé qué hacer.” William Shakespeare
Hamlet

I. Presentación [\[arriba\]](#)

A raíz de la implementación de la técnica de investigación del agente encubierto en el nuevo Código Procesal Penal Federal,[1] el enfoque del presente trabajo brindará las distintas miradas sobre la articulación de su práctica con la garantía constitucional de la prohibición de la autoincriminación. Se abordarán tanto los antecedentes normativos y jurisprudenciales, como las visiones que sobre la cuestión ha realizado la doctrina a lo largo de los años. Por último, se darán algunas conclusiones sobre todo lo estudiado.

II. El agente encubierto. Antecedentes históricos [\[arriba\]](#)

Aunque su incorporación en el Código Procesal Penal Federal pueda resultar novedosa, el uso de agentes encubiertos no es un fenómeno de estos tiempos sino, más bien, es una técnica de investigación que se viene usando en todas las épocas de la historia de la humanidad. Los pueblos de la antigüedad la utilizaban con sus enemigos, generalmente con los pueblos vecinos que pretendían conquistar.[2]

También puede encontrarse en una de las tramas de la Odisea de Homero. En la guerra contra los troyanos, la historia cuenta que los griegos introdujeron un batallón dentro de la ciudad mediante una técnica de infiltración escondida[3].

Este tipo de operaciones ocultas se reiteró en el tiempo y ha sido una práctica habitual en el siglo anterior por las potencias extranjeras. En la guerra fría los servicios secretos soviéticos utilizaron espías e infiltrados en Europa. En la década de 1920 el espionaje consistía fundamentalmente en comprar información a agentes de segundo rango del bando contrario. A partir de los años treinta en la Unión Soviética la práctica se desarrolló a lo largo de décadas, lo que les permitió combatir a las organizaciones enemigas desde el interior.

El homicidio de Lev Davidovich Bronstein (León Trotsky), a manos de Ramón Mercader -en la piel de (Jacques Mornard) se inscribe como un hito en el uso de la infiltración encubierta en la historia de la Unión Soviética[4], como también, el caso de los agentes dobles que

ayudaron a la KGB a conseguir secretos sobre el programa de armamento nuclear de EE.UU. y les permitieron avanzar en el desarrollo de su propia bomba[5].

En nuestro país, un precedente del uso de este tipo de técnica fue ejecutado por la Escuela Mecánica de la Armada durante el Terrorismo de Estado en una operación de seis meses de duración, que culminó con la desaparición de dos monjas francesas, cuatro jóvenes militantes de Vanguardia Comunista y seis madres y parientes de personas desaparecidas, quienes solían reunirse junto con el infiltrado en la Iglesia de la Santa Cruz[6].

Se dice que su origen proviene de Francia, sin embargo, no fue exhibido con orgullo hasta su uso en los Estados Unidos de América, momento en el que la temática comenzó a despertar el interés del público, sobre todo en películas y obras literarias, donde comenzó a exhibirse una imagen positiva sobre el tema[7].

III. Concepto, antecedentes normativos y ámbitos de aplicación [\[arriba\]](#)

El nuevo Código Procesal Penal Federal regula la aplicación del agente encubierto -arts. 183 y 184-, la del agente revelador -arts. 185 y 186-, la de la entrega vigilada -arts. 195 y 194- y la del informante -art. 191-. En lo que interesa al análisis de este trabajo, solo se abordará sobre la técnica de investigación del agente encubierto[8].

Soto Nieto lo define como el sujeto integrado en la fuerza pública que, con el designio de llegar a descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, lleva a término un despliegue actuacional que, sorprendiendo al abordado infractor, saca a la luz su comportamiento incriminable. Para Cafferatta Nores, se trata de un funcionario público que, fingiendo no serlo, se infiltra por disposición judicial en una organización delictiva con el propósito de proporcionar desde adentro, información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y, como consecuencia, el desbaratamiento de esa asociación ilícita. El agente encubierto es aquel funcionario público que simula ser delincuente[9].

La actividad encubierta de agentes del Estado representa la primera línea en la persecución de delitos vinculados -únicamente- con la ley de droga, los previstos en la Sección XII, Título I del Código Aduanero, los casos en donde se apliquen los 41 quinquies, 142 bis, 142 ter, 145 bis y ter, 170, 189 bis, (párrs. 1, 3 y 5), 210, 210 bis, y Libro Segundo, Título XIII del CPN.

Esta técnica de investigación busca que el agente -previamente autorizado por una jueza o juez, y altamente calificado- se introduzca o infiltre en las organizaciones criminales o delictivas, ocultando que es funcionario público y simulando ser un miembro más de la organización, para con ello intentar obtener la identificación -o detención- de los autores, partícipes o encubridores de esos delitos, o para que impida su consumación, o para reunir información para su investigación.

El concepto de “organizaciones delictivas”[10] surgido del art. 183, es claro y excluye para el empleo de esta técnica a la delincuencia individual como a la plural que no tenga la suficiente estructura asociada y organizativa, porque el fundamento de su uso reposa en la complejidad de su investigación, dado que, al tratarse de una severa intromisión dentro de la esfera de la intimidad de las personas, se ha intentado compatibilizar el respeto a los derechos fundamentales en una mayor eficacia en la lucha contra este tipo de criminalidad[11].

Antes del nacimiento del CPPF, este tipo de técnicas ya se encontraban vigentes por las disposiciones insertas en la Ley de Estupefacientes primero, y en la de Investigación, Prevención y Lucha de los Delitos complejos, después -23.737 y 27.319, respectivamente-

Aun previo al dictado de esas leyes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había allanado el camino para las futuras reformas legislativas que venían imponiéndose en algunos países de Europa y en Estados Unidos de América, con el dictado del fallo conocido como “Fiscal c/Fernandez” o “Rivas Graña, Ricardo E.” del año 1990, que deshacía la doctrina hasta el momento imperante en ese Tribunal -sobre este fallo se profundizará más adelante en págs. 14/16-.

Inspirada en el ejemplo de otras naciones democráticas[12], en el mes de diciembre de 1994 la Argentina sancionó la Ley N° 24.424 que introdujo en la Ley de Estupefacientes - entre otras cuestiones- la actuación encubierta de agentes de las fuerzas de seguridad.[13]

La Convención de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1988, ya había fijado las bases en la política criminal a nivel global para la prevención y la sanción de conductas vinculadas con el tráfico ilegal de estupefacientes.

Más adelante, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada del año 2000 estableció las técnicas especiales de investigación para los delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada. El art. 20 consagró que “...cada Estado Parte adoptará...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”[14] (el resaltado es propio).

En el mes de noviembre del año 2016, se sancionó la Ley N° 27.319 apoyada en el decreto presidencial que, en el mes de enero de ese año, declaró la emergencia en seguridad. El DNU reconocía la complejidad y gravedad del “problema de la República Argentina en materia de aumento de la criminalidad, narcotráfico y crimen organizado”.

La Ley N° 27.319, amplió el decálogo normativo que, en un principio, se encontró circunscripto a reprimir el tráfico ilegal de drogas, por un nuevo contexto legal que incluyó también delitos aduaneros, delitos de terrorismo, delitos sexuales, delitos contra la libertad, delitos contra el patrimonio, delitos de trata de personas, delitos de asociación ilícita y los delitos que atentan contra el orden socioeconómico. En particular, su art. 3ro. regula la figura del agente encubierto.

A diferencia de lo estipulado en la Ley N° 27.319, y apoyado en las características propias del sistema del CPPF -que viene a enfatizar la actuación del Ministerio Público- en el nuevo código la solicitud para la aplicación de este tipo de técnicas de investigación se encuentra limitada solo para la fiscal o el fiscal[15], y su aplicación a la jueza o el juez.

Otra diferencia entre un cuerpo normativo y el otro, es que el CPPF amplió el catálogo de casos para su procedencia e introdujo a los previstos en los arts. 189 bis, párrs. 1, 3 y 5 del Código Penal.

La Ley N° 27.319 consagraba expresamente que la procedencia para su aplicación debía ser restrictiva y ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Si bien dichos requerimientos de procedencia no están detallados en el título IV, se encuentran enmarcadas sobre la base de las disposiciones del art. 16 del CPPF[16]. Ello significa que la fiscalía deberá: evaluar previamente que no haya a su alcance otra alternativa para poder avanzar con la investigación, argumentar y comprobar que la medida que pretende adoptar se encuentre relacionada con la investigación de alguno de los delitos enlistados, y que sea de compleja comprobación.

Entonces, al momento de requerir su aplicación la fiscalía tendrá que exponer -en forma oral o escrita- la hipótesis delictiva del caso en la que tiene que incluir un relato circunstanciado y explicar de qué manera se profundizará la investigación con la aplicación de esa técnica debiendo demostrar, tanto que su empleo resulta indispensable, como también los motivos por los cuales no podrá avanzarse de otra manera[17].

Es decir, el acusador o acusadora no deben solamente mencionar el delito que se requiere investigar, sino que, previamente, debió haber reunido un cuadro probatorio mínimo que le permita al juez o a la jueza conocer objetivamente y de manera palmaria la existencia de una hipótesis delictiva, y que aquella se corresponda con las que se encuentran enumeradas en el art. 182 del CPPF.

Dado el carácter especial del uso de esta técnica, sería conveniente que en el pedido de la fiscalía se expliquen de manera detallada los motivos por los cuales no podrían utilizarse los medios de prueba ordinarios, o que de su producción no se obtendrían resultados satisfactorios, o el peligro y urgencia en la demora que su aplicación importaría.

La orden judicial debe estar seguida de un exhaustivo control y observación de la actuación del agente[18] con miras a intentar contener o prevenir cualquier tipo de abuso que pueda caecer en el desarrollo de la medida.

Se sostiene que, como contrapeso indispensable para su utilización, será trascendental el respectivo control sobre los operadores de justicia para que su aplicación sea excepcional, pues, al suponer el sacrificio de un derecho fundamental, la técnica debe ser el último medio posible[19].

IV. Justificación para el uso de la técnica y su admisión constitucional [\[arriba\]](#)

Sin dudas la utilización encubierta de agentes del Estado para la investigación de ciertos delitos embiste con el debido goce de garantías constitucionales, sobre todo con la de prohibición de autoincriminación, como también con el derecho a la intimidad (arts. 18 y 19 CN), por lo tanto, merece la pena profundizar sobre las consecuencias que se estarían jugando con su utilización.

Un amplio sector de la doctrina sostiene que los derechos no son absolutos frente a determinadas situaciones de urgencia y excepcionales, y que tales derechos se pueden restringir o afectar en mayor medida que la ordinaria cuando, por ejemplo, estén en juego la seguridad o el bien común en una sociedad democrática[20]; siempre y cuando, su admisión legal requiera la incorporación previa y de manera respetuosa de todos los recaudos legales al momento de ordenarlas.

Entonces, se considera que la figura del agente encubierto reposaría en estándares constitucionales mientras que su utilización se limite a investigaciones de delitos graves o cometidos por organizaciones criminales, porque solo en ese tipo de delitos podrá ser adecuado y proporcional el sacrificio de la vulneración de tales derechos fundamentales.

Es que, si se parte de la premisa de que el interrogatorio entre el agente y el miembro de la organización criminal descansa en una falsa relación de confianza establecida con la ayuda de un engaño habilitado en el título de inicio de la infiltración, se entiende que podrá ser válido en la medida en que el engaño que posibilita la conversación entre ambos reúna aquellas características fundamentales[21].

El tribunal Superior Español se refirió al agente encubierto como un medio excepcional de investigación que requiere una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar,

y sostuvo que el interés del Estado y de la sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos.[22]

Al ahondar sobre ese tipo de delitos, aquel tribunal sostuvo que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, por lo que será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores o incluso faltas, se extendiese este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible[23].

No obstante, y más allá de la gravedad del hecho o su urgencia, el agente encubierto oculta ante los demás su condición de policía, lo que le permite observar y oír de incógnito conductas y conversaciones que tienen lugar en su presencia o en domicilios a los que tengan acceso, desarticulando el derecho a permanecer en silencio del acusado[24].

El derecho a guardar silencio por parte del imputado implica su facultad de no autoincriminarse y que una eventual confesión rendida lo sea conforme a determinadas garantías.

En un Estado de Derecho, las garantías constitucionales son los límites que se imponen al derecho procesal para el descubrimiento de la verdad por la comisión de un supuesto delito[25], y su fundamento se erige principalmente en el respeto por la dignidad del ser humano[26]. Dentro de esas limitaciones deriva la necesidad de que los órganos de prueba sean vehículos voluntarios de la incorporación de datos al procedimiento, pues no es posible obtener su versión por métodos coactivos o que supriman la expresión libre y consciente de su voluntad. La ley le concede al imputado un derecho al silencio, que no puede ser conculcado por el empleo de la coacción (art. 18 de la Constitución Nacional)[27].

La meta de averiguación de la verdad objetiva sobre un suceso histórico debe seguirse a través de un procedimiento en el que fueron prohibidas algunas formas en pos de principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre, en tanto que, las formas judiciales no se alzan como meras categorías formales, sino se comportan como una categoría material, dado que sirven directamente a la protección de la dignidad humana.

Se parte del principio de que la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto para el procedimiento penal, sino, antes bien, un ideal genérico a alcanzar como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento y que, en ocasiones, retrocede frente a valores que, para el orden jurídico, resultan superiores en rango[28].

Según el profesor italiano Luigi Ferrajoli, en el modelo garantista del proceso acusatorio, conformado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.

El autor afirma que *nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio, y que de ella se siguen, como corolarios, la prohibición de la tortura espiritual, que es el juramento del imputado -del que deriva su derecho a guardar silencio, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas-, la prohibición de arrancar la confesión con violencia u obtenerla mediante manipulaciones de la psique; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales, el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en

el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales.

El interrogatorio, precisamente por hallarse encaminado a permitir la defensa del imputado o la imputada, se encuentra sujeto a toda una serie de reglas de lealtad procesal, de la que también se deduce la prohibición de cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los imputados para inducirles al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación[29].

El nemo tenetur, es el principio central de las garantías procesales penales que integran el elenco de los derechos fundamentales de las personas, pues nadie tiene por qué traicionarse, ni darle armas a su adversario contra sí mismo, ni auto acusarse, ni detenerse a sí mismo. La Constitución Nacional lo prescribe en el art. 18 CN: "... nadie está obligado a declarar contra sí mismo".

En un procedimiento penal, nadie mejor que el imputado conoce si la imputación es cierta o incierta. De hecho, si es cierta, al menos parcialmente, nadie mejor que él para desbaratarla. Sin embargo, sobre la base del respeto a la garantía que se viene explicando, el conocimiento de los demás acerca de ese hecho dependerá de su voluntad, expresada libremente y sin coacción[30].

Maier afirma que la declaración del imputado prestada sin atender a estas reglas no puede ser utilizada para fundar una sentencia condenatoria y solo es aprovechable en tanto lo beneficie. Y que esta última consecuencia no debe depender de la voluntad del imputado, ni de su protesta, por tratarse de una garantía constitucional y de un defecto relativo a la participación del imputado en el procedimiento. Por lo tanto, debe ser advertida, aun de oficio; se trata, por ello, de motivos absolutos de casación de la sentencia[31].

Otra de las justificaciones para el uso de esta técnica de investigación, se fundó en que las herramientas clásicas para la persecución de la verdad ya no resultaban eficaces para reprimir cierto tipo de delincuencia que avanzaba organizada y estructuralmente[32].

Las dificultades investigativas que presenta la criminalidad organizada, en especial, porque ella realiza sus actividades criminales de un modo encubierto, acudiendo en muchos casos a negocios lícitos o formales que impide descubrir la totalidad del entramado delictivo. A su vez, las organizaciones criminales, como por ejemplo la mafia, recurre por lo común a personas que pertenecen a la misma región, utilizan la misma lengua, o están relacionados por sólidos vínculos familiares. En consecuencia, a los investigadores se les hace harto difícil poder acceder a este tipo de asociaciones criminales para reunir prueba de sus delitos, identificar a sus miembros o directamente desbaratar sus acciones delictivas[33].

La globalización es el proceso por el cual la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que le dan un carácter global o mundial. El advenimiento globalizador trajo aparejado un nuevo tipo de delincuencia, la global. La criminalidad transnacional organizada es hoy una de las mayores preocupaciones de los Estados. Este tipo de delitos, de enorme poderío económico y técnico, generador de corrupción y destrucción de formas legítimas de convivencia, constituye la amenaza más grave a la paz mundial[34].

Sin embargo, el empleo de agentes encubiertos fue muy discutido desde el punto de vista ético, dado que se trata de la actuación de un funcionario público que debe infiltrarse en las asociaciones criminales para cometer delitos como parte de su tapadera funcional. El autor recién citado también sostiene que la regulación del agente encubierto está relacionada con un problema mayor, que consiste en la prohibición de producción como de valoración de prueba obtenida mediante la vulneración de las garantías y los derechos

constitucionales acordados al acusado y la falta de compatibilidad con los derechos humanos. Considera que la regla de la prohibición de producción y valoración de prueba obtenida de modo ilegal por parte de las autoridades públicas en el proceso penal se vincula con la actuación encubierta del agente que utiliza el engaño para provocar el error en el acusado.

En “Fiscal c. Víctor Hugo Fernández” (CSJN, 11/12/90, fallos 313:1305), la Corte validó la actuación de un oficial de policía que actuaba en forma encubierta, fundado en que, como “ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos solo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudencial de las garantías procesales consagradas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina” [35].

En el fallo se dejó asentado en la última parte del considerando 14, que “...los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto ‘la razón de justicia que exige el delito comprobado no rinda beneficios’ (Caso Tibilt, José, Fallos, 254-320, consid. 13)” y que “...en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado «el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio», ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU., ‘Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 1976, en p. 488, y la cita de D. H. Oaks en nota 30, p. 491)”. De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, solo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales”.

Dicha sentencia sepultó el criterio que la Corte venía sosteniendo en “Francomano” del año 1987, en el que se había afirmado que la confesión de la acusada ante funcionarios policiales, no verificada posteriormente en el procedimiento judicial por otras vías, carecía de todo valor probatorio, inclusive a título de un indicio, conforme a la CN 18, pues de él deriva la necesidad de asegurar por medios prácticos el derecho a no auto incriminarse. También, se señalaba la necesidad de la presencia del defensor en la declaración del imputado o, al menos, la prueba fehaciente por parte de la acusación de la voluntad libre del imputado o imputada de prestarla según su contenido, en ausencia del defensor, cuando esos extremos han sido negados durante el juicio por el imputado.

En “Francomano”, el Tribunal enfatizó sobre la imposibilidad de otorgar ningún valor a aquella confesión, ni aun a título indicativo, y sobre la necesidad de que las garantías del art. 18 de la Constitución Nacional no se conviertan en mera fórmula verbal”, citando al efecto el precedente de la Corte Suprema norteamericana “Miranda vs. Arizona”.

Las reglas de “Miranda” fijaron las condiciones en que una declaración en sede policial sea legal y por tanto válida como prueba. Conforme a la sentencia, la prevención policial debe notificar al detenido que tiene derecho a guardar silencio; que cualquier declaración que efectúe puede ser utilizada como evidencia en su contra; que tiene derecho a un abogado defensor designado o contratado para consultarlo antes de declarar y para que lo asista durante la declaración. El detenido puede renunciar a esos derechos, voluntaria y conscientemente y es el Estado quien debe aprobar que se cumplieron los requisitos de validez de la confesión efectuada ante la policía, no bastando la existencia del expediente silencioso, es decir, del que no surgen esos extremos. El estricto cumplimiento de las reglas citadas tiene por objeto evitar que inocentes, presionados por la policía, se declaren culpables por miedo o agotamiento. Sin embargo, la aplicación extensiva de aquellos

requisitos a partir de una interpretación amplia de lo que se entiende por coacción psicológica, por ejemplo, ha suscitado críticas e intentos de emplearla razonablemente[36].

En la misma línea, en el fallo “Montenegro” la Corte resolvió que una condena penal fundada en base a una confesión presada en sede policial y obtenida mediante apremios debe revocarse, pues no basta con procesar y castigar a los responsables de las torturas para cumplir el mandato constitucional que impide otorgar valor al delito para favorecer la investigación de ilícitos[37]

Según Maier, el fallo “Fiscal c/Fernández” campea la inversión conocida de las reglas del Estado de Derecho: la eficiencia de la persecución penal y de la actuación del Derecho penal en un caso particular prevalece sobre el sistema de garantías individuales, lo que retorna el debate a la situación política que se planteó en el siglo XVIII, ya decidida por nuestro constituyente en forma clara y en sentido inverso[38]. En esta situación, el consentimiento del afectado, ignorante de que le está franqueando la puerta de su morada al Estado (persecutor penal), no puede jugar papel alguno.

Desde otro costado, también se ha sostenido que la consecuencia de la aplicación de esta técnica puede resultar moralmente reprobable, dado que el Estado secular se basaría en las palabras del propio imputado para lograr su condena (así fuese que éste hubiera reconocido su culpabilidad “sin presiones” del Estado), porque todo estímulo a la auto-incriminación implica una lesión al art. 18 CN[39]. Para Sancinetti dicha cuestión es determinante[40] para descartar su admisión constitucional.

Para algunos autores, estas investigaciones desarrolladas a través de operaciones de larga duración pueden inscribirse bajo un régimen que no se ajustaría con la normativa constitucional, dado que implica una intromisión máxima en la intimidad de las personas investigadas, viéndose afectadas no solo la prohibición de declarar contra sí mismo, sino también, otras garantías sustanciales como la inviolabilidad del domicilio o de la defensa en juicio e igualdad ante la ley (arts. 16, 17, 18 y 19 CN); en tanto, el agente estatal con reserva de su identidad sea autorizado a realizar ingresos a domicilios particulares, observar la vida privada, interrogar a sospechosos o sospechosas, impidiendo que el imputado o la imputada contra quien se dirige la investigación pueda confrontar con dicho agente[41].

También ha sido muy cuestionada la eficacia de su aplicación desde el punto de vista de los éxitos cosechados para el proceso penal, no solo por la falta de estadísticas concretas que permitan medir el éxito o fracaso de su gestión, sino, además, porque su importancia resulta entredicha al comparar su significancia en la lucha contra la moderna criminalidad organizada[42].

Para Maier, ese actuar oculto del Estado no puede considerárselo compatible con los principios rectores de una sociedad democrática, pues la búsqueda de la verdad se transforma en un fin casi absoluto que aparenta justificar la aplicación de medios para su búsqueda, sostenidos sobre la base del engaño, del secreto y la clandestinidad por parte del Estado.

Desde un punto de vista ético, también se ha sostenido que el Estado no puede aprovecharse de lo que él mismo ha prohibido, mientras que, desde un punto de vista utilitario, el Estado debe desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándolos como procesalmente ineficaces[43].

Otras críticas que le valieron a este tipo modalidad de averiguación de verdad, es la de haber sido históricamente utilizadas para controlar al enemigo, o al opositor, o al disidente, generando posiciones contrapuestas en cuanto a su utilidad y beneficio para la

sociedad civil en su conjunto, consideración mediante la cual al Estado le corresponde como misión, según el preámbulo de la Carta Magna, la de “afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad”, impidiendo entre otras cosas su injerencia en la vida privada y en la intimidad de los ciudadanos que la componen.

Los objetivos éticos del Preámbulo resumen el ideal axiológico de los constituyentes y permiten la concreción situada en el tiempo y en el espacio de esos valores propios del derecho natural. En particular, el objetivo de afianzar la justicia, interpretado y aplicado por la Corte Suprema en casos particulares denotó esa raíz iusnaturalista y sirvió, también, para otorgar valor operativo al Preámbulo[44].

La autora citada, señala que el valor normativo del Preámbulo y la obligación de todos los poderes del Estado de cumplir con sus objetivos -en el caso, afianzar la justicia- fue reconocido por la Corte Suprema en una acción directa por desaparición de personas. El Tribunal, que claramente no tenía competencia en el caso, proclamó en “Pérez de Smith, Ana M. y otros s/pedido”, sus poderes implícitos para salvaguardar la administración de justicia y, a la vez, afianzar la justicia. En consecuencia, la Corte Suprema decidió oficiar al Poder Ejecutivo a fin de que urgiera las medidas adecuadas para que el Poder Judicial pudiera cumplir con aquel objetivo preambular -y resguardara, así, la libertad de las personas- sin por ello preterir los otros objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común.

El carácter operativo del Preámbulo y la identidad entre el objetivo de afianzar la justicia y el valor justicia fue declarado expresamente en una causa -“Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización”- en la que los padres de una menor de dieciocho años, hermana del paciente enfermo, solicitaban autorización judicial para que la primera donara un órgano al segundo. La ley entonces vigente autorizaba los trasplantes de donantes vivos mayores de dieciocho años, con determinado grado de parentesco. Al hacer lugar al pedido, la Corte Suprema también invocó los principios del derecho natural para reinterpretar las normas aplicables conforme a los efectos de la sentencia de los que no cabía desentenderse al Tribunal.

Asimismo, del propósito de afianzar la justicia incorporado al Preámbulo de la Constitución Nacional, se ha derivado el derecho al acceso gratuito e irrestricto a los tribunales judiciales[45].

Hay quienes sostienen que el auge en la utilización del agente encubierto es producto de la expansión del derecho penal que, a su vez, se relaciona de manera directa o indirecta con características del Derecho Penal del Enemigo, que, si bien tiene su origen en las legislaciones penales de emergencia, aparece justificando y dándole operatividad a esta clase de Derecho Penal.[46]

También afirman que, si el engaño es inherente a la utilización por el Estado de la figura del agente encubierto, va a resultar muy difícil lograr que el agente haga cumplir los derechos procesales que le asisten al sospechoso de la comisión de un delito, ya que es la propia ley la que lo está habilitando a engañar y, mediante ese engaño, a obtener toda la información que esté a su alcance. Vale decir, entonces, que el mantenimiento del engaño supone el propio éxito de la investigación[47].

Maier señaló la tensión de dos líneas argumentales opuestas y contradictorias, que reclaman ambas la razón jurídica: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedimiento, y que al Estado le está vedado utilizar su acción irregular; por el otro, el argumento apunta a la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso de argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes

supera a la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales -y también penales- como limite a la persecución penal y a la misma pena estatal. Esta última concepción deja de lado el simple hecho de que aquí se trata, básicamente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren a quien persigue penalmente una potestad de injerencia en los derechos reconocidos a otro, o bien de la injerencia realizada en ausencia total de una norma semejante.

Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan solo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen autolimitaciones para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónico para transformar aquello que se llamó inquisición.

Por ello, el autor citado sostenía enfáticamente que el Estado de Derecho se halla obligado a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria. De allí que el incumplimiento de estas reglas conlleva un contrasentido jurídico, pero, además y al mismo tiempo, representa una infracción ética sobre la base de que “el Estado ya no puede mostrar frente al acusado buena conciencia con la presentación de superioridad moral” o de que “quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad”.

Al mismo tiempo, el autor nos advierte sobre los riesgos del aforismo “in delictis atrocissimis (...) iura transgredi licet”, al aceptar la regla que deja de lado expresas prohibiciones en un caso de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento. Parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria, exclusivamente, como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden o no ceder frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema ético y jurídico que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular[48].

Al verificarse un desplazamiento de las garantías individuales en la persecución penal estatal para privilegiar un nuevo método de investigación y prueba dirigido a convertir en valor primario la eficiencia en la represión penal, se distingue un problema de orden intrasistematizado, pues se prevé que el agente encubierto ingrese a un domicilio sin orden de allanamiento o reciba declaraciones sin las formalidades de una indagatoria que, claramente, no tendría capacidad para realizar[49].

Cuando se habla del “Derecho penal de excepción”, se designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada.

Evidentemente, las dos cosas están conectadas e indican, a distintos niveles, una misma crisis de legalidad del derecho penal, tal y como resulta de la creciente divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo. Pero una no justifica a la otra, aunque sin duda ha contribuido a alimentarla. Ciertamente, las leyes de la emergencia tienen enormemente desplegado el poder judicial de disposición, legitimando arbitrios y atropellos[50].

Ferrajoli identificó en dichas leyes una alteración tanto de las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas, son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía.

El autor consideró que la alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia (antiterrorista, antimafia

o anticamorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el Estado de Derecho disciplinan la función penal. Reafirma que la emergencia ha sustituido esos dos puntos de vista por uno solo y fundamental: la defensa del Estado contra el ataque de la delincuencia y las consiguientes razones de la eficiencia represiva. La primacía atribuida al fin respecto de los medios es precisamente el producto de este vuelco, que ha invertido las fuentes de legitimación de la jurisdicción y ha vuelto a alimentar a las nunca reprimidas vocaciones sustancialistas y autoritarias de nuestra cultura penalista.

La minoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al retomar la cuestión vinculada con la vigencia de la regla de exclusión, estableció que ella no depende de sus eventuales efectos preventivos, sino que de ella se deduce directamente un imperativo constitucional; por ello es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como factor de corrección frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado. Es decir, los beneficios de la regla de exclusión no pueden quedar superados por sus propios costos: "imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas"[51].

Su fundamento jurídico reposa en la protección del individuo frente al ejercicio del poder estatal, del cual aquel es súbdito, pero precisamente tal razón política es la que ha elevado a principio supremo la afirmación de que no existe poder irrestricto, ilimitado (CN. 29) sobre los súbditos del poder soberano, y menos aún en materia tan sensible para ellos como la aplicación del poder penal, máxima autorización de la coacción (violencia) estatal que reconoce, justifica y legitima el orden jurídico.

En un Estado de Derecho, sus funcionarios sólo obran legítimamente cuando una facultad definida les es concedida por las leyes de su competencia y dentro de los límites que la misma ley le fija a esa facultad, esto es, la acción, para cuyo ejercicio es competente el funcionario, está sólo legitimada cuando se conforma a las formas y procedimientos establecidos por las leyes; de otro modo, tanto cuando obra sin que la facultad le haya sido concedida por la ley, como cuando, concedida, no la ejerce de la manera en que la ley define su forma o procedimiento, el funcionario ejerce su poder anti-jurídicamente[52].

En otras palabras, con el solo fin de alcanzar metas de política criminal se termina vulnerando el debido goce de derechos y garantías constitucionales, poniendo en juego el Estado de Derecho[53].

V. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Cuando se habla de un sistema legal que se define respetuoso de las garantías constitucionales pero que, a la vez, incorpora investigaciones especiales como la estudiada en el presente trabajo ¿no estaría desechando la idea de una preeminencia de los medios en cuanto garantías de una verdad mínima propia de un Estado de Derecho, para anteponer el conocimiento de la verdad al respeto y observancia de derechos fundamentales?

Si se piensa una respuesta, bien podría sostenerse sin dificultad que este tipo de investigaciones serían más ajustadas a un sistema inquisitivo, en tanto, por sus características, la inclusión de esta técnica importaría alejarse del sistema acusatorio que el nuevo código viene a proponer.

Es que, un sistema legal que habilite este tipo de investigaciones -aunque lo haga para determinados casos especiales- lleva consigo la necesidad de poner en riesgo el goce de garantías constitucionales básicas, afectando el derecho penal delineado en la Constitución Nacional.

A través de los años, nuestro cuerpo normativo se ha ido endureciendo en detrimento del goce de garantías constitucionales, imprimiendo una propensión que deja expuesta la

posibilidad de que el límite pueda volver a correrse ante el surgimiento de otro tipo de justificación más “novedosa”.

Al ser una práctica arbitraria, el uso de agentes encubiertos no es ajeno a esa tendencia, pues se funda en un argumento paradójico, al erigirse en pos del descubrimiento de la verdad, pero autorizando el despliegue de actividades ocultas y engañosas, propias de sistemas inquisitivos.

Su ejecución impone, entonces, cambiar las reglas de juego que -hasta cierto momento- guiaban al derecho penal, poniendo en riesgo el principal medio de defensa del imputado, es decir, su interrogatorio.

Con la validez de su práctica, los agentes del Estado tienen vía libre para observar y escuchar conductas y conversaciones sin que el imputado pueda tener conocimiento de que se encuentra siendo vigilado, desvirtuando también su derecho a la intimidad.

Al amparo de la violación de las reglas de lealtad procesal, el Estado podría terminar fundando una condena con datos extraídos de las propias palabras o actitudes del imputado que, sin saberlo, formó parte de una operación judicial escondida y de larga duración, valiéndose de una intromisión máxima en su ámbito de intimidad.

Una actuación oculta y secreta por parte de las agencias estatales, resultaría inconciliable con el debido ejercicio de los derechos humanos, por lo que su uso sería difícilmente compatible con un sistema que se proclame garantizador del respeto a las reglas procesales.

Aunque esta legitimación de mayores atribuciones represivas a las fuerzas de seguridad pueda verse amparada convencionalmente a través de los instrumentos internacionales que la contienen y que fueron aprobados por nuestro país, no debe perderse de vista lo establecido en el inciso 22 del art. 75 CN, que dispone que las Convenciones, Declaraciones, Pactos y Tratados internacionales aprobados por el Poder Legislativo no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

En otro orden, también debe mencionarse que el art. 4to del CPPF ha consagrado expresamente el derecho de las personas sometidas a proceso a no auto incriminarse, afirmando que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y que toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado.

Por otro lado, aunque la ley describe a quienes vayan a ejercer de agentes encubiertos como funcionarios altamente calificados, la ausencia de disposiciones que instrumenten qué se entiende por altamente calificado -o cómo, cuándo y/o dónde los agentes llegarían a obtener esa capacitación- abonaría a su ineficacia.

Por último -y no por eso menos importante-, no contar con datos, registros o estadísticas que documenten las prácticas de los agentes encubiertos y sus resultados, que podrían ser de utilidad para reflejar la efectividad de la técnica -o la falta de ella- en casos de difícil investigación, impediría establecer -con cierto rigor- si su utilización vino a subsanar -o no- la supuesta falta de eficacia de las herramientas clásicas de persecución de la verdad.

* *Secretario de primera instancia en la Fiscalía Nac. Crim. y Corr. Federal Nro. 5 C.A.B.A., egresado de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Correo: ldelpino@mpf.gov.ar*

[1] La modificación del Código Procesal Penal Federal por vía de la ley 27.482, incorporó las denominadas figuras procesales “especiales” de investigación, las cuales se encontraban ya previstas en las leyes 23.737 de Estupefacientes, 27.319 de Investigación, Prevención y Lucha de los Delitos Complejos, y 27.304 vinculada a acuerdos de colaboración.

[2] Moscato de Santamaría, Claudia El agente encubierto en el Estado de Derecho, Editorial La Ley, Bs. As, Argentina, 2000, pág. 5

[3] Roberto R. Daray Código Procesal Penal Federal Análisis doctrinal y jurisprudencial T. 2. Ed. Hammurabi. Año 2019, pág. 33

[4] “¿Qué es un nombre, Jacques? ¿O ahora eres Ramón? Esos perros que a ti te gustan tanto tienen nombre, ¿y qué? Siguen siendo perros. Ayer fui Grigoriev, antes era Kotov, ahora soy Tom aquí y Roberts en Nueva York. ¿Sabes cómo me dicen en la Lubyanka? Leonid Alexandrovich...Soy el mismo y soy diferente en cada momento. Soy todos y soy ninguno, porque soy uno más, pequeñísimo en la lucha...”. Leandro Padura El hombre que amaba a los perros Ed. Tusquets

[5] <https://elpais.com/internacion/2021-01-03/el-fin-de-la-era-legendaria-de-los-agentes-dobles-de-la-gue-rra-fria.html>

[6] Uki Goñi, El Infiltrado. Astiz, Las Madres y el Herald pág. 121 Ed. Ariel (el libro fue citado como evidencia para sentenciar a Alfredo Astiz en la causa ESMA II en 2011 y nuevamente en la causa ESMA III en 2017, y su autor fue testigo en el juicio).

[7] Nota al pie de Marcelo A. Riquert, en Narcotráfico, agentes encubiertos, arrepentidos y algunas cláusulas placebo en el derecho penal argentino: Al decir de García Vitor y Goyeneche, una irracionalidad político-criminal que compromete seriamente el perfil ético que debe rodear toda investigación criminal en un Estado de Derecho (en su obra “Régimen legal de los Estupefacientes. Política criminal y dogmática. Parte 1”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pág. 37). Tal vez por ello, algunos de estos institutos, como recuerdan Santiago Corcuera, Sergio Dugo y Narciso J. Lugones, son carentes de patria. Ejemplo de esto, nadie reclama la paternidad del “agent provocateur”, que habría surgido en Francia, donde tras el 45 se lo atribuyen a “estratagemas usadas durante la guerra por policías alemanes”, mientras que estos siempre recordaron su origen como francés. Lo cierto es que no fue exhibido con orgullo hasta su empleo en Estados Unidos en la segunda posguerra, donde recuerdan los nombrados se ha convertido en un lugar común de la producción literaria, cinematográfica y televisiva, que lo difunde positivamente y ha sido revalorizado en la Europa occidental desde la experiencia del terrorismo (en su trabajo “Una muy rápida mirada histórica sobre el Agent Provocateur y sus descendientes, en el derecho comparado”, pub. en CDP, Año III, N° 4/5, Ad-Hoc, Bs.As., 1997, págs. 193/194; al que remitimos para quien esté interesado en conocer los antecedentes en Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y los Estados Unidos).

[8] El art. 183 del CPPF, define que “Será considerado agente encubierto todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que prestando su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltre o introduzca 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 para la investigación, con autorización judicial”. El art. 185, define: “Sera considerado agente revelador todo aquel agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado con el 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 de un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetua en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las

organizaciones criminales como parte de ellas”.

[9] Victoria I. Almada Agente encubierto Informático elDial.com-DC2069 - Publicado el 18/12/2015 Copyright 2021 - elDial.com - editorial Albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

[10] Convención de Palermo: Artículo 2. Definiciones Para los fines de la presente Convención: a) 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; b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; c) 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.

[11] Moreno Catena, Víctor Lecciones de derecho procesal penal. pág. 2124.

[12] En el caso francés, la utilización de medios encubiertos de investigación fue regulada en la ley 92-1226, del 16 de diciembre de 1992, incorporada al nuevo Código penal de 1992, se limitó al tráfico ilícito de estupefacientes y en el art. 67 bis del Código aduanero. También fue regulado en el Código procesal penal para los casos de criminalidad organizada. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española reguló esta figura en el art. 282 bis. En general, el infiltrado debía cumplir con los mismos requisitos objetivos que exige su actuación, es decir, debe ser un funcionario policial, que actúa bajo control judicial, y tiene por objetivo la investigación de las actividades criminales de un grupo organizado. El § 110 a, párrafo segundo, de la ley procesal penal alemana regulaba la intervención del agente encubierto o “Verdeckte Ermittler” (VE), pero su inclusión en el Derecho positivo se retrotrae hasta 1992. En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada, el legislador alemán incorporó esa figura en el citado § 110a de la ley procesal penal.

[13] Del texto, se exigía de modo excluyente que la medida debía ser ordenada por un juez o jueza, por resolución fundada y solo si las finalidades de la investigación no pudieran realizarse de otro modo.

[14] Ver también arts. 29.2 de la DHDH, 4º del PIDESC, 18 de la CEDH y 30 y 32.2 de la CADH.

[15] Una de las cuestiones discutidas en los debates parlamentarios de la Ley 27.319, fue la de que es “al fiscal a quien en todos los casos debería corresponder la decisión acerca de la conveniencia de la aplicación de una técnica especial de investigación en una investigación criminal en particular; siendo luego el juez de garantías a quien le compete su autorización y control de legalidad, y a las fuerzas preventoras de seguridad, policía judicial o similar, su ejecución”. Ver las inserciones solicitadas por varios diputados y diputadas en

www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html.

[16] Art. 16.- Restricción de derechos fundamentales. Las facultades que este Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

[17] Art. 91.- Principios de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal. Conforme al principio de objetividad, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado. Conforme al principio de lealtad procesal, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL estará obligado a exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.

ARTÍCULO 135.- Reglas sobre la prueba. La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales: a. La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, quien actuará bajo los principios de objetividad y lealtad procesal y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece; b. Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que así lo ordene. La prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL cuando esta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba; c. Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna; d. Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes; e. Si el hecho fuera admitido por todas las partes, el órgano jurisdiccional puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del juicio; durante la audiencia prevista en el artículo 279, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio.

[18] En el caso “García Ibarra y otros v. Ecuador”, del 17/11/15, #135, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consagró que “...para que una investigación sea efectiva en los términos de la Convención, debe llevarse a cabo con la debida diligencia, la cual exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. Es decir que debe sustanciarse ‘por todos los medios legales disponibles y [estar] orientada a la determinación de la verdad. Este deber involucra a toda institución estatal, tanto judicial como no judicial, por lo que la debida diligencia se extiende también a los órganos no judiciales a los que, en su caso, corresponda la investigación previa al proceso (...) Sin el cumplimiento de estas exigencias, el ‘Estado no podrá posteriormente ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere”.

[19] Carrió, Alejandro Garantías constitucionales en el proceso penal 3ª edición actualizada y ampliada pág. 112 Ed. Hammurabi Año 1994

[20] Roberto R. Daray Código Procesal Penal Federal Análisis doctrinal y jurisprudencial T. 2. Ed. Hammurabi. Año 2019, pág. 34

[21] Molas Alcaraz, Fabiola El agente encubierto como medio de investigación de la criminalidad organizada Universidad de Salamanca 2009

[22] TS España, 19/10/06, Sección 1ª, Recurso 10189/06, Res. 1012/06, www.poderjudicial.es/rtajuridico/le-xnova.es/jurisprudencia.

[23] Idem.

[24] Delgado, Martín Joaquín, El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto, en Problemas actuales de la Justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas, Barcelona, 2001, p. 102/103.

[25] “El proceso penal busca reducir al máximo el posible error en la averiguación de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito, falla que puede expresarse tanto en el castigo del inocente como en la absolución del culpable. En cuanto al primero, esta averiguación de la verdad se encuentra fuertemente matizada por una serie de garantías que la limitan: la prohibición de declarar contra sí mismo (principio del nemo tenetur), las prohibiciones probatorias, la inviolabilidad del domicilio, entre otras, a lo que se suma la necesidad de que el proceso penal se desarrolle en un plazo razonable”.

Sarrabayrouse, Eugenio C., La duda en el proceso y en el Derecho penal, en Ángela Ledesma (Dirección), El debido proceso penal, t. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, págs. 21 - 68.

[26] Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal, T.I, parte general, Ed. De Puerto, pág. 871. Y también: “...desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó públicamente, que a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva sobre un suceso histórico, él constituye un método

regulado -no libre- para arribar a ese fin, con el que fueron excluidas, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre, el fin de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actualización de la ley penal, aun en perjuicio del imputado, no justifica la utilización de medios prohibidos de investigación. La justificación de los métodos para arribar a la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente el conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según lo disciplina la ley procesal. Por ello se pudo decir que las formas judiciales no son, solamente, una categoría formal, sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una categoría material, supraordinándose a la meta que, para el procedimiento penal, constituye la corrección material de la decisión judicial (sentencia). La razón ética -el Estado no puede aprovechar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándolos como ineficaces procesalmente-, que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo representan consecuencias beneficiosas de este modo de proceder”. Páginas 662 y 663.

[27] Ob. cit. T. I pág. 823

[28] Ob. Cit. pág. 860 y sgtes.

[29] Además de “...la comunicación verbal no sólo de las acusaciones, sino también de todos los argumentos y los resultados de la instrucción que se opongan a las deducciones defensivas; la prohibición de preguntas sugestivas y la claridad y univocidad de las preguntas que se formulen y la prohibición de cualquier promesa o presión directa o indirecta sobre los imputados para inducirles al arrepentimiento o a la colaboración con la acusación, la redacción autógrafa del acta del interrogatorio por parte del interrogado en caso de proceso escrito y la grabación de sus declaraciones en el oral, la tolerancia con sus interrupciones o intemperancias; la obligación de seguir a las comprobaciones que el indagatorio designen y, sobre todo, la libertad personal del imputado, que es lo único que garantiza la igualdad con la acusación, la serenidad de las declaraciones y la capacidad de autodefensa”. “Carrara, calificó como inmoralidades e infamias todas las seducciones del reo que se manifesten en promesas o halagos, calificándolas como un abuso de autoridad penalmente sancionable. Todas las garantías penales y procesales -y no sólo el papel del interrogatorio como medio de defensa- resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado que tenga por objeto la prueba y la pena: el nexo retributivo entre pena y delito, ya que la pena y su medida se hacen depender de la conducta procesal del reo más que de la gravedad del delito; el principio de estricta legalidad, por el carácter totalmente indeterminado y opinable del grado de fiabilidad y de relevancia de la colaboración prestada y, por ello, de los presupuestos de la bonificación en la pena; el principio de materialidad, dado el carácter eminentemente subjetivo de la actitud colaboracionista o, aún peor, del arrepentimiento o de la disociación requeridas al imputado, sobre quien además se desplaza la carga acusatoria de la prueba; el principio de contradicción, a causa de la confusión de papeles entre las partes y por el carácter de monólogo que se imprime a toda la actividad procesal; las garantías de defensa y publicidad, porque la colaboración del imputado con la acusación requiere un tite a tite entre investigador e investigado que no tolera la presencia de terceros extraños y que, al contrario, por el carácter desigual de la relación entre los contratantes, se degrada a turbias transferencias de confianza del tipo siervo y patrón; el principio, por último, de la igualdad penal, dado que sólo pueden colaborar, tratar y lucrarse los culpables y tanto más si lo son gravemente, mientras que no podrían hacer otro tanto los inocentes o los que tienen responsabilidades marginales y que, por no saber nada del delito y al no poder aportar ninguna contribución acusatoria, resultan doblemente penalizados. Legalidad, jurisdiccionalidad, inderogabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio. Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines en el proceso: la primacía del fin de una verdad máxima, obtenida por cualquier

medio, en el proceso inquisitivo, y la primacía de los medios, en cuanto garantías de una verdad mínima pero lo más cierta posible, en el proceso acusatorio. Y son el reflejo de un contenido distinto del principio de legalidad roces sal en los dos sistemas: mientras en el proceso acusatorio la valoración es libre pero el método de obtención de la prueba está vinculado, en el proceso inquisitivo la valoración de las pruebas está vinculada pero es libre su método de formación”. Ferrajoli, Luigi Derecho y razón, págs. 608 y 612. Ed. Trotta.

[30] Julio B.J. Maier, Derecho procesal penal, T.I, parte general, Ed. De Puerto, pág 624

[31] Ob. Cit. pág. 527

[32] “No obstante, este tipo de criminalidad es siempre, más allá de ciertos límites, el signo patológico de la ineffectividad y de la impotencia del derecho interno por el decaer de esa garantía política mínima (...) que reside en la fidelidad de los poderes públicos a las leyes del Estado. La divergencia entre normatividad y efectividad se manifiesta en este caso en dos direcciones: en la criminalidad misma, es decir, en la ineffectividad del derecho penal, y en su impunidad, es decir, en la ineffectividad del derecho procesal. Un sistema democrático da señales de vida si alcanza al menos a evitar el segundo tipo de ineffectividad: en Argentina, por ejemplo, el primer signo de la democracia renacida fue la decisión [...] de procesar a sus generales asesinos y torturadores. Ferrajoli, Luigi Derecho y razón, pág. 937 Ed. Trotta

[33] Gustavo Eduardo Aboso. La regulación de medios de investigación encubierta en la lucha contra la criminalidad organizada: Agente encubierto, agente revelador, informante y entrega vigilada. Publicado en elDial.com DC255D.

[34] Zaffaroni, Eugenio R. Código Procesal Penal 14 A y B. pág. Ed. Hammurabi

[35] Julio B.J. Maier, Derecho procesal penal, T.I, parte general, Ed. De Puerto, pág 629.

Además, agrega que: “La jurisprudencia reciente de la CSJN, lejos de consolidar la vigencia de la regla, implica un violento retroceso en la materia. Particularmente absurdo, en este aspecto, es el fallo “Rivas Graña” o “Fernández” en especial su obiter dictum del considerando 14: “A este respecto, ha de recordarse que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia que exige el delito comprobado no rinda beneficios (Caso Tibilt, José, Fallos, 254-320, consid. 13). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado ‘el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio’, ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU., ‘Stone v. Powell, 428 U.S. 465, 1976, en p. 488, y la cita de D. H. Oaks en nota 30, p. 491). De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, solo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales”. Se observa claramente que, desde el punto de vista político, este obiter dictum implica la inversión de la garantía: primero la averiguación de la verdad, como valor principal, y después, si queda algún espacio, protección de la seguridad individual, en último término; o, dicho de otra manera, en relación al rango, la protección de la seguridad individual, tarea reconocida por teoría política a los jueces, se supedita al hecho de que esta protección no colida con el sagrado “deber de resguardar la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”. Se debe, entonces, afirmar finalmente que a la verdad solo se debe arribar por los medios y en la forma que la ley permite; que, de haberse incorporado al procedimiento un elemento de prueba mediante un acto irregular o mediante un acto regular, cuya posibilidad de realización provenga necesaria y directamente del conocimiento adquirido por un acto irregular, él es invalorable para fundar una decisión judicial, en perjuicio del imputado”.

[36] Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Anotada Tomo 1. Ed. LA LEY. Pág. 302

[37] Ob. Cit. Pág. 303

[38] Un modelo respetuoso de las garantías, invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin Ferrajoli, Luigi Derecho y razón, págs. 608 y 612. Ed. Trotta.

[39] También del Pacto de San José de Costa Rica (Convención americana sobre derechos humanos), art. 8º n° 2: “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”; del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, n° 3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho...a las siguientes garantías mínimas: g) no ser obligada a declarar contra sí misma no a confesarse culpable”.

[40] “Por incidencia de la moral cristiana, existe la difundida creencia de que el «confesar» las faltas propias sería un mérito moral, y el no hacerlo, una falta adicional. Pero esta visión vale para el campo de la moral privada. Ya el hecho de que la palabra «confesión», en lengua castellana -no así en otros idiomas-, coincida con la denominación tradicional del sacramento católico que hoy se denomina de «la reconciliación» (= confesión), genera la idea difusa y fuente de malentendidos de que, ante el Estado, uno tendría una «obligación paralela» de reconocerse culpable (si es que lo es). Pero esta idea es errónea, si bien está muy difundida en los medios de comunicación, que carecen de personas entendidas en la materia, a pesar de todo lo que dicen al respecto. Hoy en día, por ej., prevalece en el lenguaje periodístico la pregunta: «¿Va a ‘colaborar’ con la investigación su defendido?», desconociéndose así no sólo que el imputado no tiene la menor obligación de “colaborar” con su propia persecución. Ya el hecho de que el sacerdote que otorga el perdón por la confesión deba guardar secreto del relato del pecador que busca la «reconciliación» demuestra que ese acto privado de contrición espiritual no tiene ninguna relación con declararse culpable de un delito ante el Estado secular, pues, muy a diferencia del sacerdote, el juez publica el reconocimiento de la culpa en su propia sentencia, de modo que no está en juego un acto privado de contrición interior, sino la reacción del Estado ante el hecho punible, ante el quebrantamiento de una norma de conducta cuyo fortalecimiento (el de la norma) es fundamental para la existencia de la sociedad.” Marcelo Alberto Sancinetti Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio” (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016, a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha). Buenos Aires, 16/8/2016.

[41] Gustavo A. Herbel y Carlos S. Rego Investigación penal preparatoria. Ed. Hammurabi. pág. 383

[42] Gustavo Eduardo Aboso. La regulación de medios de investigación encubierta en la lucha contra la criminalidad organizada: Agente encubierto, agente revelador, informante y entrega vigilada. Publicado en elDial.com DC255D.

[43] Julio B.J.Maier, Derecho procesal penal, T.I, parte general, Ed. De Puerto, págs. 648/651.

[44] María A. Gelli. Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada pág. 4, Tomo I Ed. LA LEY

[45] Ob. Cit. págs. 9 y 10

[46] Silva Sánchez, La expansión del Derecho Penal, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pg. 20/24. Exposición de Daniel Erbetta sobre Reformas Penales en la XIX Jornadas Científicas de la Magistratura celebrada los días 28, 29 y 30 de octubre de 2009 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La autora citada, refiriéndose al fenómeno de la expansión en Derecho Penal, expuso que “...Uno de los esenciales problemas políticos criminales que se enfrenta la legislación penal son los factores que la alimentan, y los procesos que caracterizan la formación y producción de leyes penales. Si bien estas cuestiones responden a varios factores entre ellos, históricos, en los últimos años, podría advertirse que se ha producido una transformación regresiva. Y de la discusión de políticas abolicionistas o reduccionistas se ha pasado en la actualidad a discutir la expansión del Derecho Penal, de dos o tres velocidades, incluso un derecho penal diferenciado que distingue entre ciudadanos y enemigos. Este fenómeno expansionista asume como consecuencia de una emergencia, provocadas por las demandas legítimas de la ciudadanía sobre seguridad y cuestiones que involucran al crimen organizado, y de este modo se llegan a soluciones penales y procesales de la misma característica, es decir, de emergencia...”.

[47] Molas Alcaraz, Fabiola El agente encubierto como medio de investigación de la criminalidad organizada Universidad de Salamanca 2009

- [48] Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal, T.II, parte general, Sujetos procesales. Ed. De Puerto, pág. 424/28
- [49] Marcelo A. Riquert, “Narcotráfico, agentes encubiertos...”, publicado en elDial.com
- [50] Ferrajoli, Luigi Derecho y razón, págs. 808/810. Ed. Trotta
- [51] En el fallo “U.S. v. Leon”
- [52] Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal, T.I, parte general, Ed. De Puerto, pág. 427
- [53] Donna, Edgardo A. Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Pág. 387. Ed. Rubinzal - Culzoni 2001

Recibido: 12.10.2021. Aceptado: 26.10.2021.