

El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?

Fabrizio Guariglia.¹

I. Introducción.

La crítica a la capacidad del sistema penal tradicional para reaccionar frente a la así llamada "criminalidad organizada" se ha expandido notoriamente en los últimos tiempos. En efecto, ya no se trata de un reclamo en todo caso equilibrado por la existencia de un discurso alternativo, más moderado -y consciente, en definitiva, de sus propias limitaciones-, que operaba como muro de contención de estas aspiraciones, a menudo no exentas de irracionalidad, de "eficiencia absoluta", sino que se ha instalado firmemente -y a veces pareciera que hasta hegemónicamente- en la discusión político-criminal de fin de siglo. Los primeros frutos de este proceso ya están a la vista: nuevos tipos penales, elevación de las penas previstas en varios de los ya existentes, reformas al procedimiento penal con el fin de tornarlo "apto" como herramienta para la lucha contra nuevas formas de delincuencia cuya complejidad, se afirma, excedería su capacidad funcional actual.

Este trabajo pretende analizar, precisamente, uno de estos nuevos métodos adoptados por la reacción penal estatal: la introducción en el esquema clásico del procedimiento penal

del *agente encubierto*, es decir, del miembro de las fuerzas policiales que, ocultando su verdadera identidad, busca infiltrarse en organizaciones delictivas con el fin de recabar información, y su compatibilidad con los postulados básicos del derecho procesal penal en su formulación europeo-continental. Para ello, se tratará fundamentalmente la regulación de dicha actividad policial en la ley procesal penal alemana (*Strafprozeßordnung-StPO*), y la discusión dogmática en torno a ella (II). Seguidamente, se analizará, en forma más breve, la reciente recepción del agente encubierto en la legislación argentina (III), para finalmente intentar algunas conclusiones (IV).

II. La regulación en la StPO.

La "Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada" (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*)² -y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la StPO- ha introducido la figura del *agente encubierto* (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los

¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires.

² 15.7.1992.

que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente³, encuentra ahora apoyo normativo explícito.

Es posible afirmar que la reforma a la StPO ha arrojado un poco de luz en un panorama sumamente difuso, cuya imprecisión se extendía, incluso, a los conceptos utilizados⁴. A la poca claridad reinante en el tema han contribuido, sin duda, los erráticos intentos por justificar la utilización de estos métodos de investigación a pesar de la ausencia de toda norma potestativa correspondiente en la legislación procesal penal. Ejemplo claro de esto último es la tendencia de la jurisprudencia alemana a admitir dentro del procedimiento penal las prácticas policiales de provocación (*Lockspitzelpraxis*) mediante una aplicación desmesurada del § 34 StGB (artículo del Código Penal alemán regulatorio del estado de necesidad justificante)⁵, utilizado aquí como norma de autorización en el procedimiento penal⁶.

La reforma, sin embargo, presenta al mismo tiempo una serie de problemas dogmáticos todavía pendientes de una respuesta. En las siguientes páginas se intentará una descripción de la regulación prevista en los §§ 110a y ss., StPO, y de la discusión en torno a ellos, profundizando el análisis en ciertos puntos particularmente críticos, en donde las nuevas reglas chocan con postulados básicos de la StPO, e, incluso, con principios consagrados en la Ley Fundamental alemana.

II.1. El § 110a StPO.

a) El § 110a II define a los agentes encubiertos (AE) como "miembros del servicio policial que indagan bajo una identidad alterada (*Legende*, "leyenda"), otorgada por un período limitado de tiempo". Quedan excluidos de este círculo, por consiguiente, miembros de la policía que se hayan infiltrado sólo como producto de la ocasión (es decir, sin "leyenda"), al igual que los así llamados "Hombres-V" (*V-Leute*)⁷.

3 Jakobs, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2da. ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1991, p. 685, nota 20.

4 Los términos habitualmente empleados en la discusión sobre el problema "Lockspitzel", "V-Männer", "Verdeckter Ermittler", "V-Leute", "agent provocateur", son a menudo confundidos entre sí, como si todos designaran al mismo objeto. Sólo recientemente se ha establecido una diferenciación terminológica relativamente clara. Cf. Lüderssen, Klaus, Prólogo a V-Leute. *Die Falle im Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1985; Weßlau, Edda, *Vorfeldermittlungen. Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung" aus strafprozessrechtlicher Sicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 86 y ss.

5 Ya en forma expresa, ya implícitamente, recurriendo a la ponderación de valores, inherente a dicha causa de justificación, para sustentar la actividad policial.

6 Dencker, Friedrich, *Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung*. En V-Leute cit., p. 247. La solución intentada (también para la fundamentación de la actuación de los agentes encubiertos) confunde los planos en los que actúan, respectivamente, las *normas de deber* (como lo son las normas penales, sean mandatos u omisiones), las *normas de permiso* (causas de justificación) y las *normas potestativas* (las reglas de procedimiento). El § 34 StGB sólo puede tener relevancia en cuanto a la determinación de la antijuridicidad de la conducta individual del agente policial que durante su actuación "encubierta" comete un hecho típico. Nada dice -ni puede decir- en cuanto a la admisibilidad procesal de su actuación, tarea privativa de las normas de procedimiento. Cf. Maier, Julio, *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 114 y ss.; 129 y ss. Es claro que la relación inversa conduce a otro resultado: la norma procesal que autoriza, por ejemplo, un ataque directo en la esfera de derechos de los ciudadanos, opera como norma de permiso (causa de justificación), y, por consiguiente, neutraliza la eventual infracción a una norma de deber descrita en el tipo penal.

No han sido pocas las críticas a este abrupto traslado al campo del procedimiento penal de normas de derecho penal material -dirigidas fundamentalmente a los ciudadanos- con el único fin de fundamentar un ataque estatal al ámbito de las garantías individuales. Cf. por todos, Amelung, Knut, *Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?*. En "Neue Juristische Wochenschrift" (NJW), 1977, Nr. 19, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1977, p. 833 y ss., añadiendo una dimensión política a la crítica: la determinación de normas autorizando injerencias estatales en la esfera de derechos de los individuos es una cuestión política trascendental que, en un Estado de derecho, sólo puede ser decidida por el legislador (p. 835); tb. Amelung, Knut/Schall, Hero, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis*. En "JuS", 1975, Nr. 9, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1975, p. 565 y ss.; ; el mismo, *Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtlicher Eingriffsnorm?*. En "NJW", 1978, Nr. 13, p. 623 y s.

7 Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozeßordnung*, 41a. edición, C.H. Beck, München, 1994, p. 386, n° 4. Por "Hombres-V" se comprende aquellos particulares que colaboran habitualmente con la policía, y son utilizados por ella para sus

Esto último, advierte la literatura, tiene gran importancia, ya que los órganos encargados de la persecución penal no deben intentar evitar las limitaciones a las que se encuentra sujeto el agente encubierto mediante la utilización de Hombres-V o "informantes", los cuales no son, en principio, miembros de la policía⁸. La consecuencia inmediata de ello sería la imposibilidad de valorar judicialmente la información recogida mediante la utilización -no amparada por el § 110a- de estas prácticas, cuando el caso se subsuma en alguno de los supuestos establecidos en el catálogo de delitos previsto en la norma (ver infra (c)). Ello, sin embargo, es objeto de discusión: se ha argumentado que la prohibición de valoración probatoria se encuentra limitada al caso en que personas no legitimadas por el § 110a ingresen en alguna vivienda privada, ya que ellas tampoco pueden ampararse en la autorización comprendida en el § 110c (ingreso domiciliario, en principio, sólo bajo aquiescencia del juez del procedimiento preparatorio)⁹. En contra de esta última postura, se puede afirmar que ella pasa por alto el hecho de que las nuevas normas autorizan una incursión secreta y directa en la esfera íntima del ciudadano bajo sospecha, la cual puede asumir múltiples formas (entre ellas -y sin duda, de gran importancia-, la del ingreso en el domicilio particular); con tal fin estas normas regulan una serie de requisitos, entre los cuales se encuentra la exigencia de que la

persona que realice dicha actividad sea miembro regular de la policía, y, por ello, se vea limitado por ciertos principios básicos inherentes a su función. Esto último no sucede, como resulta obvio, en el caso de los Hombres-V¹⁰, a pesar de su íntima vinculación con las fuerzas policiales.

Se debe remarcar, de todos modos, que la tesis que considera a los Hombres-V como "simples testigos", y, por consiguiente, propugna como única regulación de su actividad a las reglas procesales destinadas a la prueba testimonial -implícita en la decisión del legislador alemán de ignorar el problema¹¹- resulta también criticable: a partir de ella, lo único que las fuerzas policiales deben hacer para sortear exitosamente los "obstáculos" previstos en la ley procesal es utilizar a particulares; la información recogida por estos mediante métodos inadmisibles para los órganos de la persecución penal (ingresos domiciliarios irregulares, interrogatorios "informales", etc.) será plenamente aprovechable en el procedimiento. Ello conduce, en definitiva, a la *relegitimación* de la actividad estatal contraria a las normas que regulan el procedimiento penal¹², incompatible con la máxima del "proceso justo" (fairen Verfahren, Due Process), postulado fundamental de todas las legislaciones procesales modernas, y garantía universalmente reconocida en todos los pactos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien es indu-

tareas de investigación; los "informantes", por el contrario, son sólo colaboradores ocasionales, que, por lo general, intervienen cuando han tenido noticia de la comisión de un delito.

- 8 Cf. Nack, Armin. En *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, C.H. Beck, München, 1993, p. 421, n° 6. La afirmación de que los Hombres-V no integran las fuerzas policiales puede, y debe ser relativizada, ya que su actuación es guiada y controlada por la policía, y sirve directamente a sus tareas (Weßlau, p. 88). Por ello, no resulta admisible considerar a dicha actividad como "privada", y por ende, libre de todas las limitaciones que el Estado de derecho le impone a la persecución penal.
- 9 Kleinknecht/Meyer, p. 386, n° 4.
- 10 Cf. Hilger, Hans, *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG*. En "Neue Zeitschrift für Strafrecht" (NSfZ), 1993, Nr. 11, C.H. Beck, München/Frankfurt a.M., 1993, p. 523, nota 129.
- 11 Velten, Petra, *Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung. Zur Kontrolle daraus resultierendes Macht*, Tesis doctoral (en prensa), p. 53; elípticamente, Hilger, p. 523 nota 129.
- 12 Ejemplo claro de esto último es la decisión del BGH del 21.7.94, en "Strafverteidiger" (StV), 1994, Nr. 11, Luchterhand, Neuwied, 1994, p. 521 y ss., en la que se limita la aplicación de la prohibición de incorporar al debate oral el testimonio de la persona que haya escuchado la declaración (Verhörperson) en el caso previsto por el § 252, StPO (inadmisibilidad de la introducción por lectura en el debate de la declaración testimonial prestada durante el procedimiento preparatorio si el testigo utiliza en dicho estadio procesal, por primera vez, su derecho a no declarar), exclusivamente al círculo de los funcionarios de la persecución penal, admitiendo, por consiguiente, el testimonio de Hombres-V cuando el testigo haga uso de su derecho a rechazar el testimonio.

dable que las reglas del procedimiento penal, en general, y, dentro de ellas, las normas que establecen los métodos admisibles de recolección de prueba, tienen como destinatarios a los “órganos estatales de la justicia penal”¹³, y no abarcan, por consiguiente, a los particulares, es también claro, como ya se ha indicado¹⁴, que en el caso de actividad investigatoria dirigida por el Estado, dichas reglas son de absoluta aplicación, ya que ella es, precisamente, su objeto de regulación, por más que el Estado se sirva de particulares para llevarla a cabo.

b) Siempre que ello resulte necesario para la construcción y mantenimiento de la identidad falsa (*Legende*), se admite la confección, modificación y utilización de los documentos respectivos (§ 110a III). De este modo, queda contestada la pregunta¹⁵ sobre la punibilidad, conforme al § 348 StGB (falsa autenticación o certificación de documentos en la Administración pública), o eventual justificación de dichas acciones¹⁶. La norma no detalla los documentos comprendidos; la literatura circunscribe el concepto a los documentos habitualmente utilizados para la certificación de identidad (identificación personal, pasaporte, licencia para conducir, etc.), y excluye expresamente la posibilidad de alterar libros públicos y registros¹⁷.

c) El § 110a establece, como presupuesto necesario para la intervención de un AE, un catálogo de delitos. La ley se ha apartado del proyecto originario, que establecía un nu-

merus clausus de delitos, para incorporar, como números 3 y 4, cláusulas generales que posibilitan la ampliación de su aplicación a otros ilícitos¹⁸. Según el texto definitivo del § 110a la actuación de un AE es admisible en los siguientes supuestos: a) cuando alguno de los hechos punibles enumerados en los Nros. 1 a 4, “de considerable significado”, haya sido cometido, o exista sospecha de su comisión; b) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior (*Verbrechen*), siempre que sobre la base de hechos determinados exista el peligro de reiteración. Para ambos supuestos rige la condición de que el esclarecimiento por otra vía aparezca como imposible o sumamente dificultoso (*cláusula de subsidiariedad*, idéntica a la prevista en el § 100a StPO -intervención de las comunicaciones a distancia); c) para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de 1 año, o superior, *sin peligro de reiteración*, “cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resultarían inútiles”¹⁹ (segunda *cláusula de subsidiariedad*).

Los hechos punibles descritos en los Nros. 1 y 2 son aquellos cometidos “en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de dinero o valores” (Nr. 1), y “en el ámbito de la protección del Estado” (remisión a los §§ 74a, 120 de la Ley de Organización de los Tribunales). Los Nros. 3 y 4, como ya se dijo, no se refieren a tipos penales concretos,

13 Dencker, *Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren*. En “StV”, 1994, Nr. 12, p. 671.

14 Nota 8.

15 Dencker, *Zur Zulässigkeit...*, p. 238, nota 3.

16 Nack, p. 421, n° 7.

17 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 387, n° 8; Nack, p. 421, n° 7.

18 El ya mencionado fallo del BGH (nota 12) permite desde el inicio entrever una gran generosidad en la aplicación de la norma. En efecto, el tribunal ha utilizado, para la fundamentación de su decisión, no sólo distintos precedentes en los que se ha admitido la utilización de *Hombres-V* o *Kontaktpersonen* para casos de “criminalidad especialmente peligrosa y difícil de esclarecer”, sino que también ha echado mano a la nueva *OrgKG*, al afirmar que “...el legislador, a través de las nuevas reglas para la intervención de un agente encubierto, ha expresado que él considera al enmascaramiento, necesariamente unido a investigaciones encubiertas, justificado en el interés del esclarecimiento de graves delitos”, todo ello en un caso típico y ordinario de homicidio, completamente desvinculado de la “criminalidad organizada”. Semejante amplitud debe ser confrontada con la sumamente restringida aplicación del § 252 StPO adoptada en la misma decisión por el BGH.

19 Nack, p. 422.

sino que abarcan *modalidades de ejecución*: así, permiten la utilización de agentes encubiertos aquellos hechos cometidos “en forma profesional o habitual” (Nr. 3), o, “por el miembro de una banda o grupo de otro modo organizado” (Nr. 4). Según la jurisprudencia del BGH, actúa en forma *profesional* quien desea procurarse a través de una actividad reiterada una continua fuente de ingresos, de cierta duración temporal y cierta cantidad; en forma habitual, quien a través de una inclinación adquirida con el ejercicio, tal vez incluso inconsciente, se dedica a la comisión reiterada de delitos²⁰. En cuanto al concepto de banda (Nr. 4) basta para su conformación “que dos personas se hayan unido para la comisión reiterada de delitos”²¹. Más problemático es determinar a qué se refiere la norma con la fórmula “o grupo de otro modo organizado”. En principio, y teniendo en cuenta los mismos fines de la ley que introdujo en la StPO el § 110a (lucha contra la criminalidad organizada), es plausible la interpretación que sostiene que dicho elemento implica la formación de una determinada estructura con cierta vocación de permanencia en el tiempo, consolidada aun independientemente de la pertenencia de algunos de sus integrantes²², aunque con ello, en verdad, tampoco se ha avanzado mucho. La vaguedad de la fórmula permite múltiples interpretaciones posibles. Sin embargo es posible afirmar, en favor de dicha tesis, que el concepto de *banda* comprende ya el *mínimo* de posibilidades de aplicación de la regla. En consecuencia, la fórmula “...grupo de otro modo organizado...” debería dirigirse a un grupo de casos que

vayan *más allá* de aquel concepto. Quedarían excluidos, por lo tanto, los meros casos de coautoría y participación que no puedan ser subsumidos ni en el concepto de “banda”, ni en la fórmula mencionada. Ello tiene consecuencias importantes, ya que si ab initio existen suficientes elementos para inferir, en un caso concreto, que no se trata ni de una banda, ni de otro tipo de organización, entonces la introducción del AE pierde todo apoyo en el § 110a Nr. 4 StPO.

Otro punto a dilucidar es a qué se refiere el legislador con el concepto “hechos punibles de considerable significado” (referido al primer grupo de casos que autorizan la intervención de un agente encubierto)²³. La escasa literatura que se ha ocupado del tema no consigue establecer una frontera clara: se ha recurrido a la múltiples veces empleada fórmula “criminalidad particularmente peligrosa”²⁴, o se ha sostenido que el concepto abarca aquellos hechos punibles “que afectan sensiblemente la paz jurídica, o que son idóneos para perjudicar considerablemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población”, para luego concluir que el hecho que de lugar a la actuación de un AE “debe ser, por lo tanto, un delito que al menos se incluya en la criminalidad media”²⁵. Existe acuerdo sobre la necesidad de respetar el *principio de proporcionalidad* en la aplicación del concepto a cada caso particular²⁶.

Ultimo presupuesto necesario para la intervención del AE, según el § 110a, es la existencia de la *sospecha de un comienzo de ejecución* del delito (Anfangsverdacht). No es

20 BGH, “NSTZ”, 1992, p. 86; BGHSt, 15, 377, entre otros.

21 BGH, fallo del 9.7.1991, en “NSTZ”, 1991, p. 535.

22 Nack, p. 423.

23 La norma también habla, en el caso de delitos castigados con pena mínima de un año, de “especial significado del hecho”. No existe, sin embargo, elemento alguno que permita establecer una diferencia entre ambos conceptos, por lo que deben ser tratados de idéntica manera. también utilizan fórmulas similares -sin precisar su contenido- los §§ 24 I Nr. 3 (competencia del *Amtsgericht*-tribunal de distrito) y 74 I Nr. 2 (competencia del *Landgericht*-tribunal de provincia) de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG).

24 Nack, p. 423, n° 16.

25 Hilger, p. 462 nota 94.

26 Hilger, p. 462; Nack, p. 423 n° 16.

posible, en consecuencia, la intervención en el campo previo a dicha sospecha²⁷.

d) La introducción de un AE mediante la vulneración de los presupuestos establecidos en el § 110a conduce, en principio, a una *prohibición de valoración* (*Verwertungsverbot*) de los conocimientos adquiridos por su actividad. Este es el caso, por ejemplo, si ya al momento de decidir la intervención existían suficientes indicios que demostraran que no se estaba frente a un hecho de los incluidos en el catálogo de la norma, o cuando la cláusula de subsidiariedad ha sido ignorada²⁸. El alcance de la prohibición de valoración, sin embargo, es poco claro. Al remitir a las reglas referidas a las intervenciones telefónicas (§ 100a StPO), Kleinknecht y Meyer-Goßner parecen rechazar la vigencia general de un *efecto extensivo* (*Fernwirkung*)²⁹, que excluya también aquellos elementos probatorios adquiridos en forma mediata, a través de la aplicación analógica de la jurisprudencia del BGH en la materia. Ella limita la posibilidad del *efecto extensivo* al caso en que las declaraciones de testigos e imputado se originen en forma inmediata en la utilización durante el interrogatorio del acta (no admisible) de la intervención telefónica, pero no a las declaraciones en sí mismas, no obstante ellas hayan sido el producto -mediato- de una injerencia estatal irregular³⁰. Es claro, sin embargo, que ya las mismas diferencias prácticas entre ambos supuestos (en el caso del agente encubierto la información no es protocolizada, y *no existe*, por lo tanto, acta alguna) no permiten que ambos sean tratados de manera idéntica.

El problema, en verdad, no es más que una manifestación concreta de la discusión dogmática alemana en torno a la extensión de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Aquí sólo se señalará que si se admite como correlato de la ignorancia o vulneración de los presupuestos de la intervención de un AE una prohibición de valoración probatoria -mínima garantía del ciudadano, en definitiva, frente a ataques desproporcionados o injustificados a su esfera privada-, resulta al menos contradictorio negar el efecto extensivo de dicha prohibición, si es que no se desea reducir enormemente su función protectora. Por lo tanto, la prohibición debería abarcar también a aquellos elementos probatorios mediatos que tengan su origen en la intervención irregular³¹.

II.2. Desarrollo de la intervención.

Según el § 110b, la intervención es admisible si cuenta primero con el *consentimiento* de la fiscalía. Las facultades del ministerio público son, sin embargo, limitadas: sólo puede consentir o rechazar la intervención, pero no se encuentra autorizado para ordenarla en contra de la voluntad de la policía³². Ello ha llevado a afirmar que el dominio del proceso de intervención de un AE se encuentra fundamentalmente en manos de la policía³³, ya que es ella, en definitiva, la principal portadora de la iniciativa. En caso de "peligro en la demora", y siempre que la decisión del ministerio público no pueda ser obtenida a tiempo, la policía se encuentra autorizada a ordenar la interven-

27 Hilger, p. 523, nota 135; Nack, p. 422, n° 10.

28 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 358, n° 21.

29 p. 358 n° 23.

30 Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, 23a. ed., München, 1994, p. 164, n° 42.

31 Sobre la discusión en torno al efecto extensivo, cf. Dencker, Friedrich, *Verwertungsverbote im Strafprozess*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977, p. 76 y ss.; se debe aclarar que lo que se discute aquí es la existencia misma del efecto extensivo, y no su alcance, o sus excepciones, como sucede con aquellas tesis que procuran restringir el efecto extensivo de la prohibición de valoración mediante la utilización de criterios de causalidad hipotéticos (la llamada doctrina del "descubrimiento inevitable" adoptada por la Corte Suprema federal de los EEUU a partir de *Nix v. Williams*, 1984).

32 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389 n° 1; Nack, p. 424, n° 1.

33 Velten, p. 56.

ción³⁴. El ministerio público debe, sin embargo, prestar su conformidad dentro de los 3 días, y en caso de que ello no suceda, la actividad investigativa debe cesar, aunque puede ser nuevamente ordenada más adelante. El plazo comienza a correr a partir de la decisión³⁵. La pregunta surge automáticamente: ¿qué sucede con los conocimientos adquiridos durante la intervención en el caso de que el ministerio público no la convalide dentro del plazo correspondiente? Nack se manifiesta a favor de su aprovechabilidad, ya que “la policía hasta ese momento era competente para la decisión”³⁶. Ello, sin embargo, requiere de algunas precisiones: si la determinación del ministerio público se basa en meras consideraciones de oportunidad, pero no discrepa con la modalidad de la intervención, la tesis es plausible. Sin embargo, si el rechazo se apoya en que los presupuestos del § 110a han sido ignorados por la policía al momento de ordenar la intervención, entonces dichos conocimientos no pueden ser valorados en un procedimiento penal, por aplicación de las reglas generales. Si, por otro lado, la conformidad del ministerio público ha sido irregular, ello debe conducir también a una prohibición de valoración probatoria³⁷.

El control judicial ex ante sobre la intervención se reduce a los supuestos en que ella se dirige “contra un imputado determinado”, o cuando se pretenda el ingreso del agente encubierto en una vivienda “que no sea accesible a la generalidad”

(§110b II, Ns. 1 y 2). En cada uno de estos supuestos se requiere de autorizaciones individuales. En el primer caso, es condición necesaria que el imputado sea, al menos, “identificable”³⁸. Fuera de estos casos, el control jurisdiccional se limita a su actividad “normal” de contralor durante el curso del procedimiento penal³⁹, es decir, a un control ex post. Queda abierta la pregunta acerca de si con este régimen se satisface la exigencia de “control judicial efectivo” formulada por la dogmática⁴⁰.

II.3. Actividades permitidas.

Hasta aquí se han analizado brevemente los presupuestos establecidos por el § 110a, StPO para la intervención de un AE. Debemos ocuparnos ahora de las distintas actividades que éste se encuentra facultado a desarrollar durante su función.

a) Durante su actividad, puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo su falsa identidad (§ 110a, 2), es decir, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc.⁴¹, ya sea en relación a su misión, ya en forma individual. Puede, también, como ya hemos dicho, ingresar a viviendas particulares bajo ciertos presupuestos (§ 110b). Para ello se exige, además de la conformidad del juez⁴², el consentimiento del afectado (§ 110c). Este, sin embargo, no se debe encontrar viciado por engaño alguno que so-

34 Hilger, p. 524.

35 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389, n° 1.

36 p. 424, n° 2.

37 Nack, p. 424 n° 2; Hilger, p. 457 nota 67. Se ha sostenido que el eventual *error* sobre el peligro en la demora, o sobre el hecho de que la decisión de la fiscalía no pudiera ser obtenida a tiempo, permite el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos (Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 391, n° 11). Ello significa, nuevamente, la inclusión de elementos ajenos al ámbito en el que operan las reglas de prueba: el eventual error sólo puede tener algún significado en cuanto a la punibilidad del AE que creía obrar “regularmente”, si es que su acción se subsume en algún tipo penal; en nada puede modificar el hecho de que su actuación fue realmente irregular, y, por lo tanto, inadmisibles desde el punto de vista procesal.

38 Nack, p. 425 n° 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 389 n° 3; Hilger, p. 524 nota 148.

39 Por ej., será tarea del juez determinar si la conformidad de la fiscalía fue regular, según el § 110b (Nack, p. 424 n° 2).

40 Dencker, Zur Zulässigkeit..., p. 251 y nota 76.

41 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 387 n° 7; Nack, p. 421 n° 8, quien señala el eventual conflicto que esta potestad del AE puede acarrear con relación a terceros de buena fe que resulten perjudicados.

42 Aquí se admite nuevamente la intervención sin orden alguna: en el caso de peligro en la demora, basta la conformidad de la fiscalía; si ella no puede ser obtenida a tiempo, se debe seguir adelante. La intervención del AE debe cesar, sin embargo, cuando el juez no presta su conformidad dentro de los tres días.

brepase el mero uso de la “leyenda”, y el consecuente ocultamiento de la verdadera identidad (y actividad). Con ello se quiere decir que el agente encubierto no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio, como, por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos⁴³.

La compatibilidad de dicha norma con el Art. 13 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz-GG) ha sido puesta en tela de juicio⁴⁴. La crítica parte de considerar al Art. 13 como una fuente de protección de la “integridad espacial de la vivienda como manifestación de la esfera privada”⁴⁵, excluyendo incursiones irregulares o arbitrarias del Estado. El engaño subyacente al mismo uso de la identidad falsa, mediante el cual el ciudadano desconoce que, en definitiva, le está permitiendo la entrada al Estado a su propia morada, impide, según este razonamiento, que este particular “consentimiento” pueda tener algún efecto en cuanto a la vulneración del Art. 13 GG: “dado que el Art. 13 GG fundamenta en primera línea un derecho de exclusión contra el Estado, protege al ciudadano sobre todo contra la indagación estatal de su vivienda, un ataque en el ámbito de protección del Art. 13 GG sólo puede ser excluido cuando el ciudadano desea permitirle al Estado el ingreso en su vivienda”⁴⁶. La crítica señala, además, la necesidad de dividir claramente el tratamiento del problema en el

plano del derecho penal material (la eventual infracción al § 123 StGB -violación de domicilio), y en el de la admisibilidad del ataque al Art. 13 GG: mientras que el consentimiento del afectado, aun viciado por el uso de la “leyenda”, puede tener efecto para excluir la aplicación del § 123 StGB⁴⁷, ello resultaría indiferente en relación al ataque al derecho fundamental consagrado en el Art. 13 GG. La norma constitucional no admitiría, por otro lado, más limitaciones que las previstas en los apartados II (registro, en principio sólo realizable por el juez) y III, (posibilidad de restricción del derecho para evitar un peligro común o para la vida humana, o con otros fines preventivos), ninguna de las cuales puede abarcar el caso del § 110c: en el primer supuesto, porque la actividad del agente encubierto no podría ser considerada como “registro”, dado su carácter subrepticio⁴⁸; en el segundo, porque un derecho fundamental con una “reserva legislativa calificada”, como lo es el art. 13 GG, no toleraría una limitación complementaria mediante la apelación a un (no escrito) límite de un “derecho constitucional en pugna”, como sería el caso frente a una eventual invocación a la “capacidad funcional de la administración de justicia penal” (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege) como valor concurrente, y también de rango constitucional⁴⁹. Por otro lado, las limitaciones previstas en el Art. 13 III GG tienen todas carácter *preventivo*, y no podrían,

43 Hilger, p. 525 nota 161.

44 Frister, Helmut, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, en “StV”, 1993, Nr. 3, p. 151 y ss.

45 Frister, p. 152.

46 Frister, p. 153.

47 El consentimiento, para excluir al tipo penal, sólo debe encontrarse “libre de coacción”, por lo que aun un consentimiento “obtenido por medio de engaño”, pero voluntario, conduce al mismo resultado. Cf. Wessels, Johannes, Strafrecht. Besonderer Teil/1, 18a. edición, C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, p. 117 y s., n° 578 (destacado en el original).

48 Esta actividad del AE se revela sólo cuando, según el § 110d, se les informa de la intervención a los titulares de la vivienda a la que el AE ha ingresado, siempre que “ello pueda realizarse sin peligro para los fines de la investigación, para la seguridad pública, para la vida o integridad de una persona o para la posibilidad de ulteriores empleos del agente encubierto”(es decir, ex post). Todo ello lleva a Frister a concluir que, en verdad, “las injerencias encubiertas en la inviolabilidad del domicilio tienen en su totalidad un efecto de inseguridad mucho más fuerte que las injerencias abiertas, ya que el particular -cuando tienen lugar las injerencias encubiertas- nunca llega a saber si su vivienda no ha sido, ya desde hace tiempo, objeto de la investigación estatal”. No es admisible, por ello, una argumentación a maiore ad minus para fundamentar la autorización del § 110c (p. 154).

49 Valor que el BverfGE (Tribunal Constitucional federal) infiere, desde hace tiempo, del principio del Estado de derecho (E 33, 367, 383).

por lo tanto, ser aptas para fundamentar una actividad represiva como es la del AE.

b) Particularmente complejo es el problema en torno a las “*conversaciones similares a un interrogatorio*”⁵⁰ que lleve a cabo el agente encubierto durante su actuación, sobre todo con el imputado, y su eventual colisión con los §§ 136 y 136a StPO⁵¹. Quienes se han ocupado del tema coinciden en que -como resulta autoevidente-, el AE se encuentra en principio liberado del deber de advertencia consagrado en el § 136⁵². Se ha sostenido, de todos modos -casi ingenuamente-, que el agente encubierto debe observar el principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” en las conversaciones que realice⁵³. Se señala también, sin más, que él debe durante su actividad atender al § 136a, StPO⁵⁴, aunque sin analizar, precisamente, la compatibilidad de dicha norma con la posibilidad misma de que el AE lleve a cabo interrogatorios.

La principal pregunta a responder se refiere a la aprovechabilidad de los conocimientos adquiridos por el AE mediante un “diálogo similar a un interrogatorio”, llevado a cabo sin la previa advertencia prescrita por el § 136 párr. 1, StPO. Una opinión se inclina por la *plena aprovechabilidad* de dicha información, apoyándose exclusivamente en el hecho de que el AE se encuentra liberado del deber de advertencia⁵⁵. La tesis contraria propugna la aplicación de una *prohibición de valoración probatoria*⁵⁶. Según este razonamiento, si se

desprendieran de la omisión de la advertencia, en el caso de investigaciones encubiertas, consecuencias distintas a las establecidas en el caso de “indagaciones en descubierto”, entonces el interés del imputado a un procedimiento en su contra acorde con el Estado de derecho, en el que no tiene que actuar como testigo contra sí mismo⁵⁷, se vería vulnerado: “el debido proceso quedaría por debajo de la investigación encubierta”. Para reafirmar la concurrencia de una prohibición de valoración probatoria se sostiene, a su vez, que si el legislador hubiera deseado una modificación de dichas reglas, sería de esperar que él la hubiera regulado expresamente⁵⁸.

Cualquier tesis que pretenda dilucidar el problema tiene que comprender, necesariamente, una toma de posición determinada no sólo en relación al significado y alcance de los §§ 136 y 136a StPO en el procedimiento penal, sino también en cuanto al *rango* de dichas normas. Para decirlo más claramente: si se considera, en el caso que se discute aquí, que el § 136 StPO es una norma de carácter ordinario, entonces su eventual colisión con las normas que regulan la actividad del AE es sólo un problema de *concurrencia de normas*, y, como tal, solucionable a través de los principios *lex posterioris* y *lex specialis*, y nada modifica, en este sentido, el hecho de que el legislador no haya regulado expresamente semejante excepción al campo de aplicación del § 136⁵⁹. Esta argumentación, sin embargo, contradiría no

50 Nack, p. 427 n° 7.

51 La primera de dichas normas regula el primer interrogatorio del imputado, y prescribe, entre otras cosas, la advertencia de su derecho a no declarar, y de consultar a un defensor antes de la declaración (Belehrung); la segunda se refiere a los métodos prohibidos de interrogatorio, proscribiendo la coacción física y psíquica sobre el imputado, al igual que el engaño.

52 Así, Nack, p. 427 n° 7; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

53 Hilger, p. 525 nota 162.

54 Hilger, p. 525 nota 162; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

55 Kleinknecht/Meyer-Goßner, loc. cit. Esta tesis ya ha sido adoptada por el BGH (fallo del 21.7.1994 cit. nota 12).

56 Nack, p. 427 n° 8.

57 BGHSt, 25, 225, 331.

58 Este mismo argumento, inversamente formulado, utiliza el BGH para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria a partir del § 252 StPO, extensiva a la declaración de Hombres-V en el debate oral: “si el legislador hubiera deseado introducir una nueva prohibición de valoración probatoria más allá del § 252...sería de esperar, en vista de las nuevas reglas en la materia en la OrKG del 15.7.1992, y atendiendo al carácter excepcional de las prohibiciones de valoración probatoria, que la hubiera regulado expresamente” (fallo del 21.7.94 cit. nota 12).

59 Esta parece ser la posición de Kleinknecht/Meyer-Goßner, aunque ello no se admita expresamente; como se puede apreciar, la

sólo la opinión dominante de la dogmática⁶⁰, sino también la última jurisprudencia del BGH al respecto -producto de la crítica sostenida de la doctrina⁶¹-, según la cual el deber de advertencia se vincula directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo (Schweigerecht)⁶², principio que el tribunal deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso. Si se considera al “nemo tenetur” como un principio rector del procedimiento penal, que limita el marco de actuación de los órganos encargados de la persecución penal -fundado en premisas constitucionales y en el respeto a disposiciones internacionales en materia de derechos humanos-, entonces el eventual desplazamiento parcial implícito del § 136 StPO por las reglas referidas al agente encubierto no puede ser sostenido, ya que es precisamente esta norma la que regula la aplicación práctica de la máxima, reforzada, a su vez, por el § 136a (métodos prohibidos para el interrogatorio)⁶³.

Una segunda argumentación posible sería sostener que aquellas “conversaciones” que el AE lleve a cabo con el imputado (o con testigos), no constituyen “interrogatorio”, y, por lo tanto, no les son aplicables las disposiciones del § 136. El BGH⁶⁴ ha dejado la puerta abierta para ello, al limitar el ámbito de aplicación del § 136, excluyendo de él los, así lla-

mados, “cuestionarios informales” llevados a cabo por la policía, tesis que entraña el grave peligro de que, con el fin de evitar la prohibición de valoración, “se intente expandir el ámbito de los cuestionarios informales aún más allá que hasta el presente, a costa del interrogatorio”⁶⁵. Esta ha sido, de algún modo, la solución adoptada por la Corte Suprema de los EEUU para negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria en el caso de declaraciones frente a un “undercover agent”, obviamente sin la previa advertencia (Warning) exigida por la Corte a partir del ya célebre fallo *Miranda v. Arizona*⁶⁶ con el fin de garantizar la vigencia del principio “nemo tenetur...” consagrado en la V Enmienda (privilege against self-incrimination): según la Corte, “Miranda...” sólo es de aplicación al caso de “custodial interrogation”, lo que significa un interrogatorio llevado a cabo por oficiales de la policía sobre una persona que ha sido detenida o privada de su libertad de acción de un modo significativo⁶⁷. Sobre esta base, la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria en un caso en el cual el imputado, detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un AE) el homicidio que había cometido⁶⁸. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en “Miranda...” radica en que el imputado se sentirá compelido a hablar si se encuentra

solución propuesta no dista demasiado de la tesis que consideraba al § 136 como una mera “disposición de orden” (Ordnungsvorschrift), cuya vulneración no podía conducir a una prohibición de valoración (BGHSt 22, 170).

60 Cf. por todos Roxin, p. 161 n° 33 y ss.

61 Struensee, Eberhard, La prueba prohibida, en “Justicia Penal y Sociedad”, N° 3/4, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Guatemala, 1993, p. 115.

62 BGHSt, 38, 220. La máxima, como el mismo tribunal advierte, se encuentra positivizada en el Art. 14 inc. 3g del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del 19.12.1966. También el “Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal” (“Reglas de Mallorca”) hace suyo el principio en su regla 8a. (1).

63 Sobre la relación entre el principio “nemo tenetur” y los §§ 136 y 136a, cf. Degener, Wilhelm, § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten, en “Goldammer's Archiv für Strafrecht” (GA), Nro. 10, octubre 1992, R.V. Decker's Verlag, G. Schenk, Heidelberg, 1992, p. 455 y ss.

64 BGHSt, 38, 227.

65 Roxin, Claus, comentario a dicho fallo, en “Juristen Zeitung”, 1992, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, p. 924.

66 384 U.S. 436 (1966).

67 Se debe advertir, no obstante, que la jurisprudencia de la CS de los EEUU en la materia posterior a “Miranda...” es sumamente confusa en cuanto a la definición y alcance del término. Cf. los distintos, y a veces incluso contradictorios, criterios adoptados en *Mathis v. U.S.*, 391 U.S. 1 (1968), *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969), *Berkemer v. McCarthy*, 468 U.S. 420 (1984), entre otros.

68 *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).

en una “police-dominated atmosphere”; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien erróneamente cree un compañero: la “atmósfera coercitiva” no se encuentra aquí presente.

Esta tesis, sin embargo, no es compatible con la estructura normativa vigente de la StPO⁶⁹. Como señala la dogmática procesal penal alemana, el único proceso comunicativo entre un órgano procesal y un particular que la StPO admite, y regula, es el interrogatorio y éste es, por definición, un proceso regido por la transparencia: “el derecho procesal penal clásico no conoce casos de ‘interrogatorios encubiertos’...”⁷⁰. Sólo un proceso comunicativo que respete las reglas establecidas por la StPO puede ser considerado un interrogatorio admisible, y sólo entonces es posible la valoración de la información de este modo obtenida. Una “conversación similar a un interrogatorio” llevada a cabo (sin advertencia previa) por el AE sólo podría conducir, entonces, a una prohibición de valoración probatoria⁷¹.

c) Existe consenso -de lege lata- en cuanto a que el AE *no puede* cometer delitos durante la intervención⁷². En el caso de que esto suceda (por ej., debido a la llamada “prueba de fidelidad”), se ha admitido la posibilidad de que la acción se vea justificada según el § 34 StGB (estado de necesidad justificante), o eventualmente disculpada conforme al § 35 StGB (estado de necesidad disculpante), aunque se advierte que la aplicación de cualquiera de estas normas sería admisible sólo en casos excepcionales⁷³. El problema excede el marco

de este trabajo; sin embargo, resulta necesario formular algunas observaciones. En primer lugar, es importante advertir sobre el peligro que entrañaría admitir dentro de la ponderación de valores inherente ya al estado de necesidad justificante, ya al disculpante, otros valores distintos a los representados por los bienes jurídicos (individuales o colectivos) en juego, como sucedería si se propugnara la aplicación del § 34 StGB en un caso en que el AE sacrifica un bien jurídico “x” para evitar ser descubierto, colocando como factor en colisión no ya un peligro concreto para un bien jurídico vinculado al autor, a terceros o a la colectividad, sino a la mucho más abstracta “capacidad funcional de la administración de justicia penal”. Ello sería de dudosa compatibilidad con un derecho penal aún hoy orientado, fundamentalmente, a la protección de bienes jurídicos. Por otro lado, el carácter de miembro de la policía del AE restringe sensiblemente las posibilidades de aplicación tanto del § 34 como del § 35 StGB, sobre todo en el ámbito de la *omisión* del deber de actuar en defensa de bienes jurídicos: en el primer caso, porque, según la tesis dominante, los integrantes de las fuerzas policiales deben “para la protección de bienes tomar riesgos para su vida e integridad, y no pueden apelar al estado de necesidad” si vulneran este deber⁷⁴. En el caso del §35, la existencia de un *deber institucional*⁷⁵ colindante, conduce también a una restricción de las posibilidades de subsunción, por aplicación de la cláusula de *exigibilidad*⁷⁶.

69 Ni me animaría a decir-, con la de ninguna legislación procesal europeo-continental de cuño iluminista, o de las que son producto de su influencia.

70 Dencker, *Über Heimlichkeit...*, p. 674.

71 Weßlau, p. 211 y ss., circunscribe la eventual prohibición de valoración probatoria al caso en que la declaración haya sido “provocada” por el AE (o por un Hombre-V), fundando su tesis, principalmente, en la lesión a la “prohibición de engaño” (Täuschungsverbot) contenida en el § 136a StPO que ello supondría.

72 Nack, p. 427 n° 4; Hilger, p. 525 nota 161; Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2.

73 Kleinknecht/Meyer-Goßner, p. 392 n° 2; Hilger, p. 525 nota 161.

74 Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 323.

75 En la terminología de Jakobs, p. 573.

76 Cf. el comentario a la restrictiva jurisprudencia del BGH sobre el tema en Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2° ed., C.H. Beck, München, 1994, p. 814.

d) Otro punto a dilucidar es si las reformas introducidas a la StPO a través de la OrKG abarcan a las "Locksptizelpraxis", es decir, a la provocación de delitos por parte de miembros de la policía, y si, por consiguiente, las nuevas normas brindan algún punto de apoyo a estas prácticas. La cuestión no es clara: las modificaciones a la StPO se han limitado a regular los presupuestos de la intervención del AE, pero, salvo unos pocos casos, no se han extendido a determinar las acciones que son admisibles en el marco de su actividad⁷⁷. Existen, sin embargo, argumentos para rechazar dicha posibilidad: la intervención de un AE requiere que "un hecho punible de considerable significado *haya sido cometido*", según el § 110a StPO. Ello supone, al menos, la existencia o la sospecha de un *comienzo de ejecución*. En el caso del agent provocateur, el delito, antes de su intervención, no existe en el mundo: es él -como inductor-, el que lo "crea". Es por ello correcta la afirmación de que "el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V"⁷⁸, aunque con ella se persiga reducir la práctica de provocación exclusivamente a un problema del § 26 StGB (instigación). A este argumento hay que agregarle la elección del legislador acerca del catálogo normativo apropiado para regular la actividad del AE (StPO): en efecto, las reglas de procedimiento penal presuponen, *necesariamente*, la existencia de la sospecha de un hecho punible a investigar (del mismo modo que el derecho

procesal penal presupone la existencia del derecho penal material (*carácter secundario*), y se limitan a determinar cómo dicha investigación debe ser llevada a cabo. La reforma a la StPO nada nuevo puede aportar, por lo tanto, a la discusión en torno a la admisibilidad de las prácticas de provocación, lato sensu, ni al problema más concreto de la punibilidad tanto del provocador como del provocado⁷⁹.

III. El agente encubierto en la legislación argentina

La ley 24.424 (sancionada el 7.12.94; promulgada el 2.1.95) ha modificado la ley 23.737 (tráfico y comercio de estupefacientes), incorporando trece nuevos artículos a su texto, cinco de ellos referidos al, hasta ahora desconocido para la legislación argentina, agente encubierto⁸⁰. La elección de una ley especial, complementaria al Código Penal, para la regulación de la actividad del agente encubierto ya es, de por sí, cuestionable. Si bien las consecuencias prácticas no son importantes, puesto que la ley 23.737 fija en su art. 34 la competencia de la justicia federal para entender en los delitos por ella previstos, y, por lo tanto, la combinación de normas de derecho penal material con reglas de procedimiento -aunque criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa- no presenta problemas de admisibilidad constitucional⁸¹, ello ya demuestra la escasa atención

77 Roxin, *Strafverfahrensrecht*, p. 56 n° 27.

78 Hilger, p. 523 nota 129.

79 Sobre el problema en derecho material, cf., por todos, Jakobs, p. 685 y ss.; Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 24a. ed., C.H. Beck, München, 1991, § 26, n° 16 y ss. Para un análisis en el campo del derecho procesal penal, Lüderssen, Klaus, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechenprovokation?* en "Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag", J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, ps. 349 y ss. Son precisamente estos mismos argumentos los que permiten afirmar el carácter estrictamente represivo de la actividad del AE, y rechazar, en consecuencia, todo intento de utilización preventiva de estos métodos.

80 La ley introduce también otras novedades, cuyo análisis no puede ser intentado aquí. Entre las más significativas, la ley incorpora una cláusula de reducción y/o eximición de pena -facultativa para el tribunal- en el caso del "arrepentido" (nuevo art. 29 ter); establece expresamente la admisibilidad como medio de prueba de fotografías, grabaciones o filmaciones llevadas a cabo por particulares, las que pueden ser valoradas por el tribunal "en la medida en que sea comprobada su autenticidad" (art. 26bis); autoriza al juez que intervenga en una causa de tráfico de estupefacientes a permitir la salida del país de una remesa de drogas ilícitas "cuando tuviere seguridades de que será vigilada en el país de destino" (agregado al art. 33).

81 La República Argentina ha sido organizada en base al sistema *federal* (Constitución Nacional, 1°). Las provincias (estados federados) han delegado en el Estado nacional el dictado de la legislación de fondo (CN, 75 inc. 12), pero se han reservado el derecho

que el legislador argentino ha prestado a la compatibilidad de las nuevas normas con las reglas de procedimiento contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (CPP).

Comparada a la reglamentación prevista en el nuevo texto de la StPO, en cuyo favor, y a pesar de los numerosos problemas que presenta, se puede decir que ella pretende, al menos, una regulación mínima de los presupuestos y límites de la actividad del agente encubierto, la modificación al texto de la ley 23.737 resulta peligrosamente pobre. El incorporado art. 31 bis, única norma verdaderamente regulatoria de la intervención de un AE, se limita a señalar los delitos que permiten su actuación (el catálogo previsto en la misma ley 23.737, incluyendo aquí la tenencia de estupefacientes, aun con fines de consumo personal -art. 14-, o de elementos para su producción -art. 5º-, y el delito de contrabando de estupefacientes previsto en el art. 866 del Código Aduanero), y a establecer, también, una cláusula de subsidiariedad (“...si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo...”). La exigencia de un efectivo o presunto comienzo de ejecución del hecho como condición *sine qua non* para la actuación de un AE no surge con toda la claridad necesaria de la ambigua fórmula adoptada: “...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. 886 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...”. Los últimos dos supuestos requieren, como resulta obvio, un comienzo de ejecución del hecho punible. El primer problema radica

en la expresión “...a los efectos de comprobar la comisión de algún delito...”, cuya amplitud podría acarrear problemas de interpretación y permitir una intervención del AE totalmente desvinculada de una sospecha concreta de comisión de un delito, es decir, con carácter preventivo. La fórmula debe, sin embargo, ser interpretada en forma análoga a la prevista en el CPP, 193 1º (finalidad de la instrucción): “comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad”. Se trata, por lo tanto, de investigar si un hecho concreto (o pluralidad de ellos) que ha puesto en funcionamiento los engranajes del sistema de enjuiciamiento penal -y es, por lo tanto, preexistente temporalmente a la actividad estatal de investigación- efectivamente ha ocurrido como acontecimiento histórico, y si en él concurren los presupuestos necesarios para que pueda ser considerado delito. El segundo caso que permite la utilización de agentes encubiertos (“a los efectos...de impedir su consumación”) debe, a su vez, ser interpretado en forma restrictiva: es claro que también “impide la consumación” quien, interviniendo durante la etapa previa al comienzo de ejecución del hecho (*actos preparatorios*) frustra la realización del plan del autor. Sin embargo, una intervención de esta naturaleza sólo es posible allí donde la ley penal haya tipificado expresamente los actos preparatorios⁸², los cuales, de otro modo, permanecen impunes, y no permiten, en consecuencia, fundamentar ningún tipo de injerencia estatal en lo que todavía constituye exclusivamente un ámbito privado interno -no exteriorizado- del sujeto actuante⁸³. Aquí también se debe recurrir a las reglas del CPP para lograr una inter-

de dictar sus propias reglas de procedimiento, y de organizar su administración de justicia (*facultades no delegadas*); producto de ello es la coexistencia de sistemas de enjuiciamiento penal provinciales (administración de justicia y leyes procesales) junto con un sistema federal previsto para los casos de competencia federal en razón de la materia o del territorio (delitos cometidos en lugares sometidos a la jurisdicción federal).

82 Así, por ejemplo, en el art. 5º inc. (a) de la ley 23.737: punición de la siembra o cultivo de plantas, o acopio de semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación.

83 Cf. Jakobs, p. 703 y ss.; el mismo, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 97, Nº 4, p. 751 y ss.

pretación armónica, en este caso al art. 183, que establece como una de las funciones de la policía y fuerzas de seguridad el “impedir que los hechos cometidos [aquí, el comienzo de ejecución, y con ello la tentativa, ya sea acabada o inacabada] sean llevados a consecuencias ulteriores [resultado, consumación]”. En este único sentido es posible hablar de una actividad preventiva⁸⁴ del AE, a la cual siempre subyace, de todos modos, la sospecha de un comienzo de ejecución del hecho.

Sólo esta interpretación de las nuevas normas resulta, por otro lado, compatible con la estructura misma del procedimiento penal argentino. El juez interviniente únicamente podría autorizar la intervención de un AE en el marco de un procedimiento penal en curso, lo cual presupone necesariamente por lo menos la existencia de una sospecha de la comisión de un delito⁸⁵ (CPP, 195, 188, 186 y cc.). Si no se hubiera iniciado un procedimiento penal, y la policía solicitara al juez de turno la autorización para la actuación de un AE, ello nunca podría ser realizado en forma aislada: el juez debería iniciar la instrucción a partir de dicha solicitud, según lo prescripto por los arts. 186 y 195, CPP⁸⁶, para lo cual rige el mismo presupuesto.

Un último problema a discutir en torno a los presupuestos de la intervención del AE radica en la gran variedad de delitos previstos en la ley 23.737, y en la ausencia de todo tipo de diferenciación por parte del legislador argentino en este ámbito. Consecuencia de ello es que, por ejemplo, la mera tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal -punible según el art. 14, párr. 2º- permite, en principio, la utilización de agentes encubiertos. La cláusula de subsidiariedad prevista debería jugar algún papel como límite, ya que seguramente será difícil de sostener en casos de este tipo que “las finalidades de la investigación” no puedan ser logradas de otro modo. Ello, sin embargo, resulta insuficiente como sistema de control. La *proporcionalidad* entre la magnitud de la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe, por consiguiente, ser uno de los principios rectores en la aplicación de las normas en juego⁸⁷

La decisión acerca de la intervención de un AE corresponde al juez de instrucción que entienda en el caso (ley 23.737, art. 31 bis). El ministerio público, no juega, en principio, ningún papel⁸⁸ en el proceso de intervención.

En cuanto a las actividades permitidas al AE, la norma se limita a señalar que los inte-

84 Cf. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino* (DPPa), 1b, Hammurabi, Bs. As., 1989, p. 280.

85 Ya producto de la denuncia de un particular, o de la actividad policial.

86 Se debe aclarar, sin embargo, que, dada la absoluta vigencia -sin excepciones- del principio de legalidad procesal en el procedimiento penal argentino, el control jurisdiccional, lejos de abarcar la seriedad o plausibilidad fáctica de la denuncia, se reduce exclusivamente a la verificación de si el hecho imputado que da lugar al inicio de la instrucción, tomado en abstracto, constituye o no delito.

87 La Corte Suprema de la Nación nunca ha reconocido al principio de proporcionalidad como límite a la persecución penal. Curiosamente, lo ha admitido, de algún modo, en una formulación inversa: la gravedad del delito a investigar permite al Estado sobrepasar los límites formales que el derecho procesal penal -reglamentador de las garantías individuales- le impone (ver fallo citado en nota 91). La justificación intentada (sólo así pueden ser “descubiertos y probados” delitos de cierta gravedad) no constituye otra cosa que una versión aggiornada del aforismo “In delictis atrocissimis propter criminis enormitatem iura transgredi licet” (cita de Sydow, Franz, *Kritik der Lehre von den “Beweisverboten”*, Holzner Verlag, Würzburg, 1976, ps. 59 y 108), cuya absoluta incompatibilidad con las reglas del Estado de derecho resulta demasiado obvia como para merecer algún análisis.

88 La cuestión es, sin embargo, un poco más compleja: el CPP, 196 permite al juez de instrucción delegar en el ministerio público la investigación preliminar ¿Qué sucede si, en una investigación llevada a cabo por el fiscal de instrucción se demuestra la necesidad de involucrar agentes encubiertos? ¿Es competente el ministerio público para una decisión semejante? La respuesta negativa parece la más adecuada: aun cuando el juez haga uso de la cláusula de delegación, él conserva el imperio sobre aquellas decisiones que afecten derechos esenciales del imputado, así como sobre la realización de los actos irreproducible y definitivos, y sobre todo acto no comprendido en la lista de “delegables”, que según el CPP deba ser practicado por el juez (CPP, 213). Dado el indudable carácter de injerencia estatal en la esfera privada del afectado que representa la intervención de un AE, y que son los jueces de la Nación los custodios de las garantías de los ciudadanos (CN, 18, 116 y cc.), la aplicación extensiva de las facultades reservadas al juez de instrucción resulta la solución más convincente.

grantes de las fuerzas de seguridad se encuentran facultados para introducirse "en 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 para participar "en la realización de alguno de los hechos" descritos en ambas leyes (art. 31 bis, incs. a y b). Fuera de ello, no existe ningún tipo de regulación acerca de las acciones que el AE puede llevar a cabo; aquí también se plantea -e incluso con mayor violencia- el problema en torno a la protección constitucional del domicilio (CN, 18). La ausencia de toda referencia a la posibilidad de que el AE ingrese en domicilios privados obedece, seguramente, a que el legislador creyó implícita la facultad en el texto de la norma. Ello, sin embargo, no resulta tolerable desde la perspectiva del programa de garantías individuales previsto en la CN, ni en su recepción -razonable, aunque incompleta⁸⁹- en la legislación procesal penal nacional.

Si bien el texto constitucional protege al domicilio privado con menor énfasis que a otros derechos frente a las intervenciones del Estado⁹⁰, al limitarse a señalar su inviolabilidad y delegar en la reglamentación legislativa los

presupuestos y modalidad de su allanamiento, lo cierto es que aun este caso no escapa al principio general de que la reglamentación de un derecho constitucional no puede reducirlo en su esencia⁹¹. Poco quedaría de la garantía si se considerara que el Estado se encuentra libre de todo límite para ingresar en la vivienda de particulares una vez que un juez ha firmado una resolución de contenido excesivamente general (no dirigida necesariamente contra un imputado determinado, y ni siquiera precisando el domicilio a ingresar), autorizando la intervención -amplia- de un agente encubierto. Aquí, por otra parte, el eventual "consentimiento" del afectado tampoco juega papel alguno⁹², ni siquiera en relación a la infracción al CP, 151 (violación de domicilio realizado por funcionario público)⁹³: para la ley procesal (CPP, 225) el consentimiento sólo interviene frente a un allanamiento regular -es decir, ordenado por resolución fundada de un juez (CPP, 224), la que debe ser notificada a la persona que habite en la morada a registrar (CPP, 228)- pero realizado fuera de la franja temporal establecida ("desde que salga hasta que se ponga el sol"). Además de ello, sólo una

89 El legislador ha omitido nuevamente cumplir con el expreso mandato constitucional de establecer el juicio por jurados en materia penal, reafirmado por la reciente reforma parcial del texto constitucional (CN, 24, 75 inc. 12 y 118).

90 Cf. Maier, *DPPa*, p. 450.

91 La misma Constitución prevé, en su art. 28, que los "principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Ver las consecuencias, para la garantía que ahora nos ocupa, en Maier, *DPPa*, p. 451 y ss.

92 Se debe advertir, sin embargo, que la concepción del consentimiento del afectado como elemento subsanador del allanamiento domiciliario irregular ha despertado siempre la simpatía de la jurisprudencia argentina, incluso en las decisiones más garantistas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. La última jurisprudencia de la CSN, a partir de su nueva composición, ha significado un enorme retroceso en este campo, y permite ya adivinar la amplitud con la que van a ser interpretadas las normas en juego. Paradigmático es, para el tema que nos ocupa, la decisión de la CSN en "Fernández, Víctor H." ("La Ley", 27.3.91, Ed. La Ley, Bs. As., 1991, p. 1 y ss.), en la que se consideró admisible el testimonio de un agente policial en cuya presencia se había efectuado una entrega de drogas ilícitas, el cual ingresó al lugar del hecho (una sede consular), sin orden de allanamiento alguna, sin darse a conocer como miembro de la policía, e incumpliendo por completo el procedimiento específico previsto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La CSN advierte el carácter irregular del ingreso a la sede consular, pero considera, a renglón seguido, que el "consentimiento" (en verdad, mera ausencia de reparos) del titular del derecho de exclusión -a pesar de su absoluta ignorancia acerca de la real actividad de su "visitante"- convierte en regulares, y por ende, plenamente aprovechables, los conocimientos adquiridos por la policía. La imposibilidad de sustentar normativamente un ataque semejante al ámbito privado de los ciudadanos -ya que ninguna norma en el ordenamiento jurídico argentino autorizaba entonces la utilización de agentes encubiertos- es sorteada sin mayores cuestionamientos por la CSN mediante la afirmación de que "ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos...esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar". Una síntesis de la jurisprudencia de la CSN sobre el alcance de la garantía en discusión en Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Bs.As., 1991, p. 89 y ss.

93 El tipo básico de la violación de domicilio (CP, 150) resulta excluido por el consentimiento del titular del derecho de exclusión. En el CP, 151, por el contrario, desaparece toda referencia al consentimiento del afectado.

interpretación sumamente generosa para con la capacidad de intervención del Estado en la esfera íntima de los ciudadanos podría sostener que un texto normativo que nada dice en cuanto al derecho constitucional en juego, debe ser entendido como regulación complementaria de la garantía. Es claro que un ataque en el círculo de derechos constitucionalmente garantizados requiere, como primer presupuesto para su admisibilidad, una norma específica que lo establezca y reglamente⁹⁴. Por lo tanto, el régimen previsto en el CPP nacional para el allanamiento domiciliario abarca también la actividad de los AE; la inobservancia del procedimiento establecido en el CPP debe conducir a la no admisión (ni valoración) en el procedimiento penal de la información irregularmente obtenida⁹⁵.

La cuestión de las *conversaciones semejantes a un interrogatorio*, o con fines de recabar información de cargo, que realice el AE con la persona bajo sospecha surge también aquí, como consecuencia inevitable del imperio del principio "nemo tenetur...", consagrado en la CN, 18 ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"), y reforzado ahora con la incorporación al texto constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 8, 2º, g) y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 14, 3º, g) por la reforma parcial de la CN de 1994. La garantía ha sido correctamente regulada por el CPP (294 y ss.): el imputado es libre de abstenerse de declarar, y debe ser informado sobre este derecho (CPP, 296 y 298), y ningún método que menoscabe su voluntad puede ser utilizado contra él (CPP, 296⁹⁶).

Cualquier otro método de interrogatorio del imputado ("encubierto" o "descubierto") resulta inadmisibles contemplado desde el atalaya constitucional: "sólo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si, a la vez, respeta las demás reglas de garantía que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación)"⁹⁷. Ello significa que la información obtenida por el AE mediante "interrogatorios informales" no puede ser valorada en un procedimiento penal, menos aún recurriendo a la ya vieja trampa de permitir la declaración como simple testigo del interrogador, prohibición que abarca tanto a la eventual prueba inmediatamente obtenida a partir de dichos del imputado (por ejemplo, su confesión), como a la mediata (el botín encontrado mediante dicha información) -efecto *extensivo*, o doctrina del fruto del árbol venenoso (fruit of the poisonous tree doctrine).

Merece ser señalada, para concluir, la solución que el legislador argentino -mucho menos cauteloso que su par alemán sobre las consecuencias de sus decisiones- ha encontrado para la eventual comisión de delitos por parte del agente encubierto. El nuevo art. 31 ter consagra una *excusa absolutoria* amplísima, mediante la cual el AE puede sacrificar durante su actuación, si se ve "compelido a incurrir en un delito", un enorme número de bienes jurídicos, con la única limitación de que el delito en sí "no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una

94 Como correctamente señala Amelung, la contracara procesal en el Estado de derecho, del axioma "nullum crime sine lege" es "no hay injerencia [estatal] sin ley"; *Erweitern allgemeine...?* cit., p. 835. La laguna no puede ser completada recurriendo ni a la necesidad del ataque no autorizado legislativamente, ni a su conveniencia o a su proporcionalidad. Cf., Sydow, p. 14.

95 Sobre el alcance de las prohibiciones probatorias en el régimen procesal penal argentino, cf. Guariglia, Fabricio, *Las prohibiciones probatorias*, en "El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico", Ed. del Puerto, Bs. As., 1993, p. 15 y ss.

96 "En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión"

97 Maier, *DPPa* cit., p. 436.

persona o la imposición de un *grave* sufrimiento físico o moral [?] a otro"⁹⁸. La oscuridad de la fórmula (¿Cuándo el peligro se torna "cierto"? ¿A partir de qué punto el sufrimiento -físico o moral- es "grave"?) la vuelve ya ab initio inútil como criterio limitativo. Las consecuencias de una "carta blanca" semejante otorgada a las fuerzas policiales⁹⁹ son peligrosas en cualquier país del mundo; en un país que, como la Argentina, aún no ha conseguido librarse definitivamente de su tradición autoritaria, ellas pueden resultar trágicas.

IV. Algunas conclusiones

A lo largo de estas páginas se ha procurado describir, sintéticamente, el funcionamiento de las normas en la legislación procesal penal alemana y argentina que regulan la actividad del AE, y los presupuestos de su actuación. Se ha señalado, además, la colisión entre importantes aspectos de ambas regulaciones con los clásicos principios liberales del procedimiento penal. Esta colisión es, en verdad, inevitable. La introducción de métodos "encubiertos" o "secretos" para la averiguación de la verdad es un cuerpo extraño en aquellos catálogos normativos que, producto de la recepción legislativa decimonónica del ideario iluminista¹⁰⁰, presuponen la actuación "a cara descubierta" de los órganos encargados de la persecución penal, sobre todo tratándose de ataques a la esfera de derechos de los ciudadanos¹⁰¹, y que regulan minuciosamente las excepciones a dicha regla. Los casos en los cuales el derecho procesal penal tradicional reconoce métodos

"secretos" o "encubiertos" para la averiguación de la verdad -como, por ejemplo, la intervención de correspondencia, § 99, StPO, CPP nacional, 234 y 235- implican sólo ataques *puntuales* en la esfera privada de los ciudadanos, y no pretenden, como sucede con el agente encubierto, una presencia *continua* -aunque se encuentre limitada temporalmente- de la persecución penal estatal en dicho ámbito.

La adopción de estos métodos significa un abandono -tal vez en principio parcial, pero de enorme importancia- de los viejas máximas ilustradas que presidían el funcionamiento de la administración de justicia penal, y su reemplazo por nuevos puntos de partida: de un derecho penal y procesal penal fundado esencialmente en el respeto a los derechos de los ciudadanos y, de admitir al delincuente como parte en el contrato social¹⁰², se gira hacia un sistema penal basado (y acaso legitimado) en la eficiencia de su función represiva. En el ámbito del derecho penal material, ello ha conducido a una significativa ampliación de los *delitos de peligro abstracto*, avanzando hacia los *actos preparatorios*, históricamente impunes para el derecho penal liberal: "el autor carece de esfera privada, de un ámbito de comportamiento aún no socialmente relevante, sino que es sólo una fuente de peligro, con otras palabras, enemigo del bien jurídico"¹⁰³. El ámbito de intervención es el mismo: tráfico y comercio de estupefacientes, delitos contra la seguridad del Estado, tráfico de armas. El derecho procesal penal de cuño iluminista ha sido el método coherente de actuación del "derecho penal del ciudadano"; el "derecho procesal pe-

98 El subrayado me pertenece.

99 En abierta contradicción con un modelo de Estado que tiene como una de sus funciones primordiales la de garantizar la integridad de los bienes jurídicos por él protegidos.

100 La cadena de influencias del CPP nacional argentino conduce al mismo punto histórico que la de la StPO. En efecto, el CPP de 1992 no es otra cosa que una copia del CPP de la provincia de Córdoba de 1939, el cual, a su vez, reconoce el influjo directo de los CPP italianos de 1913 y 1930, aunque dejando de lado el autoritarismo de este último. Cf., Maier, *DPPa*, p. 192 y ss.

101 Dencker, *Über Heimlichkeit...*, p. 676.

102 Hassemer, Winfried, *Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht*, en "StV", 1990, p. 329.

103 Jakobs, *Kriminalisierung...*, p. 753.

nal encubierto" no es otra cosa que el correlato formal del "derecho penal del enemigo"¹⁰⁴.

A esta argumentación crítica se le podría contraponer el desarrollo de la delincuencia, su complejización, y, por ende, la necesidad del sistema penal de brindar nuevas respuestas. Ello, sin embargo, nada dice en cuanto a los costos que estas "nuevas respuestas" representan para los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, acota el marco de las reacciones posibles exclusivamente al plano de la represión, evitando (acaso deliberadamente) la discusión político-criminal sobre otras -más imaginativas- propuestas de solución. Al mismo tiempo, la ausencia de todo criterio sistemático en un legislador que parece *exclusivamente* preocupado en mostrar algún tipo de iniciativa frente a una opinión pública cada vez más sensibilizada, convierte a la tarea de interpretar racionalmente estas nuevas reglas en una misión casi imposible.

En el caso concreto de la admisibilidad del AE como nuevo protagonista del procedimiento penal, y como el lector ya habrá podido advertir, el intérprete se encuentra frente a un problema de solución dilemática: si intenta armonizar la actividad del AE con los principios fundamentales de un procedimiento penal acorde con el Estado de derecho, el resultado es un agente encubierto enormemente limitado en su capacidad real de actuación, a punto tal que, salvo en lo que al uso de la identidad

falsa se refiere, no diferirá sustancialmente de un policía común; si, por el contrario, se inclina por potenciar la capacidad funcional del AE, el precio a pagar por ello es altísimo. La vigencia de principios fundamentales del Estado de derecho, rectores de la persecución penal estatal, se diluye casi por completo, y las reglas del procedimiento penal ya no juegan prácticamente ningún papel como "formas protectoras"¹⁰⁵, cediendo el paso a la *desformalización* característica del procedimiento penal en estados policiales. La coexistencia pacífica de ambos sistemas ("tradicional" y "encubierto"), al menos con los modelos normativos hasta ahora intentados, no parece posible¹⁰⁶.

La jurisprudencia sobre el punto, tanto en Alemania como en Argentina, no resulta nada tranquilizadora. Acaso temerosos de quedar atrás en esta frenética carrera por un sistema penal "eficiente", los jueces parecen olvidar su papel fundamental de custodios de las garantías individuales¹⁰⁷, y estar dispuestos a ir aún más lejos que el legislador. De los dos caminos arriba señalados, tanto la jurisprudencia alemana como la argentina muestran ya su inclinación por el segundo, acaso sin advertir que de esta decisión depende, en buena medida, la reafirmación de las garantías republicanas como límites infranqueables de la persecución estatal, o la cada vez más posible construcción sobre las ruinas del Estado de derecho de un nuevo, secreto y omnipresente Leviathan.

104 La antinomia ha sido tomada de Jakobs, *Kriminalisierung...*cit.

105 Schmidt, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1964, p. 45 y s.

106 Cf. una crítica similar en *Stellungnahme des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV) zum "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)"*, "StV", 1992, p. 34. Tb. Frister, p. 155.

107 Rol irrenunciable en un auténtico Estado de derecho, o en lo que Ferrajoli designa como "democracia sustancial" -por oposición a la meramente procedimental: "...nunca sujeción [del juez] a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad". Cf. *El derecho como sistema de garantías*. En "Justicia Penal y Sociedad" Nr. 5, 1994, p. 14.