

AGENTES ENCUBIERTOS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA: DERECHO Y DEMAGOGIA

FLAVIA LAMARRE*

Resumen: El artículo pretende analizar el uso de agentes encubiertos como práctica violatoria de los derechos fundamentales de los individuos. El empleo de una herramienta de indagación con vestigios inquisitivos, tal como es el recurso de los agentes encubiertos, encuentra su sustento en discursos demagógicos fundados en el temor social al crimen organizado. Esos discursos legitiman y presentan como necesario un Estado que despoje de sus derechos a los ciudadanos, de modo tal que todos, hombres y mujeres, pasen a ser sospechosos, sujetos a vigilancia estatal.

Abstract: The present essay intends to analyse the way in which secret agents are used in order to violate fundamental civil rights. To investigate an individual, through secret agents, is the result of demagogic speeches based on the social fear that an organised crime may occur. Said speeches legitimise the impending need to have a State that denies citizens their rights so that everyone, men and women, become possible criminal suspects and, thus, subject to state vigilance.

Palabras clave: Agente encubierto – Crimen organizado – Garantías constitucionales – Vigilancia social – Estado totalitario.

Keywords: Secret agent – organised crime – civil rights – totalitarian state.

I. INTRODUCCIÓN

Los discursos de los últimos tiempos tienden a resaltar la dificultad que se presenta en la sociedad actual en la persecución de cierto tipo de delitos.

* **Estudiante de Abogacía (UBA). Agradezco a quienes siempre me impulsaron a escribir y especialmente a mi amiga Cecilia Hopp por sus comentarios y críticas.**

Dado el temor y el rechazo generalizado que provocan en la comunidad complejas prácticas tales como el terrorismo, la trata de personas, la prostitución infantil, o el narcotráfico, cada vez ganan más adeptos los discursos que fomentan la persecución sin límite de esta clase de comportamientos.

La posibilidad de utilizar agentes encubiertos en la investigación penal no se corresponde con el respeto debido al individuo. No obstante, cada vez más legislaciones incluyen a esta figura. Ello se debe, principalmente, a que se ha pretendido legitimar su uso acudiendo a argumentos que podríamos calificar de demagógicos. Así, el agente encubierto se ha transformado en una de las pocas herramientas con las que contaría el Estado para luchar contra una nueva clase de delitos. El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado. La alarma social que genera esta clase de delitos ha contribuido a la aceptación casi generalizada de los agentes encubiertos, a pesar de que su tarea implica la violación de disposiciones constitucionales. Desde esta perspectiva, en los casos de criminalidad grave y de difícil esclarecimiento debería prevalecer el interés de la sociedad en la persecución penal sobre el interés de los individuos acusados en que no se vulneren sus derechos¹.

Ahora bien, los derechos del individuo merecen protección, aun cuando signifique que algunos culpables quedarán impunes. El camino de perseguir la verdad a cualquier costo trae aparejado, eventualmente, un peor resultado. En ese sentido, el Estado se convierte en autor de los mismos crímenes que pretende perseguir. Nos alejaríamos del Estado de Derecho para acercarnos a un Estado totalitario con cada vez más facultades de control y vigilancia de los individuos. Seguir esta senda no haría más que transformar al agente encubierto en un instrumento en virtud del cual todos podríamos sentirnos vigilados todo el tiempo, el Estado podría ser esa persona que está junto a nosotros y cualquier cosa que hagamos podría incriminarnos.

Este artículo comenzará por intentar definir qué es el crimen organizado para luego avocarse a conceptualizar brevemente la ya añeja oposición entre eficiencia y garantías en el derecho procesal penal, señalar cuál es la regulación que la legislación nacional efectúa en materia de agente encubierto, analizar la compatibilidad de este recurso de investigación con el

¹ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal T II: Sujetos Procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 137/138.

derecho a la intimidad y la prohibición de autoincriminación, y finalmente exponer los peligros para la libertad que el empleo de agentes encubiertos trae aparejado.

II. CRIMEN ORGANIZADO

Difícilmente pueda ofrecerse una interpretación unívoca de crimen organizado. A lo largo del tiempo han surgido diversos criterios para poder determinar cuándo estamos en presencia de una organización criminal. Para poder encontrar un sentido al concepto en cuestión es que vamos a recurrir a nociones de la sociología.

En primer término, se encuentra el criterio cuantitativo: para poder afirmar que estamos en presencia de un grupo criminal es necesario que la organización esté integrada por un cierto número mínimo de personas. El criterio cualitativo exige que la actividad delictiva que lleve a cabo este grupo revista cierta complejidad. Desde una perspectiva temporal, para poder calificar a un grupo de personas que desarrolla una tarea específica como organización criminal, es necesario que dicha organización perdure en el tiempo, es decir, que sobreviva a sus integrantes, que continúe en el desarrollo de sus actividades aun después de que quienes la conformaron originalmente hayan desaparecido. El criterio estructural demanda la existencia de una estructura jerárquica al interior del grupo y desde el punto de vista técnico se requiere la profesionalización de los miembros de la organización. De este modo se hace posible la división de tareas, de manera tal que de acuerdo a la posición que se ocupe dentro de la organización, serán las tareas que deberán realizarse. Finalmente, algunas teorías sociológicas asemejan el crimen organizado a una empresa. Así, la comisión de los delitos se orienta por un cálculo de costo-beneficio. La realización de una conducta ilícita tiene por objeto acumular ganancias que superen en gran medida los perjuicios que podrían derivar del descubrimiento de su actuar delictivo. Finalmente, se pone de resalto que lo que caracteriza a las organizaciones criminales es su capacidad para generar miedo, de valerse de su estructura profesional y de la violencia para intimidar².

² Cfr. VIRGOLINI, Julio E. S., *Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Colección Tesis Doctoral N° 2, Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco Directores, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, cap. V (p. 187-237).

No todas las teorías sociológicas o definiciones legales requieren la reunión de todos estos criterios para determinar la existencia de una organización criminal. Las definiciones de ‘crimen organizado’ varían, pero siempre se fundan en uno o más de estos criterios.

Por ejemplo, a través de la Ley 25.632³ la Argentina aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto con el *Protocolo Complementario destinado a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, y Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire*. En dicha convención se estipula qué es lo que se entenderá por “grupo delictivo organizado”. Así, lo define como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Por “delito grave” se entiende la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. No obstante, es dable aclarar que la Convención no exige para hablar de organización criminal una división de tareas entre sus miembros. Así, en el art. 2 inc. c) se establece que “por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Finalmente, la Convención prevé que los países suscriptores adopten técnicas especiales de investigación, entre ellas, las operaciones encubiertas, siempre y cuando sean compatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de cada Estado. El art. 20 inc. 1 prescribe: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

³ Publicada en B.O. 30 de agosto de 2002.

Cuanto menos son los requisitos exigidos por la definición legal, más fácil es atribuir a una asociación delictiva el carácter de organización criminal. Una vez otorgado ese carácter, se simplifica la tarea de algunos discursos de política criminal tendientes a justificar la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los supuestos integrantes de dichos grupos delictivos.

El crimen organizado es presentado por quienes avalan el empleo de agentes encubiertos como una forma de criminalidad que ni siquiera pudo ser imaginada por los iluministas que propugnaban la limitación del poder persecutorio del Estado: “ante el temor de no poder controlar razonablemente la proliferación de los ataques al orden social, merced a la limitación instrumental de instituciones pensadas para una sociedad de características distintas, se tornó necesario apelar a una ‘legislación de emergencia’, que introdujera nuevas técnicas de investigación para luchar contra este tipo de delincuencia, signada por su difícil persecución y comprobación”⁴.

La pregunta que debemos hacernos es si la atenuación de garantías constitucionales resulta ser un mecanismo válido (y útil) para desincentivar estos fenómenos delictivos modernos. Frente al “flagelo criminal” ¿el Estado puede valerse de cualquier herramienta en su combate contra la delincuencia organizada? Medidas atentatorias de derechos fundamentales de los individuos tales como el uso de agentes encubiertos ¿encuentran su justificación en una especie de estado de necesidad frente a la calamidad del crimen organizado?

El temor que produce en la comunidad este tipo de asociaciones criminales es utilizado con asiduidad para justificar la ampliación de los límites de la investigación penal. El agente encubierto encuentra su razón de ser en la necesidad de ‘luchar contra el crimen organizado’. “[L]a idea básica que ha inspirado la aceptación del agente encubierto (...) se funda en la indefensión de la sociedad frente al accionar de las organizaciones de tráfico. Se trata de una cruda confrontación de poder, en la que la organización delictiva posee recursos económicos enormes que compran cada vez más conciencias, un consumo asegurado (y en incremento), y una cultura lábil

⁴ CASSANI, Belén, “Agentes encubiertos e informantes como medios de prueba contra el crimen organizado. Un análisis desde la jurisprudencia de Derechos Humanos”, en *El Crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci, Guillermo J. coord., Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 237.

a su paso, contra los que pugnan los Estados y el orden jurídico, con pocas victorias significativas en su haber hasta el presente”⁵.

Los discursos de tinte demagógico que justifican la violación de garantías constitucionales en la investigación penal con tal de lograr averiguar la verdad de los hechos, recalcan el peligro que para la sociedad acarrearán las organizaciones criminales. En este sentido, parecería que quien es acusado de formar parte de una de ellas no merecería gozar del estado de inocencia, sino que, por el contrario, la mera sospecha de formar parte de una organización criminal sería suficiente para fundar y legitimar la intromisión del Estado en la intimidad del sujeto sospechado. “[S]e les permite a las autoridades encargadas de la persecución penal la intromisión en los ámbitos privados de los ciudadanos, que, pese a ser sospechados de la comisión de un delito, son inocentes (...)”⁶.

III. EFICIENCIA VS. GARANTÍAS

Lo antes expuesto pone de manifiesto el resabio inquisitivo de una figura como la del agente encubierto. Detrás de su uso, de la invasión del Estado en la intimidad de la persona, se encuentra la necesidad de encarcelar a los culpables. Con todo, es la culpa y no la inocencia lo que debe ser demostrado en el proceso penal. “Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”⁷.

Un sistema inquisitivo tiene por objeto encarcelar a los culpables. Cualquier medio es válido con tal de establecer qué fue lo que verdaderamente ocurrió y castigar al responsable del delito. No es posible presumir la inocencia de quien es perseguido penalmente. Lo que se presume es su culpabilidad y, como consecuencia, no se le reconoce facultad de defensa alguna. El acusado no merece ser protegido del poder persecutorio del Estado dado que si es culpable, no lo merece, y si es inocente, el inquisidor tarde o temprano lo averiguará. Por lo demás, el reconocimiento de

⁵ TORRES, Carlos, “Agente Encubierto”, *Revista del ministerio publico fiscal*, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 1998, Volumen: 0, p. 108.

⁶ DENCKER, Friedrich, “Criminalidad organizada y procedimiento penal”, *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, Vol.: 1998/B., p. 479.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

derechos al imputado tornaría muy dificultosa la determinación de la real ocurrencia de los hechos. El eje del sistema es la confesión: quién mejor que aquel que estuvo involucrado en el hecho para relatarnos qué fue lo que pasó.

Esta forma de indagar la real ocurrencia de los hechos fue duramente criticada por el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Si bien la nueva concepción del proceso penal mantuvo como finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, admitió que tal objetivo no podía alcanzarse a cualquier costo. El imputado fue reconocido como un sujeto de derecho y no como un objeto de investigación. El Estado de Derecho implica la existencia de límites impuestos al Estado en el ejercicio de su facultad persecutoria. Los derechos y garantías encuentran su origen en la necesidad de proteger al individuo frente al poder estatal. El juicio se comprende como una contienda entre partes iguales, en la que se presume la inocencia del acusado de manera tal que quien tiene la carga de probar el hecho imputado es la acusación. No obstante, no todo método de investigación es válido para fundar una sentencia condenatoria, puesto que todo aquel mecanismo de recolección de evidencia que signifique una intromisión coercitiva del Estado en la esfera de intimidad del individuo, o que de alguna otra manera atente contra garantías fundamentales de la persona, debe ser descartado.

Estas visiones del proceso penal esconden una oposición entre eficiencia en la aplicación de la ley penal sustantiva (castigo a los culpables) y garantías del individuo (evitar el castigo a los inocentes). Lo que legitima el empleo de agentes encubiertos es la premisa de otorgar al Estado facultades investigativas amplias para así lograr encarcelar a los autores de delitos aberrantes tales como el narcotráfico, la prostitución infantil o el terrorismo. No es más que acudir al viejo argumento de que el fin justifica los medios.

Para una justicia entendida como condena, el principio de inocencia no es más que un obstáculo. Las modificaciones al derecho penal y procesal penal “tienden a satisfacer intereses criminalísticos –ante todo, a costa de los derechos de libertad del imputado y de los otros intervinientes en el procedimiento– y aumentan y refuerzan los instrumentos instructorios cuantitativa y cualitativamente”⁸.

⁸ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 96.

En la actualidad se impone un discurso mediático que confunde justicia eficiente con la prescindencia de derechos y garantías constitucionales. “Gran parte de las reformas penales y procesales de tiempos recientes se han orientado a hacer más sencilla la persecución penal, dejando en el camino, entre otros principios, aquel por el cual la sospecha no equivale a la certeza”⁹.

El derecho penal se convierte en una herramienta tendiente a eliminar eficazmente todo aquello que pueda poner en riesgo la subsistencia de la sociedad. Para justificar la injerencia del Estado en derechos fundamentales del individuo se recurre al principio de proporcionalidad: vale más desconocer derechos y garantías constitucionales que dejar desprotegida a la sociedad frente a los “crímenes graves”. Ahora bien, “(...) se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios no son también de ponderación firme en los ‘tiempos de necesidad’, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de estos principios ya no es su valor y su peso específico sino la percepción como problema de la ‘necesidad’ o la ‘grave amenaza’. (...) (Si los principios del derecho penal) son disponibles según el caso, (el derecho penal) perderá —a largo plazo, también ante los ojos de la población— su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho”¹⁰.

El pretexto de la necesidad de violar derechos de los individuos para encontrar la verdad real es extremadamente peligroso “por ser especialmente apto para la demagogia”¹¹. La ‘lucha contra el crimen organizado’ no es más que un argumento efectista que invoca la noción de garantizar la seguridad y que ha conducido a acercar la actual lógica de las pruebas a prácticas inquisitivas¹². En la actualidad la ‘lucha contra el crimen organizado’ ha dado lugar a que cada vez se le reconozcan mayores facultades a los órganos de investigación. “En este fin de siglo se advierte la existencia de un discurso que al poner el énfasis en la eficiencia y en la eficacia

⁹ ZIFFER, Patricia S., *El Delito de Asociación Ilícita*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 17.

¹⁰ HASSEMER, Winfried, Ob. cit., pp. 64/65.

¹¹ DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 483.

¹² Cfr. BUNGE CAMPOS, Luis María, “Delatores, informantes y casos análogos”, *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, Volumen: 1999/B.

termina avasallando estas garantías que, obviamente, ponen obstáculos a la tan anhelada eficacia¹³.

El agente encubierto hunde sus raíces en el sistema inquisitivo. Detrás de esta figura se alza el objetivo final de averiguar la verdad a cualquier precio. A este aumento de las capacidades persecutorias de los órganos de investigación del Estado se le contraponen la pérdida de derechos por parte de los ciudadanos. El agente encubierto supone la presencia continua del Estado en la esfera de intimidad de una persona, al punto que puede saber mucho más de ella que aquello estrictamente necesario para obtener una condena judicial.

Las garantías obstan a la acumulación desmedida de poder en manos de los órganos de investigación penal de Estado. El primer interés es (o debería ser) la seguridad y la libertad de las personas. Lo más riesgoso para ellas no son los delitos graves y de difícil esclarecimiento, sino que lo que las pone en un mayor peligro es la concentración de poder del Estado en el ejercicio de la persecución penal. Cuantas menos garantías posea el individuo frente a la coerción estatal, más débil será su posición frente al Estado y mayor será el desequilibrio entre el imputado y la acusación. Precisamente, nos alejamos de un modelo de organización judicial acusatorio para acercarnos a uno claramente inquisitivo.

IV. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

1. Agente encubierto vs. derechos y garantías constitucionales

a. Intimidad

Previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 11 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la intimidad es el derecho a que los demás no tengan datos sobre una persona que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos.

El agente encubierto es un funcionario policial o un miembro de las fuerzas de seguridad que se infiltra en una organización criminal para

¹³ Idem, p. 777.

obtener información de su estructura y funcionamiento. Para ello se vale de una identidad falsa y de una autorización judicial para cometer delitos y así poder ganarse la confianza de los miembros de la organización. El objetivo final es que a partir de los datos que el agente encubierto aporte a la investigación, sea posible reunir prueba de cargo contra los integrantes de la asociación criminal y así poder perseguirlos penalmente. De esta forma, el Estado logra avasallar la intimidad de la persona investigada.

El agente encubierto significa la presencia continua de la persecución estatal en la intimidad del individuo, sin que él lo sepa y mucho menos haya consentido esa intrusión. “La sola existencia de un agente encubierto afecta el derecho a la intimidad de los investigados porque, ocultando su condición de policía, observa y oye lo que ocurre en conversaciones y conductas que tienen lugar en su presencia o en domicilios de personas físicas y jurídicas a los que tienen acceso”¹⁴.

Cabe hacer mención en este punto del fallo “Fiscal c/ Fernández”¹⁵, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiriera por primera vez al empleo de agentes encubiertos, aun antes de que la figura fuera incorporada a la Ley 23.737. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar de Mendoza, se detuvo a un ciudadano boliviano apellidado Fernández secuestrándole cocaína que tenía en su poder. Fernández, luego de ser detenido, indicó a la policía que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió junto con Fernández a la vivienda en cuestión, que resultó ser el Consulado de Bolivia. El Cónsul permitió el ingreso de Fernández y del policía, que no se identificó como tal. A pedido de Fernández, el Cónsul le entregó, frente al policía, paquetes con cocaína. En su fallo, la Corte sostuvo que el comportamiento del policía no vulneraba garantía constitucional alguna, puesto que el Cónsul había consentido el ingreso al Consulado de un desconocido sin indagar de quien se trataba, por lo que asumió el riesgo de que los hechos fueran observados por un tercero que podría declarar en un proceso judicial posterior. Ahora bien, de más está decir que si el Cónsul

¹⁴ 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*, Picó i Junoy, Joan, direc., Bosch, Barcelona, 2001, p. 102-103.

¹⁵ Fallos 313:1305

hubiera tenido conocimiento de que quien iba a ingresar al Consulado era un policía, probablemente no hubiera otorgado su consentimiento. Claramente medió un engaño, y un consentimiento viciado no puede validar o legitimar la restricción del derecho fundamental afectado. Por lo demás, el consentimiento no debe confundirse con la ausencia de reparos.

En dicho antecedente jurisprudencial la Corte señaló que “el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales”, considerando que ello ocurre en tanto ese agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho. No obstante, el agente encubierto efectivamente viola disposiciones constitucionales y pone en riesgo el Estado de Derecho, sólo que el discurso político imperante logra justificar dichas transgresiones en una pretendida necesidad de eficacia, que resulta en el desconocimiento de los principios básicos del derecho penal y procesal penal. Ese desconocimiento es visto como un mecanismo tendiente a lograr el esclarecimiento y condena de los hechos punibles de manera más simple y rápida. “Así, por ejemplo, puede ser absolutamente correcto que una lucha contra el crimen organizado en el ámbito del tráfico de drogas requiera la introducción de instructores ocultos (...). Pero esta discusión no debería ser conducida como exigencia de un derecho penal conforme al estado de derecho, sino como exigencia de un derecho penal eficiente y suficientemente provisto desde el punto de vista criminalístico, en contradicción con los principios que nos han sido transmitidos desde un derecho penal conforme al estado de derecho”¹⁶.

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sostenido¹⁷ que el uso de agentes encubiertos no atenta contra las garantías fundamentales establecidas en la Convención Europea de Derechos Humanos, puesto que el delincuente es libre de tomar sus decisiones y comportarse como desee, aún cuando esté equivocado en la identidad de la otra parte de las negociaciones y en cuanto a la relación que tiene con la policía. El derecho constitucional no protege al delincuente contra la observación de su comportamiento ilegal por parte de un funcionario de policía, acerca de quien aquel ignora su identidad¹⁸. Lo que se pretende

¹⁶ HASSEMER, Winfried, *Ob. cit.*, pp. 80/81.

¹⁷ LÜDI V. SWITZERLAND JUDGMENT, TEDH, decisión de fecha 15 de junio de 1992.

¹⁸ Cfr. con cita del fallo LÜDI V. SWITZERLAND JUDGMENT del TEDH efectuada por Mario Daniel Montoya en “Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas” Buenos Aires 1998 p.181, citada en el fallo “Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ recurso de casación” de fecha

bajo estos argumentos es legitimar el uso de “trucos” por parte del Estado a los fines de lograr el encarcelamiento de individuos de quienes se sospecha están involucrados en crímenes extremadamente peligrosos para la sociedad en su conjunto. Se pretende ignorar la manifiesta violación de derechos y garantías fundamentales ocultándola tras el velo de la necesidad de proteger a la sociedad contra el crimen organizado. Esta pretensión de simplificar la tarea del Estado en cuanto a arrestar a “los culpables” es puesta de manifiesto claramente en la disidencia parcial del magistrado Matscher en el caso Lüdi, quien manifiesta que el uso de agentes encubiertos, aunque enteramente legítimo (dentro de ciertos límites), no es muy ‘agradable’, pero que en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad –tales como el terrorismo y las drogas–, el uso de agentes encubiertos es usualmente el único método que hace posible identificar a los culpables y desbaratar bandas criminales¹⁹. Así, cualquiera que toma parte en una organización criminal corre el riesgo de caer en la trampa. En otras palabras: quien está en una organización criminal es malo y, por ende, no goza de los mismos derechos que los demás –los buenos–, porque si los tuviera, para el Estado sería mucho más complicado arrestarlo.

El uso de agentes encubiertos importa una intensa afectación del derecho a la intimidad dado que “el agente tiene más amplio acceso a los datos propios de la vida privada de los investigados, muchos de ellos ajenos a la propia misión”²⁰.

b. Razonabilidad

Si bien el legislador cuenta con un margen de arbitrio a la hora de restringir válidamente un derecho fundamental, lo cierto es que la reglamentación que se haga de esos derechos debe ser razonable. El legislador

03/06/99, causa nro. 1569, en trámite ante la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, votos de los Dres. Raúl R. Madueño, Juan E. Fégoli y W. Gustavo Mitchell.

¹⁹ “I also accept that the use of undercover agents or other tricks used by police detectives, although entirely legitimate (within certain limits), is not very “nice”, but in the fight against certain types of criminality - such as terrorism or drugs -, which is one of the most important tasks of the police in the interests of society, this is often the only method which makes it possible to identify those who are guilty and break up criminal gangs, who for their part also use all the methods available to them. So anyone who knowingly takes part in organised crime runs the risk of falling into a trap”.

²⁰ DELGADO, Martín Joaquín, *Ob. cit.*, p. 103-104.

puede crear derecho dentro del marco o límite de contenidos posibles que le ofrece la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 28 CN, art. 30 y 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Las restricciones de los derechos fundamentales deben estar justificadas por los hechos y circunstancias que le han dado origen, fundarse en la necesidad de salvaguardar un interés público comprometido, y ser proporcionales a los fines que se procura alcanzar con ellas. “(...) Las leyes deben ser razonables, es decir, (...) deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción estableció dicho acto”²¹.

Esto significa que la ley no puede desnaturalizar o destruir la sustancia o contenido esencial del derecho fundamental que reglamenta. Aun cuando la lucha contra el crimen organizado aparezca como una finalidad lícita, la restricción al derecho a la intimidad que la utilización de agentes encubiertos implica viola de manera explícita la esencia del género constitucional, en la medida en que contradice el propósito y razón de ser del reconocimiento a los individuos de una esfera de relaciones, asuntos y afectos reservada sólo a ellos y exenta de cualquier interferencia estatal.

En lo que respecta a la proporcionalidad que debe existir entre las limitaciones a un derecho fundamental y los antecedentes y fines de la medida, cabe poner de resalto que el análisis a realizar no se funda en la eficacia del medio elegido por el legislador para alcanzar el objetivo, sino que se trata de resolver si los medios seleccionados son o no proporcionales a las circunstancias que originaron el dictado de la norma y a los fines que la justifican. El interés estatal en combatir el crimen organizado puede aparecer como un fin legítimo, pero la conveniencia o utilidad que el empleo de agentes encubiertos pueda significar para eliminar asociaciones criminales no es suficiente para justificar el uso que se haga de ellos violentando el derecho a la intimidad. No existe una imperiosa necesidad de recurrir a agentes encubiertos para prevenir este tipo de criminalidad, sino que el Estado cuenta con otras herramientas en su haber para investigar esta clase de delitos, todas ellas menos lesivas de derechos fundamentales.

²¹ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p.32.

Una interpretación acorde a la que venimos sosteniendo podemos encontrarla en un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: “La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”²².

Aquellas normas que afectan derechos fundamentales deben ser examinadas de acuerdo a un escrutinio estricto. Desde esta perspectiva, el Estado debe probar que la restricción al derecho es necesaria para promover un interés primordial, una finalidad con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales.

En cuanto al uso de agentes encubiertos el Estado falla a la hora de demostrar la estricta necesidad de esta medida, puesto que lo que el Estado no podrá acreditar es la existencia de un interés imperioso que justifique la utilización de agentes encubiertos en la investigación del crimen organizado. Para que esa restricción sea imperiosamente necesaria no es suficiente con demostrar que sea útil u oportuna, sino que debe tratarse de una medida indispensable ante la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.

La dificultad para el Estado radica en que el fin perseguido mediante el uso de agentes encubiertos (la lucha contra el crimen organizado) de ningún modo es superior al valor constitucional que supone el respeto por la intimidad del individuo.

c. Prohibición de autoincriminación

Esta garantía está consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8 inc. 2 f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 inc. 3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

El agente encubierto obtiene información del propio investigado, sin que se reúnan los requisitos establecidos por la ley procesal en relación a la declaración del imputado. La regulación de forma establece que el acusado sólo puede ser interrogado por el juez, debe ser informado del derecho que le asiste de contar con un abogado defensor y de conferenciar con él antes de declarar. A su vez, se le debe indicar cuál es el hecho cuya comisión se le atribuye y cuáles son las pruebas en su contra. También se le debe hacer saber que puede negarse a declarar y que su silencio no será interpretado en su contra. Ninguna de estas formalidades y medidas previas tiene lugar cuando la persona vierte dichos autoincriminatorios frente al agente encubierto, sino que el Estado se vale de una maniobra engañosa para obtener una confesión del sospechoso.

Ante este argumento se alzan las siguientes objeciones: por un lado, resultaría inherente a la tarea del agente encubierto oír y ver lo que sucede a su alrededor y sería la propia ley la que autorizaría ese proceder; por otra parte, en la actividad del agente encubierto no existe un marco coercitivo derivado de la privación de la libertad que torne exigible la previa información al inculcado de los derechos que posee, sino que el sospechoso habla libre y voluntariamente ante la presencia del agente. No obstante, estas consideraciones no son suficientes para justificar el uso de agentes encubiertos y negar la vulneración de la prohibición de autoincriminación. Lo que obsta a que los dichos del miembro de la organización criminal investigado sean utilizados en juicio como prueba en su contra, es que fueron obtenidos mediando un ardid del propio Estado. El agente no revela a quien efectúa las declaraciones autoincriminatorias su verdadero rol. Es ese desconocimiento de la verdadera situación en la que se encuentra lo que priva de libertad y voluntariedad a las declaraciones de la persona investigada. Desde un punto de vista jurídico, no es dable exigir que quien comete un hecho delictivo deba presumir que la persona con la que está interactuando sea un agente encubierto y que lo que diga y haga podrá ser usado en su contra en un proceso posterior.

Si se utiliza al agente encubierto, el derecho a permanecer en silencio del acusado queda vacío de contenido. “El derecho del imputado de no tener que aportar información en el procedimiento penal que le inicia la parte contraria (*nemo tenetur se ipsum prodere*) pierde su objeto cuando se trata del empleo de métodos de investigación secretos empleados en su contra. (...) [L]os agentes encubiertos (...) agotan la información sobre el imputado, sin dejarle siquiera la libre decisión acerca de si hubiere deseado

hacerle llegar esa información a las autoridades encargadas de la investigación o no”²³.

2. Legislación argentina que prevé la figura del agente encubierto

La legislación argentina ha incluido la figura del agente encubierto a través de la ley 24.424 modificatoria de la ley 23.737. El art. 31bis de la Ley 23.737 establece lo siguiente: *Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando 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 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. 31quinques.

Por tanto, el juez podrá designar un agente encubierto en causas vinculadas con el tráfico de estupefacientes cuando tenga razones para pensar que hay un delito cometido o en vías de cometerse. Debe existir un estado de sospecha serio, referido a un delito determinado. La designación del agente encubierto es procedente como último recurso. Si es posible utilizar otras medidas menos intrusivas deberá optarse por ellas. El magistrado que

²³ DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 486-487.

interviene en la investigación deberá controlar periódicamente la actuación de los agentes encubiertos²⁴.

Por lo demás, la Ley 11.683, en el art. 35 inc. g), faculta a la Administración Federal de Ingresos Públicos a *autorizar, mediante orden de juez administrativo, a sus funcionarios a que actúen en el ejercicio de sus facultades, como compradores de bienes o locatarios de obras o servicios y constaten el cumplimiento, por parte de los vendedores o locadores, de la obligación de emitir y entregar facturas y comprobantes equivalentes con los que documenten las respectivas operaciones, en los términos y con las formalidades que exige la Administración Federal de Ingresos Públicos. La orden del juez administrativo deberá estar fundada en los antecedentes fiscales que respecto de los vendedores y locadores obren en la citada Administración Federal de Ingresos Públicos*. En el afán de combatir la evasión, el Estado ha recurrido al agente encubierto fiscal. Ahora bien, tal como se lo ha expuesto, el empleo de agentes encubiertos ha sido justificado en la medida en que se lo utilice como un mecanismo de excepción al que puede acudirse dada la necesidad de resolver casos graves y extremos en los que el establecimiento de la verdad no puede ser logrado de otra manera. Por ende, las verificaciones encubiertas en el ámbito fiscal deberían desecharse por dos razones. Por un lado, es cuestionable que la evasión tributaria llevada a cabo por vendedores o locadores revista el carácter de un delito grave y de difícil esclarecimiento como para legitimar el uso de agentes encubiertos. Por otra parte, la AFIP tiene a su alcance otras herramientas de fiscalización previstas en la misma Ley 11.683 que son idóneas para alcanzar el fin pretendido y que son menos lesivas a los derechos fundamentales de los individuos.

V. LIBERTAD Y AGENTES ENCUBIERTOS

El uso de agentes encubiertos abre las puertas a un Estado sin limitaciones ni sujeto a control alguno. Dejamos de ser protegidos por el Estado para transformarnos en sus víctimas. La utilización de un método de investigación tan amplio y violatorio de derechos y garantías fundamentales nos

²⁴ Cfr. CARRIÓ, Alejandro, "Agentes encubierto y testigos de identidad reservada: armas de doble filo, ¿confiadas a quién?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, Volumen: 6, pp. 311-318.

conduce por un camino peligroso. Así, podría arribarse a una instancia en la que cualquiera de las personas que convive con nosotros podría ser un miembro de las fuerzas de seguridad que oculta su identidad con la finalidad de saber más de nuestras vidas.

La noción de una posible vigilancia constante y continua contribuiría a que los individuos se sintieran observados todo el tiempo. Tal sensación induciría al sujeto a comportarse del modo en que los demás esperan que se comporte. Finalmente, se alcanzaría el objetivo deseado: una vigilancia permanente en sus efectos, si bien discontinua en su acción. Aún cuando el otro no sea un agente encubierto, es decir, que no haya una vigilancia efectiva, lo fundamental sería generar en la población la sensación de estar siendo constantemente vigilada. “El que está sometido a un campo de visibilidad, y que lo sabe, reproduce por su cuenta las coerciones del poder”²⁵.

La intimidad de la persona queda relegada ante el uso de agentes encubiertos: “un agente encubierto (...) se emplea sobre una ‘escena’ completa, es decir se dedica a la vigilancia de una gran cantidad de objetos”²⁶. El agente encubierto ofrece al Estado la posibilidad de observar al ciudadano sin ser visto. De esa forma, logra inmiscuirse profundamente en los detalles y en las relaciones sociales. Llevado a sus últimas consecuencias, el uso de agentes encubiertos contribuiría al disciplinamiento de los individuos, quienes se comportarían como si estuvieran bajo una vigilancia permanente y omnipresente. Semejante control sobre las personas conllevaría la pérdida de su libertad y acercaría al Estado a una modalidad totalitaria.

“En cuanto al poder disciplinario, se ejerce haciéndose invisible; en cambio, impone a aquellos a quienes somete un principio de visibilidad obligatorio. En la disciplina, son los sometidos los que tienen que ser vistos. Su iluminación garantiza el dominio del poder que se ejerce sobre ellos. El hecho de ser visto sin cesar, de poder ser visto constantemente, es lo que mantiene en su sometimiento al individuo disciplinario”²⁷.

A lo que debemos temer es a un Estado sin frenos, sin reconocimiento y respeto de derechos fundamentales, a un Estado que pretenda monitorear

²⁵ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006, p. 206.

²⁶ DENCKER, Friedrich, Ob. cit., p. 486.

²⁷ FOUCAULT, Michel, Ob. cit., p. 192.

la vida de sus ciudadanos sin dejar margen alguno para la elección del propio plan de vida, a un Estado que diga conocer y guiar los intereses de todos. Un Estado así concebido, se inmiscuye en la intimidad sin dejar margen a la libertad individual.

El agente encubierto puede entonces transformarse en una herramienta de terror. Al ingresar en la vida de la gente y ganarse su confianza, podría tender a buscar y eliminar a todo aquel que se presente a los ojos del poder como un opositor. Igualmente, podría utilizarse como un mecanismo de control y disciplinamiento social. El reconocimiento legislativo de la utilización del agente encubierto amplía desmesuradamente la esfera de intervención estatal y restringe al máximo las libertades individuales de quien es objeto de investigación.

Los derechos fundamentales constituyen un muro de contención frente a los abusos en que pudiera incurrir el Estado haciendo uso de su poder de coerción. Cuando los criterios de lo permitido y lo prohibido se confunden, cuando abandonamos la guía del derecho penal liberal²⁸, la eventual consecuencia es la pérdida de toda referencia constitucional para finalmente sucumbir a un dominio totalitario en que todo sea posible. Dejarían, entonces, de regir las limitaciones constitucionales para ocupar su lugar la fuerza represiva del Estado, presente a través de los agentes encubiertos hasta en las esferas íntimas de los individuos. La meta de la dominación totalitaria es la destrucción de la individualidad, la supresión de lo diferente: hombres y mujeres deben quedar reducidos a seres autómatas sin iniciativa. El empleo de agentes encubiertos resulta un instrumento útil para alcanzar esos fines. Tal como se manifestara anteriormente, un ciudadano que siente que podría estar siendo vigilado por el Estado se comportará de la manera en que se espera que lo haga. Toda expresión de personalidad, espontaneidad, idea o convicción sería reprimida por el propio individuo debido al temor a una represalia estatal.

VI. PALABRAS FINALES

Para aumentar las facultades de investigación del Estado se ha invocado la necesidad de combatir el crimen organizado. Dada la peligrosidad de este tipo de delincuencia y la dificultad de su esclarecimiento, se

²⁸ Entendido como un derecho protector del imputado frente a la persecución estatal.

han incorporado a la legislación una serie de mecanismos de investigación que ponen en juego derechos fundamentales del individuo. Entre esos mecanismos se encuentran los agentes encubiertos.

Las autoridades de investigación pueden hoy hacer algo impensado: inmiscuirse en la intimidad de las personas y acumular una gran cantidad de información sobre ellas, datos que posiblemente excedan el marco del proceso penal en el que se ordenó la medida de prueba. Para ello cuentan con una autorización legal, sólo que dicha normativa es manifiestamente inconstitucional: viola el derecho a la intimidad y la prohibición de auto-incriminación.

No obstante, ese reconocimiento legal del que goza la herramienta del agente encubierto proviene de razones de conveniencia política. Ante el miedo y el rechazo que provocan en la población los delitos vinculados a las organizaciones criminales, generan más votos los discursos que propugnan la eficacia en la investigación, aunque ello signifique desconocer las garantías y derechos fundamentales del individuo. “La opinión pública tiende a aceptar con más facilidad los mensajes de dureza en la lucha contra la criminalidad que aquéllos otros que patrocinan una defensa a ultranza del sistema de garantías. Además, es más fácil recurrir a la radicalización en esa lucha, con medios cada vez más duros y agresivos, que la búsqueda de soluciones creativas”²⁹.

Es la vigencia de los derechos fundamentales lo que permite controlar el poder del Estado, que bajo el pretexto de combatir el delito, puede acumular un poder peligroso.

“[L]a forma más peligrosa de crimen organizado conforme a toda la experiencia histórica puede llegar a ser el propio Estado. Es decir que los controladores del crimen organizado requieren, por su parte, de control”³⁰.

El agente encubierto es un arma riesgosa. Con el objeto de encontrar al autor de un delito especialmente aberrante, el Estado se inmiscuye en los confines más reservados del individuo. Una persona que todavía no ha sido condenada es sometida a una observación estatal constante. Es vigilada todo el tiempo, en situaciones de la vida cotidiana que distan de tener vinculación con un hecho determinado que sea investigado en un proceso penal. Nace para el Estado la oportunidad de investigar una personalidad, una forma de ser, de conducirse en la vida. Logra invadir una esfera de

²⁹ DELGADO, Martín Joaquín, *Ob. cit.*, p. 98.

³⁰ DENCKER, Friedrich, *Ob. cit.*, p. 491.

conocimiento a la que en principio tiene vedado el acceso. El Estado conoce, acumula información, construye un saber a partir de la observación del sujeto.

Tanto el crimen organizado como el Estado cuentan con recursos excepcionales para provocar daños a terceros. Sin embargo, el incremento desmesurado de las armas represivas del Estado para hacer frente al poder de las organizaciones delictivas es sumamente riesgoso. Un Estado intrusivo significa para el ser humano un peligro mucho mayor que el potencial perjuicio que le pueda ocasionar un delito llevado a cabo por un conjunto de particulares. Cuando se faculta al Estado a vulnerar derechos fundamentales, el individuo queda desprovisto de todo resguardo.

De esta forma, el poder niega en la vida cotidiana los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Con fundamento en razones consideradas atendibles (la seguridad, el bien común, la defensa frente al terrorismo, por ejemplo) el Estado despoja explícitamente a los sujetos de sus derechos. La humanidad misma se transforma en clase peligrosa y el ciudadano pasa a ser el sospechoso por excelencia. El Estado tiene, así, decisión absoluta sobre la vida de sus ciudadanos: los sujetos ponen su vida a disposición del poder imperante³¹.

El empleo de agentes encubiertos contraviene derechos constitucionales bajo el amparo de una pretendida finalidad de lograr una mayor seguridad. Se trata de utilizar el proceso penal con fines persecutorios y de vigilancia social. Consiste en negar derechos y garantías individuales en nombre de la ‘necesidad social’ o la ‘emergencia’ y el Estado se excluye a sí mismo de todo control.

³¹ Cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2007.