



INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS LLAMADOS “DELITOS COMPLEJOS” (conf. ley 27.319)

Por Hernán H. RE¹.-

Sumario: el autor realiza una descripción detallada de los nuevos instrumentos de investigación instaurados en la ley 27.319, orientados a la dilucidación de los denominados delitos complejos.

Introducción:

El objetivo de este trabajo es realizar una descripción del actual sistema que el Poder Legislativo mediante la ley 27.319² delineó lo que, a mi modo de ver, podría aproximarse a un verdadero sistema de investigación de la criminalidad organizada, sin perjuicio de que, como todo es perfectible, hacer algunas críticas constructivas a los textos.

Oportunamente he realizado una crítica pormenorizada al sistema de investigación de delitos complejos en nuestro país, y señalé las deficiencias de las herramientas que ofrecía a las fuerzas de seguridad³. El “sistema” resultaba poco claro y sólo respondía a una estructura de delitos que no alcanzaban los estándares de eficiencia para la investigación y prevención de la criminalidad organizada adoptada por la

¹ Secretario del Tribunal Oral en lo Penal Económico nro.3: Abogado especialista en Derecho Penal (U.B.A.) y Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral.-

² B.O. 2/11/16.-

³ Hernán H. RE; “*Algunas reflexiones sobre el “arrepentido” y el “sistema” de protección de testigos e imputados en los delitos contra el orden económico y financiero*”; Revista de Derecho Penal; Sup. Delitos contra el orden económico financiero (Título XIII del Código Penal)- III, pag. 177, año 2016-1.-

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada más conocida como la “Convención de Palermo”⁴.

I.-La ley 27.319:

I.a) Ámbito de Aplicación:

La ley mencionada, derogó expresamente los artículos 31 bis, 31 ter, 31 *quáter*, 31 *quinquies*, 31 *sexies*, 33 y 33 bis de la ley 23.737. Instrumentos de investigación que se encontraban dentro de la ley de estupefacientes y que se aplicaban en algunos casos a la investigación del contrabando de estupefacientes previsto en el art. 866 del CA⁵.

En primer lugar, la ley circunscribe su aplicación a los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 *quinquies* del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; g) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en el libro segundo, título XIII del Código Penal.

Como se puede observar, la ley abarca un campo de acción en el que cobra preponderancia un rasgo criminológico común a todos ellos, y es la inexorable existencia de una organización delictiva que reconoce una estructura piramidal o de distribución de tareas para cometer estos delitos. En efecto: Delitos contra el orden económico y financiero; comercio de estupefacientes (ley 23.737); contrabando de estupefacientes en los términos del Código Aduanero (ley 22.415); Asociación ilícita; terrorismo; secuestro y trata de personas; facilitación de la prostitución y corrupción de menores.

⁴ La cual en su prefacio la Asamblea General manifiesta estar “*Firmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo*” (el resaltado me pertenece)

⁵

⁵Sobre la relación de los institutos procesales y de investigación previstos en la ley 23.737 aplicados al art. 866 del CA, escribí un capítulo en la obra colectiva “*Derecho Penal Económico*”; “*Recovecos del art. 866 del CA*”; Coord. Rubinska-Schurjin Almenar, Ed. Marcial Pons, Bs. As.-Madrid-Barcelona 2010; pag. 1375.-

El proyecto original contenía un párrafo -el cual finalmente no fue incorporado a la ley- que habilitaba al juez la aplicación de los institutos a “*cualquier otro delito respecto del cual el juez, habida cuenta de las circunstancias particulares del caso y su grado de complejidad, evalúe que para resolverlo es viable la aplicación de los instrumentos que se prevén en la presente ley*”. A mi entender estuvo bien que no se incluya este pasaje, toda vez que más allá de que no fijaba un campo de acción concreto en la legislación, se prestaba a que el concepto de “*delito de investigación compleja*” con las distintas interpretaciones que puedan darse para el uso de los institutos, ya sea, porque el delito en cuanto a su estructura sea complejo; por la voluminosidad de la investigación en términos procesales; o simplemente porque el juez lo considerase sin más.

Lo importante en este sentido, es que el legislador “marcó la cancha” si se me permite la expresión, para la aplicación de institutos de investigación que, en la mayoría de los casos, su persecución e individualización de los responsables no puede ser llevada a cabo bajo la utilización de los métodos de investigación ordinarios y, conforme lo previsto por el legislador, la ley es operativa en un ámbito específico del derecho penal especial el cual se encuentra delimitado por la ley.

En ese sentido, el campo de sofisticación de esta clase de delitos conlleva la necesidad de un “*plus*” en la metodología de investigación en cuanto al uso de elementos o recursos de investigación que estén a la altura del crimen organizado actual, y cuya matriz organizacional responde a estructuras delictivas bien separadas entre sí que incluye un componente de conocimiento interdisciplinario bien sofisticado siendo su piedra angular -y por ende a mi entender su talón de Aquiles- el uso de por ejemplo estructuras jurídico-contables que le garantice un flujo de financiamiento lícito.

Más precisamente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶, instrumento internacional que prevé y exigen que los países miembros adopten este tipo de institutos procesales contra la lucha del crimen organizado⁷. Ya en su artículo 2.c) adopta el concepto de “grupo estructurado” como característica intrínseca del delito organizado, y lo define de la siguiente manera: “*se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito*

⁶ U.N.T.O.C. 2001 (por sus siglas en inglés).-

⁷ “Los mismos medios tecnológicos que fomentan la mundialización y la expansión transnacional de la sociedad civil también proporcionan la infraestructura para ampliar las redes mundiales de la sociedad ‘incivil’, vale decir, la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el lavado de dinero y el terrorismo” *Discurso de Kofi A. Annan*, Secretario General de las Naciones Unidas, pronunciado el día de entrada en vigor el Instrumento.

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”.

A su vez, el artículo 20.1) de la mencionada Convención, y bajo el título “*Técnicas especiales de investigación*” estipula que: “*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*”.

En el plano nacional, y habiéndose incorporada la citada Convención⁸, la ley 26.734⁹ que había incorporado al vetusto régimen de la ley 25.241, que -como dije- estaba dirigido a la investigación del terrorismo y al que se habían mal incluido los delitos mencionados en el Título XIII del CP, y no daba una herramienta concreta o un verdadero régimen para la persecución de estos delitos especiales. Ahora bien, veamos si esta nueva ley se prevé un verdadero sistema en concordancia de lo exigido por las convenciones adoptadas, y que por imperio del artículo 75 inc. 22 son parte integrante del bloque infra constitucional.

En principio la ley se titula “*Prevención y Lucha de los delitos Complejos. Herramientas. Facultades*”, y lo que como introduce más arriba dota a las autoridades de herramientas para el combate del “Crimen Organizado”. Pero ¿cómo sabemos si estamos ante una organización organizada?, valga la redundancia; qué es lo complejo? la estructura o el delito desde su aspecto estructura típica?.

En ese sentido, la Convención antes citada en su artículo 2 bajo el título “*Definiciones*”, dice que a los fines de la presente Convención: a) “*Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con*

⁸ Conf. ley 25.632 la cual adopta el texto de la mencionada Convención, la cual fuera promulgada el día 29 de agosto de 2002.-

⁹ B.O. del 22/12/2011.-

miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Bajo los parámetros delineados por la Convención, tenemos que entender que las características de un grupo organizado son: tres o mas personas que actúan por un tiempo determinado, y cuyo propósito se ciñe a cometer “delitos graves” a los fines de obtener beneficios económicos o de orden material.

La Convención, en el inciso *b)* del citado artículo definió que: “*Por ‘delito grave’ se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*” (el resaltado me corresponde);

Bajo esas premisas, la ley nutrió a las fuerzas de seguridad herramientas para la investigación y lucha contra el Crimen Organizado, las que algunas de ellas ya estaban previstas y se han perfeccionado, y otras no lo estaban. Veamos.

I.b.)Agente Encubierto:

El artículo 3 prevé la ya conocida figura del Agente Encubierto, el cual no es más que la figura que preveía el derogado artículo 31 bis la ley 23.737 pero con otra redacción y sólo reservado a la ley de estupefacientes. Los requisitos son muy similares que en su anterior redacción; el agente encubierto deberá ser un funcionario de las fuerzas de seguridad federales “*altamente calificados*” quienes previamente, deberán prestar su consentimiento y, ocultando su verdadera identidad se infiltra en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas a efectos de identificar autores, partícipes o encubridores, con el fin de impedir la consumación del delito, para reunir información y/o elementos de prueba necesarios para la investigación.

Sin dudas que la capacitación de los agentes es fundamental para preservar la vida del agente y con ello el éxito de la investigación. La capacitación debe de ser intensa y muy específica, la cual debe hacer hincapié no sólo en la recolección de datos para la imputación, sino también dotar al agente de una preparación en técnicas sensoriales y psicológicas para resistir la presión psíquica que genera estar infiltrado en una organización que en muchos casos revisten un peligro concreto para la vida del agente.

El segundo párrafo establece que una vez que el juez de oficio, o a pedido de parte, realiza la designación consentida del funcionario, y es el Ministerio de Seguridad quien esté a cargo de proveer los elementos técnicos para la protección del agente. Por

otro lado, y esto es novedoso, no podrá tener antecedentes penales. Ahora bien, yo me pregunto qué agente o funcionario policial tiene antecedentes penales?; en su caso, y por reglamento, debería estar exonerado de la fuerza. Creo que debería haberse establecido que los funcionarios seleccionados, no deben registrar antecedentes negativos en su legajo, ni denuncias pendientes de resolución judicial.

Mas adelante, conforme se desarrolla el articulado de la ley, destacaré otras particularidades del instituto.

El Agente Encubierto se presenta como una importante herramienta de investigación que el legislador ha previsto para desentrañar las organizaciones delictivas. Lo cierto es que a medida que fue creciendo la oferta y demanda de estupefacientes en las sociedades del mundo, se ha tornado cada vez más necesario contar con estas herramientas a los fines de llevar a cabo una investigación exitosa.

Pero, creo yo, lo más importante de todo en cuanto al instituto del Agente Encubierto que realiza esta ley, es que se puede usar ya no sólo para los delitos relacionados con estupefacientes, sino que se podría infiltrar agentes para la lucha contra la Trata que, por las características del delitos, sin dudas que este instituto será de una extraordinaria ayuda para los investigadores.

Imaginemos por un momento la cantidad de perfiles de los agentes encubiertos que podrían utilizarse. En torno a ello, y a la calificación éstos, podría redundar en infiltrar un funcionario policial titulado en leyes o en materia contable. Así, podrían infiltrarse agentes Abogados o Contadores en estudios jurídico-contable que realicen a sabiendas asesoramientos a organizaciones criminales para el uso del dinero proviene de ilícitos, cuyas conductas se encuentren incursas en el delito de lavado de activos.

Por ello, creo que la apertura que ha hecho la ley en cuanto a la materia de investigación, realmente es un gran avance en las técnicas de investigación, y que sin dudas que abre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al universo de especialización interdisciplinaria en que puede redundar en función de la materia (o el delito) de que se trate.

I.c) Agente Revelador:

El Artículo 4 instituye por primera vez en la legislación penal argentina, que es la figura del “Agente Revelador”, éste puede confundirse con el agente provocador tan discutido en la doctrina y jurisprudencia tratado ya hace mucho tiempo en el fallo Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/av. infracción ley 20.771¹⁰. Lo importante de aquél fallo,

¹⁰C.S.J.N.-11/12/1990.-

que debe tenerse en cuenta al analizar la función tanto del Encubierto como del Revelador, es que ninguno genere o cree el dolo en el sujeto investigado.

Por otro lado, y con el objetivo de trazar una diferencia entre la actuación con el Encubierto, el Revelador, quien a su vez también debe pertenecer a las fuerzas de seguridad sin que la ley exija la especialidad o la preparación técnica en materia de infiltración de organizaciones como sí la requiere el Encubierto, en principio existe una **diferencia cualitativa** en el propio agente, y cuantitativa en su accionar. en este sentido, el Agente Revelador **actúa sólo en un tramo determinado y específico** de los sucesos circunscriptos a una tarea previamente establecida por el juez o por el fiscal a cargo.

Como dije más arriba, y que en este punto me vuelve a servir como ejemplo diferenciador o baremo, es que a diferencia de éste el agente revelador no incita al delito, sino que podría decirse que cumple con un tramo del delito establecido con anterioridad.

El Agente Revelador, debe “*simular interés*” de realizar tareas de “...*compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar...*”. Una característica que lo diferencia del Agente Encubierto es que éste se infiltra dentro del seno de la organización sin saber cuándo concluye su labor o cómo realizarla en el sentido de que previamente ignora cuál va a ser su actuación, pero el Revelador actúa no necesariamente desde adentro de la organización, si bien puede relacionarse, pero lo hace desde “afuera” como una pieza externa, distinta o autónoma a la organización. Dicha relación, puede ser circunstancial o permanente pero siempre actuando como ajeno a la banda. Esta característica, no debe confundirse con el objeto del delito, la actuación del revelador hasta puede relacionarse directamente con el fin perseguido por la banda. Dicho de otro modo, puede haber entre la banda y el agente, una convergencia de tareas o medios hacia los fines ilícitos preestablecidos por la organización, lo que no significa que el agente se encuentre dentro de la misma funcionando.

Un claro ejemplo es hacerse pasar como comprador de estupefaciente en un lugar de expendio; o un cliente en el delito de Trata de personas con fines de explotación sexual, etc.. Como se puede apreciar en los ejemplos, su participación se circunscribe a un momento y un rol determinado.

I.d) “Regulaciones especiales”

La ley, luego de crear los dos tipos de agentes anteriormente descritos, establece del artículo 8 al 12 un régimen común, desde el punto de vista procesal y de procedencia, para los institutos mencionados.

En esa línea, uno de los avances concretos de la ley es la forma en que los agentes introducen la información al proceso.

El artículo 8 exige que los Agentes de manera excepcional podrán ser convocados a juicio para rendir una declaración testimonial “...únicamente cuando su testimonio resultare absolutamente imprescindible”. En cuyo caso, la ley establece la forma en que debe hacerlo. Para ello se exige el uso de medios técnicos con el fin de evitar que puedan identificarse al declarante por su voz o su rostro.

Por último, la ley impone un límite al uso de la declaración en la sentencia, estableciendo que su uso no puede usarse como “prueba dirimente” para la condena del acusado. Asimismo, le exige al juez “cautela” en el uso de los datos aportados. Esto, definitivamente exige que los elementos aportados por el agente encubierto o revelador, sea corroborado por prueba que corrobore sus dichos por una vía alternativa.

Sin duda, este artículo resultará de gran ayuda para los que ejercen la magistratura en el seno de una audiencia oral y pública, y evitarán planteos sobre la forma que se introduce, sino también por el modo del uso de la información que se introduzca al proceso del juicio en base a esta clase de testimonios.

El artículo 10 establece, como ya lo hacía el in fine del derogado art. 31ter de la ley 23.737, una forma de comunicar su estado al juez competente que hubiese intervenido en los delitos cometido por éstos en su rol. Asimismo, establece que el juez no deberá resolver la situación procesal sin develar la verdadera identidad del imputado. El nuevo artículo no alteró la letra de su antecesor legislativo.

Bajo esa lógica, el artículo 9 dispensa de responsabilidad penal, al Agente que actúa bajo un estado de necesidad justificante, y comete delitos para obtener su finalidad.

Las objeciones que se formulan a la derogada ley 23.737, y que el artículo 9 de la ley en comentario también prevé, se circunscriben en derredor al “permiso” que la ley brinda para delinquir al agente encubierto, en procura de resultados procesales, anteponiendo la eficacia de la medida probatoria la que sólo es limitada cuando: “siempre que éste [incurrir en delito] no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro”. Ante el valor justicia, la ley antepone un límite a la actuación, en

razón de que no se puede concebir una autorización expresa de tipo “007” para delinquir a un funcionario del Estado amparado de antemano por un estado de necesidad justificante absoluto. En esa línea, habría que ver qué es lo que abarca el término “*integridad psíquica*” en los términos de la actuación de un agente encubierto. El mismo, podrá concebir lo que es la posible afectación de la integridad física, pero la “*psíquica*” es algo muy amplio para que el funcionario sopesa al momento de su actuación dentro del seno de una organización criminal. Es por ello que creo que no debería estar ese término en la ley. El derogado artículo 31 ter de la ley 23.737 no lo preveía.

El artículo 11 no altera el régimen anterior, y establece la no obligatoriedad para el funcionario que no desee ser parte de una investigación. En este caso, no creo estar muy de acuerdo, toda vez que las fuerzas de seguridad tienen la obligación por cualquier medio legal, de prevenir y combatir el delito. Es como que a un soldado se le pregunte si en un conflicto armado puede tomar un punto estratégico para la batalla; máxime si la ley exige la preparación profesional del funcionario.

El artículo 12 recoge la anterior redacción para aquellos casos en que el agente encubierto deba retirarse por motivos en el que peligre su vida. Para ello, podrá hacerlo y beneficiarse de su retiro con dos grados más en su jerarquía, sin perjuicio de la reserva de su identidad y otorgarle los medios necesarios para ello.

Por último, la ley establece en su anterior redacción (art. 31 bis de la ley 23.737) establecía que el juez debía hacer uso del agente encubierto “*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo*”. Esta reforma exige la adopción de un “*criterio restrictivo*” supeditado a un “*examen de razonabilidad*” por parte del juez quien: “*...deberá evaluar la imposibilidad de utilizar una medida más idónea para esclarecer los hechos...*”. Como se puede observar, la ley sigue exigiendo que estas herramientas del Agente Encubierto y/o Revelador, sean utilizados de manera excepcional y si y sólo si el estado del proceso lo requiere, por lo que las herramientas de investigación se erigen como de “*última ratio*”.

Sin perjuicio de ello, la ley ha ampliado considerablemente el margen de discrecionalidad de los magistrados en el uso del mismo, tal es así que el propio artículo 4 de la ley, establece que el magistrado puede hacerlo “*de oficio*”.

I.e) “El Informante”:

El artículo 13 de la ley instituyó el Informante que es la persona que, bajo reserva de identidad, y a cambio de una contraprestación económica, aporta a las

fuerzas de seguridad: “*datos, informes, testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia*” que permita “*iniciar*” o “*guiar*” la investigación, a los fines de coadyuvar a: “*la detección de individuos u organizaciones dedicados a la planificación, preparación, comisión, apoyo o financiamiento de los delitos contemplados en la presente ley*”.

El informante es una nueva figura procesal que y la experiencia forense requería. Antes, para dar inicio a las actuaciones las fuerzas de seguridad sindicaban como el origen de sus tareas de debían al uso de “*fuentes*” de la cual el juez -y mucho menos el imputado- tenía acceso y por tanto ninguna forma de indagar. Es importante desde el punto de vista constitucional, toda vez que echa luz a una “zona gris” o incierta que tenía el proceso, y que ahora al menos el juez podrá controlar y así poder tutelar las garantías del proceso. La experiencia indica que muchas veces los investigadores, echaban mano a artilugios poco claros como fraguar una “llamada telefónica”, un “denunciante anónimo” o simplemente consignaban “tareas de inteligencia”, sin que se pudiera saber fehacientemente de dónde o cómo se había incorporado la información a la investigación librando a la suerte de las Fuerzas de seguridad la discrecionalidad de las investigaciones. En definitiva evita que las fuerzas de seguridad se “autoinformen” datos respecto a tal o cual circunstancia o sujeto que luego devenga en una ulterior actuación penal.

Los **requisitos** que exige al informante para poder dar la contraprestación económica, comúnmente llamada “recompensa”, exige que en primer término se provea de un “*aporte*” de datos pertinentes, y que de los mismos se pueda “*iniciar*” o “*guiar*” la investigación, para dar el resultado de detención de personas ligadas a maniobras incursas en delitos previstos en el art. 2 de la ley.

Lo que se puede inferir de la ley, es que el instituto está principalmente dirigido dar inicio a una investigación, o sea que de la letra puede inferirse que el uso de un agente informante se realiza con un fin preventivo, cuando la investigación o no se encuentra iniciada, o está en ciernes.

El concepto es el mismo que el de la *noticia criminis* pero en este caso con persona conocida, con una contraprestación y regulada en cuanto a sus efectos prácticos.

Un voto del Dr. Mariano H. Borinsky, enseña que “*el concepto de “información” comprende –según el diccionario de la Real Academia Española– a la “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”*. De acuerdo con ello, la ‘*notitia criminis*’ aportada en

autos (cfr. fs. 1) tan solo provee a las fuerzas de seguridad de una hipótesis delictiva; la cual debe ser confirmada o desmentida mediante los elementos de prueba que eventualmente se reúnan en la investigación iniciada a partir de aquél anoticiamiento (cfr. lo expuesto, en lo pertinente y aplicable las causas N° 14.328, “NACUSSE, Jesús Aldo R. y otros s/recurso de casación”, reg. 2227/2012, rta. 19/11/2012; N° 16.627, “SALINAS PALACIO, Juan Alejandro s/recurso de casación” reg. 434/2014, rta. el 28/3/2014; “LÓPEZ, Martín Lorenzo s/ recurso de casación” reg. 1989/15.4, rta. 13/10/2015, de la SALA IV de la C.F.C.P.)”¹¹

Ahora bien, el artículo 14 prosigue dejando en claro que el agente informante “*no será considerado agente del Estado*”. Esta aclaración, si bien no especifica a qué fines jurídicos no debe considerárselo, apunta a que el informante no asuma obligaciones propias de un funcionario que importe, verbigracia, fundar sus informes o que los mismos tengan publicidad o sean controlados por autoridad administrativa previamente.

Hecha esta aclaración, creo que lo importante es que el informante no debe ser considerado o investido con obligaciones propias que le asignadas a las fuerzas de seguridad; agentes de las fuerzas federales o funcionarios que presten tareas en reparticiones estatales ligados a la represión de delitos cuya función se encuentre en relación con el catálogo de delitos previstos en el artículo 2 de la ley.

El segundo párrafo del 14, escuetamente, establece que debe otorgarse al Informante la garantía de resguardo de su identidad, y delega al Ministerio de Seguridad la reglamentación de los requisitos de contraprestaciones dinerarias.

Con buena técnica legislativa, exceptúa a los datos o declaraciones prestadas a personas incurso en las previsiones del art. 178 del CPPN, cuando son cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del imputado.

Por último, la ley establece la obligación de proteger al informante y a su familia, de adoptar todas “*las medidas de protección adecuadas para salvaguardar la vida y la integridad física del informante y su familia*”.

La anterior redacción de la ley 23.737, concebía en el hoy derogado por la ley en comentario artículo 33 bis, preveía que cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o integridad física de un testigo [o de un imputado] que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Seguía

¹¹ CFPC- Sala I – Reg. 5757 Incidente N° 15 – “ILUMINATI, MAXIMILIANO Y OTROS s/INCIDENTE DE NULIDAD”.-

especificando que las medidas podrían ser la supresión de identidad y la provisión de recursos materiales, y ponía en cabeza del Ministerio de Justicia la tarea.

A su vez, el art. 34 *bis* de la ley 23.737 -aún vigente- refuerza la obligación del resguardo de identidad prescribiendo que: “*las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Cód. Aduanero, se mantendrán en el anonimato*”.

Al respecto, FALCONE y CAPARELLI explican que la situación regulada en la disposición citada “*no se trata en rigor de una denuncia, ya que en ella siempre se exige la identificación del denunciante aun cuando en algunos casos ello se mantenga en reserva*”, mientras que “*aquí estamos en presencia de un mero anoticiamiento, que constituye una fuente de conocimiento extraprocesal que habilita el inicio de la pesquisa*”¹².

Ese era el único antecedente legislativo de protección de testigos, también preveía a los imputados, pero era algo distinto que el estatuido *Informante*. El mismo, en principio no preveía la contraprestación dineraria y no hacía diferencia entre imputado y testigo en cuanto a la exigencia de que ambos “*hubieran colaborado con la investigación*”.

Sin dudas, la sanción de la figura de *El Informante* importa un gran avance en la lucha contra los delitos complejos, y se erige como una idónea y eficaz herramienta para las agencias de seguridad y la justicia, a los fines de cumplir con la obligación de investigar y sancionar esta clase de delitos cuyo objeto y complejidad siempre presentan un reto de recursos humanos y tecnológicos.

I.f) Entrega vigilada:

El instituto de la entrega vigilada previsto en el art. 15 de la ley, ya estaba previsto en la ley anterior¹³ de hecho tiene el mismo fin, pero hace algunas aclaraciones en torno al procedimiento en cuanto a la orden.

En primer término se puede apreciar que el texto aclara que el juez puede ordenarlo de oficio o a pedido del Ministerio Público Fiscal, y exige que se realice “*en audiencia unilateral*”, para ordenar la postergación de detención de personas o secuestro

¹² Cfr. auts. cit., Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 311.-

¹³ Art. 33 de ley 23.737, incorporado por la ley 24.424.-

de bienes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación. La redacción es similar a la anterior, pero exige una audiencia unilateral para realizar la medida.

El legislador no especificó a qué efectos ni con quién el juez debe hacer la “audiencia unilateral”, pero entiendo que dicha audiencia no pueden estar presentes otras personas que no sean el Fiscal y el investigador policial o en su defecto la persona que estuviese a cargo de la misma. Por otro lado, resulta cuanto menos llamativa en cuanto a su utilidad de que la orden sea impartida en una audiencia, si la misma no sólo es unilateral, sino que la orden se realiza en circunstancias inmediatas y, en la mayoría de los casos, responde a una situación límite en términos temporales a los fines de “*no comprometer el éxito de la investigación*”, y es en ese contexto que no se entiende la utilidad o el cómo debe hacerse una audiencia, partiendo desde la lógica que deber tener un carácter de secreta y que por obvias razones, no debe ser publicada en ningún lado, sin perjuicio de que podría haberse instaurado el secreto de sumario¹⁴. Si a dichas circunstancias le sumamos que en la entrega vigilada de la remesa puede haber un agente encubierto operando en la organización, entonces la exigencia de la audiencia en principio se tornaría engorrosa e innecesaria. Máxime que en el último pasaje del segundo párrafo del mismo artículo exige que la medida deberá disponerse por resolución fundada.

El segundo párrafo del artículo, mejoró la redacción del anterior, y ahora establece que el juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita; y agregó que puede “*permitir que entren, circulen o salgan del territorio nacional*” -antes sólo establecía la salida del país-, y agregó que puede hacerse “*sin interferencia de la autoridad competente y bajo su control y vigilancia*”, con el fin de identificar a los partícipes, reunir información y elementos de convicción necesarios para la investigación. Dicha medida, debe tener asegurada de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Ello, importa la notificación a las autoridades de la manda ordenada.

Esta medida, se encuentra en concordancia con las disposiciones de la Convención -citada en el pie de página nro.7- la que define a la entrega vigilada en su artículo 2 inc. i)¹⁵; en su artículo 18¹⁶ obliga a la asistencia recíproca de los Estados Parte

¹⁴ Conf. art. 204 del CPPN.-

en el ejercicio de la técnica como un recurso de investigación válido y, por último, en el artículo 20 propicia que los Estados adopten los procedimientos en su legislación interna para que la medida pueda llevarse a cabo con éxito¹⁷.

El artículo 16, autoriza al juez a disponer la suspensión de la entrega vigilada y ordenar “*la detención de los partícipes*” y el secuestro de “*los elementos vinculados al delito*” si las diligencias pusieren en peligro la vida o integridad de las personas o la aprehensión posterior de los partícipes del delito. Y agrega, que los funcionarios públicos encargados de la entrega vigilada pueden aplicar las normas de detención establecidas para el caso de flagrancia¹⁸.

Del texto del mentado artículo, se desprende que el juez puede suspender la medida, y que los funcionarios a cargo de la tarea puedan proceder a la detención de todos y el secuestro de los elementos.

En este pasaje de la ley, cobra especial preponderancia el contexto en el cual se lleva a cabo el procedimiento que se lleva a cabo, autorizando al juez a suspender la medida en caso de riesgos a bienes jurídicos superiores (vida o integridad física) siendo sólo él quien puede ordenar la suspensión de la remesa. Por otro lado, no sólo el peligro se relaciona con la vida o integridad física de autores, partícipes o de los propios agentes, sino que en segundo término el juez también puede suspender la medida cuando se ponga en riesgo la aprehensión posterior de partícipes. También, y en otro orden, autoriza a los investigadores abortar las medidas y proceder al arresto en términos de proceso flagrante a los autores, en los casos de que las circunstancias así lo requieran en

¹⁵ *j*) Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

¹⁶ “*Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.*”

¹⁷ “*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.*” (la negrilla me pertenece).-

¹⁸ conf. ley 27.272; B.O.nro. 33.515 2.-

resguardo de peligros que puedan surgir durante las diligencias.

Por otro lado, también se ha suprimido la redacción del derogado artículo 33 que exigía mensurar “*en cuanto sea posible, la calidad y cantidad de la sustancia vigilada como así también su peso*”. Extremo éste que ahora el juez no tiene la obligación de hacer constar cuanto menos con alcances estimativos. Ello, me parece que no agregaba nada, toda vez que es un dato estimativo de la cantidad y calidad, en principio no guardaba relevancia alguna y que, en última instancia, podía surgir de la lectura de la causa o en su defecto en un ulterior estadio, hacerlo constar en el procedimiento de secuestro del material estupefaciente.

No debe perderse de vista, que la ley es abarcativa de más delitos que la ley de estupefacientes, por ello utiliza el termino genérico de “*remesa ilícita*”. En relación a ello, y como ejemplo, la entrega vigilada podría circunscribirse a pesquisas cuyo objeto principal sea el de lavado de activos, y que la remesa no sea estupefaciente, sino que sea dinero ilegal. Es por ello, y bajo esa inteligencia, cobra especial singularidad significado haber quitado el pasaje mencionado del anterior artículo 33. Efectivamente, es un gran avance en la legislación.

Como crítica, llama la atención -que de seguro se debe a que en el trabajo de comisión no lo advirtió- es que no se haya nutrido al artículo en comentario, el valioso texto del artículo 30 de la ley 25.246 -actualizado por la 26.683 y que se encuentra vigente- el cual faculta al juez a realizar distintas medidas de gran utilidad para una investigación, vgr.: entregas controladas con dinero y/o bienes, secuestro de efectos o instrumentos, etc.¹⁹.

¹⁹ “El magistrado interviniente en un proceso penal por los delitos previstos en los artículos 303, 213 ter y 213 quáter del Código Penal podrá:

- a) Suspender la orden de detención de una o más personas;
- b) Diferir dentro del territorio argentino la interceptación de remesas de dinero o bienes de procedencia antijurídica;
- c) Suspender el secuestro de instrumentos o efectos del delito investigado;
- d) Diferir la ejecución de otras medidas de carácter coercitivo o probatorio.

El magistrado interviniente podrá, además, suspender la interceptación en territorio argentino de remesas de dinero o bienes o cualquier otro efecto vinculado con los delitos mencionados y permitir su salida del país, siempre y cuando tuviere la seguridad de que la vigilancia de aquéllos será supervisada por las autoridades judiciales del país de destino.

La resolución que disponga las medidas precedentemente mencionadas deberá estar fundada y dictarse sólo en el caso que la ejecución inmediata de las mismas pudiere comprometer el éxito de la investigación. En tanto resulte posible se deberá hacer constar un detalle de los bienes sobre los que recae la medida. (*Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.683; B.O. 21/06/2011*)

I.f) Nuevos tipos penales:

Bajo el título “*Sanciones*” la ley crea en su artículo 17 dos tipos penales, uno en su modalidad dolosa y el otro culposo o negligente.

En principio requiere un sujeto especial que tiene que ser **funcionario o empleado público**; y el tipo en su **faz objetiva** describe la conducta de la siguiente manera: “*que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto, de un agente revelador o de un informante...*”. El tipo penal es **doloso** en su faz subjetiva que lo diferencia con el segundo párrafo.

El segundo tipo penal es de tipo **culposo**, y también requiere el mismo sujeto especial cualificado que el doloso (funcionario o empleado público) y agrega en su faz objetiva “*que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información*”. Este tipo penal obliga al sujeto activo un deber de cuidado en cuanto a preservar la confidencialidad de lo dispuesto en el expediente en cuanto a los sujetos que actúan como Agentes Encubierto o Revelador y del Informante.

Ambos tipos penales, en primer lugar tutelan la seguridad física de los sujetos pasivos que serían los Agentes Encubierto o Revelador y del Informante, y en segundo lugar podría tutelar el éxito de una investigación ya iniciada. El primero de ellos, como dije es doloso **de resultado** y el segundo es un claro **delito de infracción de deber**.

En cuanto a las penas, para el primero la ley establece que “*si no configurare una conducta más severamente penada, será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa equivalente en pesos al valor de seis (6) unidades fijas a ochenta y cinco (85) unidades fijas e inhabilitación absoluta perpetua*”; en cuanto al tipo en su modalidad imprudente establece que “*será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años, multa equivalente en pesos al valor de cuatro (4) unidades fijas a sesenta (60) unidades fijas e inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años.*”

La ley también fue novedosa en la fijación de penas para los tipos penales, y el legislador atendiendo al fenómeno de la inflación registrada en nuestro país-, mediante el uso de una medida pudo mantener la pena de multa actualizada en términos económicos, echando mano a lo que denomina “*unidades fijas*” las cuales su valor está fijada en su último párrafo el que especifica que una unidad fija equivale a un salario mínimo, vital y

móvil actualizado al momento de la sentencia. Esta forma de legislar las penas, encuentra su antecedente en la ley 27.302²⁰

Por último, el artículo 18 de la ley establece la **prórroga de jurisdicción** local y autoriza a que: *“cuando se encuentre en peligro la vida de la víctima o su integridad psíquica o física o la demora en el procedimiento pueda comprometer el éxito de la investigación, el juez y el fiscal de la causa podrán actuar en ajena jurisdicción territorial, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entienda pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar dentro de un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas.”*. Este aspecto procesal de la ley, se encontraba previsto en el artículo 32 de la ley 23.737 (el que no fue derogado por esta ley²¹), solo que aquél exigía que cuando se utilizara esa prórroga, por la causal de la demora en el procedimiento, exigía que no sólo debía notificar al juez de las medidas, sino que también poner a disposición de aquél los detenidos para que controle la privación de libertad, para después ponerlos a disposición del juez a cargo del expediente.

Este procedimiento fue abreviado, no tenía aplicación práctica la disposición a personas detenidas a cargo de un juez que no conocía la causa. Esto, determinaba un dispendio jurisdiccional innecesario.

La nueva redacción, autoriza a la prórroga de la jurisdicción, no sólo a la antigua causal de que la demora ponga en peligro el éxito de la investigación, sino que agregó la causa de que se encuentre en peligro *“la vida de la víctima o su integridad psíquica o física”*.

Conclusiones.

En torno a esta reforma, entiendo que el legislador *aggiornó* su letra, ampliando las causales de la intervención ultra jurisdiccional de las medidas dispuestas, a ya no sólo “al éxito del procedimiento” tan propio de la ley de Estupeficientes, sino que en esta redacción circunscribió su utilización teniendo en cuenta el papel preponderante de la víctima en los delitos que la propia ley menciona los incisos d), e) y f) de su artículo 2.

²⁰ “Art. 45: A los efectos de esta ley, una (1) unidad fija equivale en pesos al valor de (1) formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos.”

²¹ Ver artículo 19 de la ley, el cual sólo derogó expresamente los artículos 31 bis, 31 ter, 31 quater, 31 quinqués, 31 sexies, 33 y 33 bis de la ley 23.737.-

Como resumen de lo descripto, a mi entender la sanción del régimen fue un gran avance en la legislación procesal, y más allá de las críticas puntuales consignadas, habrá que ver cómo se reglamenta el instituto del Informante en la cartera de Seguridad, porque este tipo de institutos sin recursos legítimos son inaplicables y la carencia de ellos, hacen caer al texto de la ley en letra muerta.

Por otro lado, debo confesar que me quedó un “sabor a poco” de la ley, en el sentido de que su texto podría haber incluido un sistema de interceptación de llamadas telefónicas -la que si bien se encuentra prevista en el art. 236 del CPPN con la modificación de la ley 25.760- entiendo que podría habérsela incluido como parte integrante del catálogo de medios extraordinarios de investigación penal. Asimismo, podría haberse incluido la interceptación de datos digitales, sea en redes sociales, o en casilla de correo electrónico, sistemas de mensajería instantánea, etc..

Sin perjuicio de ello, entiendo que la sanción de la ley ha sido un importante avance de la legislación procesal, y que que ahora podríamos decir que se encuentra dentro de los estándares internacionales que sienta la Convención de Palermo.