

**LAS FIGURAS ENCUBIERTAS, LA PROTECCIÓN DE LOS  
SUJETOS DEL PROCESO Y LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO  
FRENTE A LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS**

**CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL**

**1. Introducción.**

La pretensión de este trabajo es abordar, desde una óptica teórica y coetáneamente cercana al terreno práctico, la regulación normativa de tres figuras procesales de particulares características que apriorísticamente colisionarían con las garantías que el debido proceso adjetivo brindan al sujeto sometido a una investigación de naturaleza penal. Se trata del doctrinalmente denominado agente encubierto, del testigo de identidad reservada y la representación que este adopta en el caso de la denuncia con reserva de identidad, considerando al anterior como el individuo que presta declaración bajo en el marco del proceso en curso.

Tras el repaso de la regulación positiva que nuestro ordenamiento jurídico y el internacional con afincamiento local prevén respecto de la actuación de estas personas y del impacto que su presencia tiene en el marco de un proceso penal (cuya implementación reporta una problemática en sí misma), intentaremos avizorar los principios y garantías que se hallan en pugna

(básicamente, averiguación de la existencia de un hecho delictuoso<sup>1</sup> en oposición a la tutela de la defensa en juicio del encartado) con el fin de determinar, al menos desde un posicionamiento ideológico personal, cuáles deberían ser aquellos dispositivos normativos que deberían prevalecer en el proceso penal actual.

La cuestión tratada ha sido analizada por diversos autores, sin descuidar poner de resalto que la aparición e instrumentación de esta clase de testigos se relacionan con la evolución delictiva, con su sofisticación. La necesidad de brindar protección a la integridad psicofísica de los testigos involucrados en la investigación de determinadas clases de delitos (los que se mencionarán mas adelante), se origina en el alto poder de intimidación y capacidad de agresión que poseen los miembros de grupos terroristas y de los integrantes del crimen organizado.

Como se verá, el plexo legal e inclusive los programas de protección de testigos germinaron producto de actos criminales concretos en perjuicio de personas que pudieran comprometer a personas involucradas en hechos delictivos, sean ciudadanos legos, jueces o fiscales.

El marco amenazante que gravita tanto sobre los testigos como sobre los operadores judiciales (sin excluir a los propios abogados defensores) y el desarrollo de las técnicas delictivas en procura de impunidad (en especial en caso de narcotráfico, terrorismo y trata de personas), impulsaron, junto a los compromisos internacionales asumidos por la Nación Argentina, la legislación sobre el tópico tratado.

---

<sup>1</sup> El artículo 193 CPPN fija la expresamente la finalidad que el legislador le asigna a la instrucción penal, indicándose en su inciso 1 que la averiguación de la existencia del hecho delictuoso se alcanzará mediante las *diligencias conducentes*.

Si bien el texto legal vernáculo presenta, a criterio de los algunos juristas del fuero, algunas deficiencias (algunas de las cuales serán relevadas), mi propósito es evaluar, a la luz de los principios constitucionales y aquellos que gozan de tal carácter, la incidencia que el testigo “oculto” posee en la conculcación de la defensa en juicio del imputado y cómo se podría compatibilizar ambos universos. A los fines del cotejo, se revisará la implementación de estas modalidades en legislaciones comparadas.

Se observará que la búsqueda del balance de los intereses en danza difícilmente pueda hallar un punto óptimo de articulación, debiéndose inclinar el Estado necesariamente por uno en insorteable detrimento de otro según la política criminal coyuntural que se cierne en determinada época. En esta era, desde la reacción estatal frente a la delincuencia organizada, se erige el paradigma del *aggiornamento*, que pugna, en puridad, por la flexibilización de las garantías del imputado.<sup>2</sup>

Sin perjuicio de las protecciones de índole normativa local e internacional, frente a la constatación fáctica de la -muchas veces usual- manipulación de testigos y de los atentados perpetrados en la persona de éstos, en un contexto de aguda violencia de grupos de poder y el arraigo de la corrupción, se hace manifiesta la necesidad de controlar la ejecución eficaz de los diferentes dispositivos cuya maximización, como se verá, guardan proporción directa con la mengua de los derechos del procesado o del sujeto investigado en las instancias preparatorias.

---

<sup>2</sup> Esta moderna visión es sostenida por diversas propuestas doctrinarias, todas ellas dirigidas a la intensificación y adaptación de los mecanismos investigativos a las nuevas formas de “perfeccionamiento” criminal.

## **2. La regulación supralegal.**

Los instrumentos incorporados por conducto del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional establecen pautas genéricas cuya tésis ha sido receptada, en la órbita interna y en vista de las consideraciones consignadas en el punto precedente, como manda directriz que compromete a los Estados signatarios a la custodia (entendida ésta con amplitud semántica) de los testigos cuya actuación en el marco investigativo pudieran significar un peligro cierto para su integridad física.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5.1 establece que *"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral."* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9.1 dispone que *"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."*

A la sazón, los artículos 1.1 de la CADH y el 2., apartados 1 y 2, del PIDCP obligan a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos y garantías reconocidos y consagrados en los respectivos instrumentos internacionales.

Esta matriz, no obstante su abstracción, fija el rumbo que debe inspirar la legislación y guiar la conducta de los Estados parte.

La *"Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, en el inciso "d" del artículo 6, expresa que *"Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:...* d) *Adoptando medidas para minimizar las*

*molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares **y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.***”

Con mayor inclinación exhaustiva, la regla 87 del “Reglamento de Procedimiento y Prueba para la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal”<sup>3</sup>, prescribe que *“La Sala, **previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo** o de una víctima o su representante legal, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, **ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo.** La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella... 3. La Sala podrá celebrar una audiencia respecto de la solicitud presentada con arreglo a la subregla 1, la cual se realizará a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre; **esas medidas podrán consistir, entre otras, en que:** a) El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala; b) Se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero; c) El testimonio se preste por medios electrónicos u*

---

<sup>3</sup> Reglamentación que carece de operatividad en el orden interno pero que reconoce en el foro internacional al crimen organizado como nuevo sujeto del derecho penal que merece tratamiento especial. El estudio de esta forma de delincuencia, que en la actualidad es un flagelo instalado a nivel mundial, rebasa el interés de este trabajo en tanto no se ligue a la actuación de las figuras procesales analizadas, por lo que no desarrollaré la génesis y características de dicha forma criminal, abundando estudios al respecto.

*otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz; d) Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o e) **La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada.***

**3. Las modalidades previstas en la legislación vernácula en relación a los delitos de producción, tráfico y comercialización de estupefacientes y su introducción al país. La figura del "arrepentido" en las leyes 23.737, 25.241, 25.744 y 26.364.**

Puesto que este tópico ha sido largamente tratado por numerosos autores, considero conveniente mencionar las características salientes de cada instituto de incumbencia procesal para, especialmente, realizar algunas objeciones en cuanto a su naturaleza y regulación, parangonando a su vez la situación argentina con la de algunos países que prevén en sus sistemas legales las modalidades estudiadas, siendo nuestro objetivo, como se explicó anteriormente, confrontar estas formas investigativas, con las exigencias que el debido proceso imponen a favor del procesado.

Esta legislación especial será abordada en primer término por contener la totalidad de las figuras a analizar, esbozando de tal modo las propiedades de cada instituto, sin perjuicio de revisar luego otras leyes que también contemplan dispositivos análogos.

La ley 23.737 de Estupeficientes y Psicotrópicos<sup>4</sup> contempla la figura del **arrepentido (artículo 29 ter), el agente encubierto (artículo 31 bis), el testigo de identidad reservada (artículo 33 bis) y la denuncia con reserva de identidad (artículo 34 bis)** el en orden a dotar de eficiencia al combate contra las grupos dedicados al narcotráfico.

El artículo 29 ter incorpora beneficios para aquel imputado por cualquier delito contemplado en la ley de estupeficientes o el artículo 866 del Código Aduanero<sup>5</sup> que brinde información significativa sobre la identidad de otros partícipes del tráfico ilícito de estupeficientes, o que permita el secuestro de sustancias, bienes o cualquier otro tipo de activos provenientes de los delitos previstos en la ley especial. De acuerdo a la relevancia de la información que aporte a la causa, el beneficio que la norma otorga oscila desde la reducción de la pena a la mitad hasta la eximición de la misma, sea *"durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación"*. Esta es la figura que doctrinalmente ha sido caracterizada como el "arrepentido" (en rigor, no se requiere un arrepentimiento –auténtico o fingido, puesto que al imputado solo le basta brindar información relevante a los efectos de obtener el beneficio) , siendo la persona que habiendo incurrido en la comisión de delitos vinculados a estupeficientes, *a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación. b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley.*<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Boletín Oficial 11/10/1989. Nos interesa particularmente las reformas introducidas por la ley 24.424 (B.O. 09/01/1995)

<sup>5</sup> Este artículo, mediante expresa remisión a los artículos 863 y 864 del mismo cuerpo legislativo, sanciona el contrabando de estupeficientes (su importación, exportación, etcétera, en cualquier etapa de su elaboración) con pena de prisión de 3 a 12 años, agravándose la pena en los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 866.

<sup>6</sup> *"La forma de expresión de la ley, separándolas en párrafos distintos y desvinculados entre sí, permite concluir en que se trata de situaciones diferentes previstas alternativamente, de modo que la*

Esta figura amerita un delicado tratamiento judicial y una indubitada constatación de la voluntariedad del reconocimiento efectuado por el imputado, descartando certeramente que la confesión del hecho no procede de una coacción por parte del Estado, práctica usual en los ciertos estados de los Estados Unidos, donde las atribuciones de los investigadores (cuerpo policial) poseen un espectro mas amplio que el nuestro. Resulta esencial que el imputado se encuentre en acabado conocimiento del contenido y consecuencias de su reconocimiento. *“En lo que al arrepentido respecta, el reconocimiento de la culpabilidad se nutre de una negociación explícita la cual debe estar rodeada de diversos requisitos. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido que la admisión de la culpabilidad por parte del acusado dependía de la comprensión de los elementos de la ofensa y las consecuencias de ese reconocimiento porque eran requisitos necesarios que conformaban la elección voluntaria por parte del imputado, recordando la recomendación de las reglas federales en cuanto a que el juez debe dirigirse personalmente al acusado a fin de determinar si su reconocimiento era voluntario con la debida comprensión de la naturaleza del cargo y sus consecuencias Mc Carthy c. United States 394. U.S. 459.1969).”<sup>7</sup>*

En oposición al acogimiento de esta figura, como se verá mas adelante, se sostiene que la declaración del imputado en tanto admisión de la comisión del injusto trasunta una violación a la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo (arg. art. 18 CN). Entiendo que esta

---

*comprobación de cualquiera de ellas, o de ambas, habilita el tratamiento punitivo benéfico o la exención de pena, en su caso, que la disposición establece. (Voto del Dr. Hornos). Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Registro n° 3451.4. “Moray, José Mario s/recurso de revisión”. 20/06/01. Causa n° 2400. La Sala III, in re “Alvarez, Gerardo Juan s/recurso de revisión”, en fallo del 20/02/04, Causa n° : 4668, ha declarado procedente el recurso de revisión en los términos del artículo 479, inc. 4° del C.P.P.N. cuando se conociera información brindada por el entonces imputado posterior a la condena.*

<sup>7</sup> Baez, Julio C., publicado en Sup .Act. 21/08/2003, 1, La Ley.

cuestión, desechada que sea la presencia de coacción sobre el sujeto, pierde entidad y la discusión debería alojarse en todo caso en la órbita de la discusión axiológica, en lo que llega a la ética estatal y a la ponderación de la “negociación” que el Estado realiza con el delincuente, ofertando una “quita punitiva” a cambio de una actitud delatora. Opino que esta sería una problemática que se encuentra en el continente de la ética normativa y en tal campo habrá de ser ventilada y reflexionada con amplitud que la temática requiere.

Desde luego, las circunstancias particulares que rodeen la delación y la determinación de su validez reposan sobre la valoración que el juez haga de los dichos del incuso, máxime teniendo presente que si bien este instrumento decanta de la puesta en marcha de una política criminal enderezada a la averiguación de hechos de relativa a alta complejidad en lo atinente a su estructura criminal, no debe soslayarse que el imputado en definitiva persigue la exención o al menos la reducción de la punición, independientemente de la existencia de un autentico arrepentimiento. De interesar solo la retractación, las mermas punitivas carecerían de sentido.<sup>8</sup>

Asimismo, opino que debería apreciarse con criterio casuístico las particularidades de cada caso a los fines de la correcta gradación e imposición de pena.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> *“Si partimos de la base que el injusto ya se ha cometido, o se está cometiendo, el aporte de información se vincula más con la exención que con su ánimo. Por ello, la figura del arrepentido nada tiene que ver con el desistimiento regulado en el art. 43 de C.P. Este es un “puente de plata” que se otorga al delincuente que está desarrollando el injusto... Al analizar la figura del delator judicial, la situación de arrepentimiento aparece de la realidad introspectiva, ya que cuando exterioriza la confesión que vierte al delator poco le importa lo extrínsecamente disvalioso de su accionar sino que su finalidad primaria es la reducción de la pena.”*Baez, ob. cit.

<sup>9</sup> En un reciente caso (05/08/2013), una persona largamente investigada por la División Toxicología de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, tras ser su morada allanada y detenido el mismo, en el marco de la causa que se le siguió por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay, reconociendo su responsabilidad penal acordó un juicio abreviado por dos años de prisión en suspenso en virtud de haber aportado diversos datos acerca de los integrantes de la banda dedicada a la venta de drogas ilícitas. Ello a instancia de la propuesta efectuada por el mismo Juez de la causa.

Otras manifestaciones legislativas de la figura del arrepentido las hallamos en **las leyes 25.241 (contra el terrorismo) y 25.744**, modificatoria de los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal. Si bien no se subsumen en la materia del acápite, las mencionaremos aquí por resultar equivalentes o equiparables a la figura del artículo 29 *ter* citado y merecer iguales reparos.

En lo atinente a la primera, la que reputa hecho de terrorismo, por remisión expresa de su artículo 1, a las acciones realizadas con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

El artículo 2 prevé que *"podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración."* A su turno, el artículo 3 prescribe que *"En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces."*

Como se observa, la estimulación se dirige a aquellas personas que, sea en virtud o no de un genuino "arrepentimiento", colaboren con el aporte de *información esencial* (cuya interpretación quedará delegada al criterio judicial) al éxito de la investigación y/o de la evitación de la perpetración o continuación de la ejecución de los hechos delictivos que la norma contempla. Dado el tenor del texto legal, y sin perjuicio de las posibles consecuencias diferenciales en cuanto a los montos punitivos, la ley guarda identidad con la figura del arrepentido del artículo 29 *ter* de la ley 23.737.

Discurridos tres años de la sanción de la ley 25.241, y en razón del singular incremento de los *secuestros express* a inicios del nuevo milenio, fueron modificados los artículos 142 bis y 170 del Código Penal, beneficiando con la reducción de un tercio a la mitad de la pena al partícipe de los delitos de extorsión y secuestro extorsivo que, desvinculándose de los otros, colabore para que la víctima recupere la libertad, sin que ese resultado sea la consecuencia del pago del rescate. La ley 26.364 también insertó, como resultado de una política criminal aumentativa de las penas en forma asistemática e irreflexiva, mediante el artículo 41 *ter* del código de fondo reducciones de pena (de un tercio del máximo y la mitad del mínimo) para los encubridores y partícipes de los delitos de secuestro o secuestro extorsivo que "*proporcione información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentre privada de libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores*", u otros datos sobre el hecho<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Al igual que sucede con todo arrepentido, en estos casos el "delator" deberá suministrar la información en el marco del proceso (o antes, pero asumiendo responsabilidad penal), por lo que su declaración variará de ser un acto de defensa a un medio de prueba a través de una confesión, lo que vulnera el debido proceso, tal como se señaló anteriormente. Esta apreciación es expresada, entre otros como se verá, por Daniel José Cesano, en su obra "*La política criminal y la emergencia*"..., págs. 74 y sgtes.

Si bien este cuadro normativo pertenece al campo de la legislación de fondo, resulta de nuestro interés en función del directo impacto procedimental que posee el acogimiento de los partícipes o encubridores a este tipo de beneficios, habida cuenta que en razón de tal actitud, como se analiza en este trabajo, dichas personas podrán ser eventualmente testigos cuya identidad sea reservada (afectándose garantías constitucionales en detrimento del imputado) o respecto de quienes el Estado se encuentra obligado, por medio de organismos que se verán mas adelante, a prestarles protección, lo cual incide en la caracterología que al proceso se le imprimirá.

Apuntada así la necesidad de explorar el mapa normativo que dispensa especial trato a los imputados arrepentidos y testigos de cierta clase de delitos, por último es dable anotar la reciente ley destinada a la **prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, ley 26.364,<sup>11</sup>** la que en la parte pertinente de su artículo 6 garantiza a las víctimas: *“f) Recibir protección eficaz frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, quedando expeditos a **tal efecto todos los remedios procesales disponibles a tal fin. En su caso, podrá solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764; ... i) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado.”*** Finalmente, el artículo 8 dispone que *“se protegerá la privacidad e identidad de las víctimas...Las actuaciones judiciales serán confidenciales. Los funcionarios intervinientes **deberán preservar la reserva de la identidad de aquellas.”***

La especial condición de sometimiento e indefensión en que se hallan las víctimas de este tipo de crímenes vejatorios, añadido a la corriente situación de desprotección y vulnerabilidad, sugieren extremar las medidas en

---

<sup>11</sup> El texto original, publicado en Boletí Oficial el 30/04/2008 fue modificado por la ley 26.842, de diciembre de 2012.

estos casos, brindando una cobertura integral de la víctima; en la órbita estrictamente procesal, la intervención judicial de las personas afectadas recomienda su reducción en el mayor grado posible en resguardo de la integridad psicofísica, lo que halla correlato en la mengua de la posibilidad de que el imputado y su defensa ejerzan un efectivo contralor de la prueba colectada, especialmente la testimonial.

En cuanto al **testigo de identidad reservada y a la denuncia con reserva de identidad**, la incorporación del artículo 33 bis por parte de la ley 24.424 a la ley 23.737, integró la siguiente previsión: *"Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la 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. Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación."*

Por su parte, el artículo 34 bis, de igual alcurnia, reza: *"Las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrá en el anonimato."*

Los efectos de la incorporación al proceso de un testigo de identidad reservada se analizarán mas adelante en conjunto con la situación del agente encubierto.

En lo que respecta a la singularidad de la denuncia anónima, cabe destacar que si bien excepciona al principio que se desprende de la articulación de los artículos 175, 175 bis y 176 del CPPN (los que imponen la identificación

del denunciante, debiendo éste firmar el acta de denuncia, en especial para determinar ulteriores responsabilidades por falsa denuncia, artículo 245 del Código Penal, así como para determinar si existe o no prohibición para denunciar) en razón de la regla *lex specialis* a mi criterio la antinomia sería salvada por la excepción prevista en la esfera de la ley de estupefacientes. No obstante, la dudosa constitucionalidad de la reserva de identidad en la denuncia anónima es avistada por diversos autores. En procura de dotar de coherencia al sistema y equilibrar la disponibilidad de armas, se considera que este tipo de denuncias no constituye prueba o, al menos, no puede calificarse de prueba bastante, como sucede con cualquier denuncia despojada de respaldo. En tal caso, la denuncia anónima podrá motivar la apertura de la investigación, operando como *notitia criminis*. Hay quienes incluso opinan que carece de todo valor probatorio y no puede calificarse de prueba directa ni indirecta, no pudiendo tampoco ser incorporada por medio de dicho de terceros.<sup>12</sup>

En esta última tesis se enlista Cafferata Nores, indicando que *"El grado de clandestinidad de esta figura es insoportable frente a nuestro sistema constitucional -Constitución nacional y pactos incorporados con su misma jerarquía (art. 75, inc. 22)- ya que ningún valor probatorio puede tener un testimonio prestado en semejantes condiciones, por ser expresamente violatorio del art. 8, ap. 2, inc. f, de la C.A.D.H. y del art. 14, ap. 3, inc. e, del P.I.D.C.P."*<sup>13</sup>

En otra obra, el autor señala que si bien en los casos de acción pública, perseguible de oficio, los órganos de la persecución penal está

---

<sup>12</sup> Julio C. Velez, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Cartapacio, número 2, *"Denuncia con reserva de identidad y testigo de identidad reservada"*. El criterio dominante a nivel local e internacional pareciera ser aquel que considera violatorio de la defensa en juicio, mas habrá que analizar en cada caso el margen de control que posee la defensa del testimonio e identidad del testigo de cargo, pudiendo o debiéndose prescindir en ciertas ocasiones del testimonio prestado en la etapa instructoria con reserva de identidad. En igual sentido Javier A. De Luca, "Denuncia Anónima", publicado en La Ley el 9 de agosto de 1991.

<sup>13</sup> José I. Cafferata Nores, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, tercera edición, págs. 113 y 227.

obligados a iniciarla, mas ello no significa que el medio o la noticia que el medio contiene pueda ser ilegal. Aprovechar la ilegalidad para iniciar la persecución del delito es tan inadmisibile como aprovechar la ilegalidad para intentar probar su comisión<sup>14</sup>

Nuestro Máximo Tribunal Federal declaró la nulidad de una intervención telefónica (absolviendo al imputado por delito de tráfico de estupefacientes) a los fines de confirmar una denuncia anónima toda vez que el juez de la causa no expresó las razones fundantes de la medida ni remitió a elemento objetivo alguno que abastezca una mínima sospecha razonable. Indicó la Corte Suprema en tal pronuciamiento que la mencionada medida resultó contraria a los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional y a los artículos 11, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y 17, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tras establecer que la irrupción en la órbita de la esfera íntima de las personas no puede emerger de meras afirmaciones anónimas.<sup>15</sup>

#### **4. La controversial figura del agente encubierto.**

La citada ley 24.424, modificatoria de la ley 23.737, introdujo diversos dispositivos y medios probatorios siendo esencial y consecuentemente, regulaciones de orden procedimental. En lo que alcanza al tópic de este apartado, la intervención y funciones del agente encubierto (AE) se encuentran regladas en los artículos 31 *bis* a 31 *sexties*.

El primero define en qué clase de delitos actuará el AE, expresando que "*durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866*

---

<sup>14</sup> "La denuncia anónima o tareas de inteligencia", Suplemento de Jurisprudencia Penal, La Ley, 28 de febrero de 1997, pág. 28.

<sup>15</sup> "Q., J.C.", del 31/08/2010, Publicado en Revista La Ley del 13/10/2010, pág. 5.

*del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios”, el juez podrá, por resolución fundada, disponer que agentes encubiertos se introduzcan en organizaciones delictivas dedicadas a la comisión de los delitos previstos en la ley o incluso “participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero”;* vale decir, el juez puede disponer que el agente delinca.

Esta fórmula normativa ha sido por algún sector de la doctrina repudiada por su ambigüedad. En general se entiende que la ley requiere un principio de ejecución del hecho punible (“comprobar la comisión de algún delito” o impedir su consumación”), reputándose sin embargo de interpretación restrictiva su procedencia. En relación a los actos preparatorios, para habilitar la participación del AE deberían hallarse los mismos legalmente tipificados, pues de no ser así y alojarse una supuesta voluntad delictual exclusivamente en el ámbito interno del individuo, tal designio mantendría impune<sup>16</sup>.

Esta solución, por otra parte, es la más congruente con la apertura del texto del artículo 31 bis, la que faculta al juez (cuya resolución ha de ser suficientemente fundada) a servirse de la actuación de un AE *“Durante el curso de una investigación”*, lo que implícitamente impone la necesidad de la existencia de al menos un grado de sospecha basal acerca de la comisión del delito.

La naturaleza excepcional<sup>17</sup> de la implementación de este sistema investigativo decanta, a su vez, de la advertencia legal de que el AE intervendrá

---

<sup>16</sup> Así lo expresa Günter Jakobs, “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, segunda edición, Ed. De Gruyter, 1991, Berlín/Nueva York, pg. 703 y sgtes.

<sup>17</sup> Ratificada en diversos fallos, v.gr., CNCP, Sala I, Causa 1062, “N., M.A.”. Asimismo, se resalta la peligrosidad que reviste el cargo de AE para el propio agente: *“La develación de la identidad hace*

*"si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo"*  
(art. 31 *bis*).

En lo que atañe al ámbito de incumbencia de nuestro análisis<sup>18</sup>, debemos destacar que **"la designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad"**. Este mimetismo empleado en resguardo de la indemnidad de la investigación es el soterramiento mas conflictivo de la figura y el que mas distorsión produce en el espectro garantista que asiste al imputado.

El mismo artículo, a renglón seguido, prescribe que *"La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinquies."*<sup>19</sup> Éste, en su segundo párrafo, posibilita la adopción de las medidas de seguridad previstas en el artículo 33 *bis*, ya analizado.

En razón de la variada gama de delitos aglomerados en las previsiones de ley de estupefacientes, en lo concerniente a su texto, pienso que la regulación de las facultades del AE presentan vaguedades normativas derivadas de cierta falta de especificidad y adaptación a cada modalidad

---

*presumir iure et de iure el peligro de la seguridad personal del agente, por lo que incumbe al Tribunal que lo citó hacerle saber, inmediatamente, que tendrá derecho a permanecer activo o pasar a retiro."*

<sup>18</sup> Procuramos limitar el análisis de esta figura a la incidencia procesal que refleja, puesto que el articulado en vista contiene diversas regulaciones ligadas al derecho sustancial, las que exceden este trabajo.

<sup>19</sup> Debe notarse que si bien el agente encubierto podrá estar en juicio, tal como lo habilita este artículo, y ser interrogado por la defensa técnica del imputado, lo que sanearía la inicial ocultación de la materia probatoria, opino que éste artículo simultáneamente restringiría las facultades de la defensa, toda vez que de concurrir los extremos del artículo 31 quinquies y 33 bis de la ley 23.737, la identidad del testigo quedaría nuevamente enmascarada, privando el control de la defensa de la prueba de cargo.

delictual<sup>20</sup>. Esto podría conducir a interpretaciones ampliamente abarcativas en cuanto a la conveniencia de la utilización de AE en la averiguación de ciertos delitos menores, desvirtuándose la utilización de este medio excepcional y descargando sobre el imputado una fuerte intromisión estatal en detrimento de sus derechos.<sup>21</sup> Al ser el AE un mecanismo probatorio de tipo excepcional, considero que la extensión temporal de su actuación debe ser reducida, restringida únicamente a la ejecución de las tareas de campo estrictamente necesarias y suficientes.

La minuciosidad de la orden judicial debería explicitar detallada y taxativamente los límites de actuación del “espía”, en orden a evitar excesos por parte de los agentes intervinientes y la ulterior invalidez de su proceder<sup>22</sup>. En los casos de allanamientos a moradas esta cuestión se vuelve intrincada, puesto que los eventuales abusos o extralimitaciones podrían derivar en la comisión de otros delitos, como la violación de domicilio por parte de funcionario público (arg. Art. 151 CP); en definitiva, habrá que estarse a las particularidades del caso, puesto que en principio el agente actuaría bajo una causa de justificación que lo eximiría de sanción (arts. 151 y 34, inc. 4 CP<sup>23</sup>). Con todo, no debe soslayarse que la inviolabilidad del domicilio es una garantía

---

<sup>20</sup> Cabe apostillarse que los proyectos de la Cámara de Senadores propiciaban la aplicación de esta técnica investigativa a todo tipo de delitos, en tanto que los proyectos que prevalecieron, los de la Cámara de Diputados, contemplaban la actuación del AE solo para los casos de narcocriminalidad

<sup>21</sup> La injerencia estatal mediante el empleo de una figura como la del AE, sumamente encriptada, procesalmente enigmática, debería guardar proporción con la magnitud del delito investigado. En este sentido cobra especial relevancia la suficiencia y solidez de la justificación que el Juez imprime a su decisión de accionar este riesgoso mecanismo (tanto para el sospechoso como para el incógnito operador).

<sup>22</sup> Existen pronunciamientos contrarios a esta opinión, flexibilizando la exigencia de motivación de la resolución que dispone la designación de un AE. ... “*la exigencia de la motivación en los términos del artículo 123 C.P.P., no implica necesariamente que el juez que durante el trámite de una investigación decreta una medida, deba volcar en la providencia una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lo llevó a resolver en un determinado sentido, ni a enumerar en detalle las circunstancias fácticas... El requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide suficiente para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnaciones que se pudieran plantear*” CNCP, Sala II, Causa 1569, reg. 2591, “G.M., R.E.”, del 03/06/99, voto del Dr. Madureño). En igual sentido CNCP, Sala IV, causa, 592, reg. 938, “S.V. (11/09/99), entre otros.

<sup>23</sup> También se opina que el AE actúa bajo de una excusa absoluta, siendo su conducta típica, antijurídica y culpable.

de raigambre constitucional (art. 18) y que su reglamentación debe acogerse a las estrictas mandas procesales (arts. 224 y sgtes. CPPPN y art. 28 CN).

Otra vertiente que confluye problemáticamente en el caso del desempeño de agentes encubiertos, alcanza a la prohibición de obtener la autoincriminación por medios coactivos o despojados de las formas procesales que nuestro ordenamiento adjetivo admite como válidas (artículo 18 CN). En este sentido, las declaraciones obtenidas en el marco de conversaciones informales, miméticas a un interrogatorio, carecerán de todo valor probatorio por encontrarse desprovistas de las garantías procesales que nuestro Estado de Derecho provee a todo ciudadano en el continente del proceso penal ("*asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación*").<sup>24</sup> La posibilidad de utilizar la información obtenida por medio de los AE no resulta un elemento de entidad autosuficiente como para constituir una fuente convictiva de una sentencia condenatoria, habida cuenta que la misma fue recogida mediante la estratagema del engaño, sin cuya mediación el sujeto no habría brindado la misma.<sup>25</sup> Sin embargo, esta posición no es pacífica, considerándose en otros ámbitos doctrinarios que el principio constitucional debe ceder contingentemente ante la extrema complejidad que presentan las estructuras delictivas dedicadas al narcotráfico, lo cual justificaría la flexibilización (el sacrificio) de las garantías del sujeto investigado; este círculo de pensamiento le otorga calidad de medio probatorio a las declaraciones colectadas de este modo, mas se repara en que este tipo de confesión debe complementarse con los restantes elementos recabados en la causa<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Conf. Julio Maier, "Derecho Procesal Penal Argentino", Ed. Hammurabi, Bs. As., 1989, pg. 436

<sup>25</sup> Conf. Jorge Raúl Montero (h), pág. 7 y sgtes

<sup>26</sup> Según la fuente jurisprudencial consultada, las posturas oscilan entre atribuirle a la declaración del AE valor de indiciario y valor de prueba no suficiente, pero válida y virtuosa cuando cse halle anudada a otros elementos de prueba. Los pronunciamientos examinados me llevan a concluir que la validez y/o entidad incriminatoria de esta clase de prueba dependerá de cómo se insertó la misma en el proceso y cuál fue la amplitud del control de la defensa, debiendo valorarse cada caso según sus características.

La confidencialidad de la información brindada por el AE, la que de acuerdo al artículo 31 *bis* debe ser puesta de inmediato en conocimiento del juez, es otra de las características que erosiona sensiblemente el panel de garantías que integra el derecho de defensa del imputado; es por ello que considero que debe privar el criterio que impone el infranqueable deber de poner en conocimiento del encausado los elementos incriminantes obrantes en el legajo en el marco de la indagatoria, bajo apercibimiento de adolecer tal acto procesal de nulidad<sup>27</sup>. Sin embargo, esta tutela a los derechos del imputado debe compatibilizarse con la "irreconciliable" labor proteccionista que debe orientar al Tribunal a fin de resguardar la integridad del agente. Esta colisión entre derechos será analizada mas adelante, al examinar los criterios fundantes de cada bloque normativo y sus efectos respecto de cada parte en el proceso.

### **5. La reglamentación específica en materia de protección de testigos e imputados. La ley 25.765 y el decreto 2.475/06.**

Primigeniamente, en orden a reglamentar las previsiones del artículo 33 *bis* de la ley 23.737 (cuya exigua redacción para el tratamiento a una cuestión tan compleja demandó una regulación particular), el 09/03/1998 se dictó el Decreto 262/98, el que en su artículo 1 informa que: "*Crease en el ámbito de la SECRETARIA DE JUSTICIA del MINISTERIO DE JUSTICIA, la OFICINA DE PROTECCION DE TESTIGOS E IMPUTADOS - Ley Nº 23.737 -, la que coordinará la totalidad de los aspectos cuya gestión ha sido encomendada a dicha jurisdicción por el artículo 33 bis de la Ley Nº 23.737*"...<sup>28</sup>

Integra en colaboración de la implementación del sistema a los Ministerios del Interior y de Trabajo y Seguridad Social y la Secretaría de

---

<sup>27</sup> Paralelamente, se sostiene que el Ministerio Público debe estar notificado del nombramiento del agente encubierto, sin perjuicio de que no tenga acceso a la información que hace a su identidad. Ello en virtud de las facultades que le otorgan los artículos 198 y 203 del CPPN.

<sup>28</sup> La provincia de Córdoba también cuenta con esta clase de oficinas.

Desarrollo Social, los que “atenderán los requerimientos que...efectúe el MINISTERIO DE JUSTICIA.”

Encomienda, en su artículo 5<sup>29</sup>, a los sendos ministerios según su competencia que cumplimenten una serie de acciones que comprenden: "a) *MINISTERIO DEL INTERIOR: a.1. Proveer las medidas de seguridad necesarias para la protección de la integridad física de los protegidos y en su caso, de su grupo familiar conviviente; a.2. Proveer la documentación necesaria para el establecimiento de una nueva identidad. b) MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: b.1. Asistir a la persona en la obtención de un trabajo; b.2. Proveer otros servicios necesarios para asistir a la persona con el fin de que se vuelva autosuficiente. c) SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL de la PRESIDENCIA DE LA NACION: c.1. Proveer de casa habitación a la persona protegida y, en su caso, a su grupo familiar conviviente; c.2. Proveer transporte para el mobiliario y bienes personales en el caso de traslado a una nueva residencia.*"

Estas actividades guardan correlato con las mandas y parámetros constitucionales e internacionales antes vistos y con aquellos que se repasarán mas adelante en el marco del Derecho Comparado.

Sin embargo, la evolución legislativa expuesta en los puntos anteriores, la que fue profundizando y sectorizando la regulación normativa en acople a los progresos de la práctica criminal, mostró impotente en términos de recursos y de capacidad de respuesta al organismo administrativo creado, por lo que en aras de integrar y coordinar la tutela a las diferentes víctimas, testigos e imputados de los diversos cuadros procesales en el año 2003 se elaboró el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, el que mediante la ley 25.764 buscó aglutinar la cobertura a los diferentes sujetos

---

<sup>29</sup> Las medidas previstas no resultan taxativas, sino orientativas, mencionando la ley las mas comúnmente utilizadas.

afectados, "destinado a la ejecución de las medidas que preserven la seguridad de imputados y testigos que se encontraren en una situación de peligro para su vida o integridad física, que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal relativa a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación y los previstos por las Leyes 23.737 y 25.241." , incluyéndose una suerte de clausula de subsidiariedad contemplando que "a requerimiento de la autoridad judicial, el ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos podrá incluir fundadamente otros casos no previstos en el párrafo anterior cuando se tratare de delitos vinculados con la delincuencia organizada o de violencia institucional y la trascendencia e interés político criminal de la investigación lo hagan aconsejable." (art. 1).<sup>30</sup>

La ley requiere la concurrencia de diversos recaudos para la procedencia de las medidas a adoptarse: a) *Presunción fundamentada de un peligro cierto para la integridad física de una persona a consecuencia de su colaboración o declaración relevante en una causa penal;* b) *Interés público trascendente en la investigación y juzgamiento del hecho en razón de su grado de afectación social;* c) *Validez, verosimilitud e importancia del aporte de la persona cuya protección se requiere para la investigación y juicio penal correspondiente;* d) *Viabilidad de la aplicación de las medidas especiales de protección;* e) *Adaptabilidad de la persona a las medidas especiales de protección"*, requiriéndose el consentimiento de la persona inmersa en el programa.

En correspondencia con los antecedentes legislativos citados, la ley prevé que las medidas a tomarse pueden consistir en: " a) *La custodia personal o*

---

<sup>30</sup> En los años 2003 y 2008 se presentaron proyectos de reforma en la Cámara de Diputados, proponiéndose la ampliación de la cobertura hacia los querellantes y a las víctimas de delitos violatorios de derechos humanos cometidos durante la última dictadura militar en el primer caso y hacia víctimas de delitos de lesa humanidad en el segundo caso (18/11/2003 y 04/06/2008). Esta disposición "residual" permitiría la aplicación de los mecanismos de la ley a los testigos comprometidos en caso de delincuencia organizada.

*domiciliaria; b) El alojamiento temporario en lugares reservados; c) El cambio de domicilio; d) El suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona beneficiaria se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios. En ningún caso la asistencia económica se otorgará por más de seis (6) meses; e) La asistencia para la gestión de trámites; f) La asistencia para la reinserción laboral; g) El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar.” (art. 5).*

A mas de los rigurosos requisitos objetivos de procedencia<sup>31</sup>, los cuales persiguen alcanzar sobrada certidumbre acerca de la conveniencia de la aplicación del instituto, se impone como condición inexcusable para la admisión y permanencia del sujeto beneficiario, entre otras, la obligación de *"Someterse, en caso de ser necesario, a los exámenes médicos, psicológicos, físicos y socioambientales que permitan evaluar su capacidad de adaptación a las medidas que fuera necesario adoptar"* (art. 6, inc. "b"), procurando afianzar la convicción de la necesidad efectiva de recurrir a los mecanismos del sistema; entiendo que hacia tal objetivo se dirige el conjunto de obligaciones que se le imponen al beneficiario, operando como una suerte de aval en la evitación del abuso de la invocación de la protección estatal.

Las medidas son amplias y ajustadas a cada situación particular, pudiendo disponerse durante y después de la declaración del testigo, mas a diferencia de las previsiones legales examinadas en los puntos anteriores, las

---

<sup>31</sup> Éstos deberán evaluarse con criterio riguroso atento el menoscabo sufrido por las garantías el derecho de defensa del imputado. Asimismo, no debe soslayarse que la adhesión del sujeto protegido a este sistema repercute profundamente en el modo de vida del interesado, de su grupo familiar y de relación.

previsiones contenidas en las reglamentaciones en vista se dirigen casi esencialmente a la tutela extraprocesal del testigo, y no se vinculan a la forma en que los mismos ejecutan los diferentes actos procesales, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, con la reserva de identidad, bien sea en la denuncia o en el proceso, así como respecto del caso de las características “enigmáticas” que asume el agente encubierto<sup>32</sup>.

Tal como se expresó anteriormente, las facultades de que dispone el Tribunal en punto a la modalidad que en concreto asuma respecto al concreto acto de declaración testimonial (v.gr., declaración por medios audiovisuales o sin la presencia del imputado, a fin de evitar posibles intimidaciones), deberán ser cautelosamente analizadas pues serán susceptibles de eventuales impugnaciones según su magnitud.

Mas tardíamente, con motivo de los juzgamientos a represores de la última dictadura militar y, en especial, con la desaparición del testigo Julio López, la provincia de Buenos Aires, mediante el decreto 2475 del 21/09/2006, dictó el Programa de Vigilancia y Atención de Testigos en grado de Exposición. Concretamente, con un mayor grado de especificidad, este programa se encuentra destinado a *“testigos que en razón de la importancia de sus declaraciones como prueba relevante de cargo en procesos penales ante el Fuero Federal, objetivamente puedan encontrarse en una situación de peligro”* (art 1)... *“y que, además, declaren en procesos en etapa de juicio en que ex represores militares o policiales son investigados y/o juzgados.”* Vale decir, el decreto restringe el ámbito de aplicación territorial y en razón de la materia.

---

<sup>32</sup> Se entiende que los efectos de esta ley también alcanzan al “arrepentido”, al agente encubierto y a las víctimas de trata de personas.

Consiste en proveer "a cada testigo un dispositivo de seguimiento informático que suministre en forma continua su geo-referencia, con alerta de pánico. El Programa brindará igualmente, un teléfono celular que permita la comunicación las 24 horas con un Centro de Monitoreo. También ofrecerá asesoramiento y mejoramiento de las condiciones de seguridad del lugar de residencia permanente del testigo."

Esta particular regulación local, dada su cualidad eminentemente focalizada en la custodia del testigo, no posee incidencia en el campo procesal y por ende no profundizaremos.

## **6. El amparo de víctimas y testigos en el Derecho Comparado. Reseña<sup>33</sup>.**

En este apartado se presentarán algunas de las regulaciones que sobre la materia tratada en este trabajo prevén legislaciones foráneas dirigidas combatir el estado de vulnerabilidad en que se encuentran los testigos y víctimas de delitos inscriptos en el crimen organizado, en especial los actos de narcotráfico, secuestro y sus delitos conexos.

Uno de los países cuyas fronteras internas se encuentran fuertemente abatidas por el delito de narcotráfico lo protagoniza paradigmáticamente la sociedad mexicana.

Tal flagelo condujo a este Estado a consolidar la seguridad nacional como uno de los ejes de su política criminal, llegando a tutelarse la

---

<sup>33</sup> El material citado en este título, a mas del referenciado en cada caso particular, fue tomado de los trabajos "Protección de testigos contra la delincuencia organizada", Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, dirigido por el Lic. Gabriel Mario Santos Villareal (Subdirector de Política Exterior), México enero 2010, y de "Protección de Testigos, Análisis Comparado Entre México, Estados Unidos de América, Italia y México".

seguridad pública en forma expresa en la Carta Fundamental mexicana, mediante la modificación, con motivo de la reforma constitucional de 1994, del artículo 21 (párrafos quinto y sexto) y la facultad otorgada al Congreso de la Unión (art. 73, fracción XXIII), para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre el Distrito Federal, Federación, Estados y Municipios en materia de Seguridad Pública. El 02/01/2009 se dictó el decreto que expidió la Ley general del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la que circunscribió en línea con la actualidad constitucional del momento el concepto y alcance de la seguridad pública. También en el marco internacional, debe destacarse que en el año 2000 México firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, trascendida como la Convención de Palermo, la que en su artículo 24 contempla la protección de testigos<sup>34</sup>, permitiendo prohibir, total o parcialmente, revelar información relativa a la identidad o paradero del testigo<sup>35</sup>, establecer normas probatorias que permitan prestar testimonio a resguardo de su seguridad, por ejemplo, por medio de videoconferencias u otros medios tecnológicos adecuados. En el artículo 26, por último, se establece la posibilidad de mitigar la pena de aquellos testigos “arrepentidos”, en tanto presten cooperación sustancial para el progreso de la investigación<sup>36</sup>.

En el segmento intermedio de tiempo, en el año 1996, se publicó la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la que prevé en su artículo 34 el deber de la Procuraduría general de la República a prestar apoyo y protección suficiente a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre los delitos allí previstos, así se requiera. El artículo 14 prevé la reserva de identidad del testigo, sin perjuicio del derecho de las partes de interrogarlo.

---

<sup>34</sup> Se sugiere adoptar medidas apropiadas para proteger de manera eficaz a los testigos contra actos de represalia o intimidación. Esta Convención fue complementada por el Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de personas. México cuenta, en general, con legislación específica en materia de protección a funcionarios públicos (jueces, presidentes, etcétera) y su grupo familiar, incluso a los candidatos a cargos electivos.

<sup>35</sup> Se incluye a la víctima cuando ésta prestare declaración en carácter de testigo.

<sup>36</sup> Se corresponde con la figura del arrepentido de la ley 23.737.

Acompañando la evolución tratadista que se fue trazando en el plano internacional, en el año 2008 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos experimentó numerosas adiciones; en lo que aquí interesa, el sistema penal adscribió al sistema acusatorio y se instauraron varias garantías de protección a testigos.

El artículo 20, apartado "c", fracción V, párrafo segundo, impone al Ministerio Público el deber de garantizar la protección de las víctimas, los ofendidos y los testigos.

El párrafo primero de igual dispositivo constitucional, en su apartado "b" (fracción V), desagrega una excepción al principio acusatorio estableciendo que la publicidad postulada para todo juicio criminal podrá abandonarse, entre otros motivos, cuando por razones fundadas la divulgación de la identidad del testigo o la víctima ponga en peligro la seguridad de estos.

Este apartamiento de los principios generales del debido proceso, halla correlato en la expresa adjudicación de pleno valor probatorio a las declaraciones prestadas por testigos protegidos en los términos antes vistos, siempre que se trate de casos de delincuencia organizada (at. 20, ap. "b", párrafo segundo, fracción V). Se indica que la eficacia probatoria será conservada cuando las actuaciones recabadas en la investigación no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. No obstante, se reserva el derecho del imputado a objetar dichas probanzas incriminantes mediante la respectiva impugnación u ofrecimiento probatorio en contrario.

La consagración constitucional y protectoria analizada, involucra la facultad de incomparecencia del testigo a la audiencia de debate bastando su deposición frente al Ministerio Público, resguardando no obstante el derecho del inculcado a objetar tal medida.

La vastas previsiones constitucionales se nutren, en simétrica dirección, por las regulación prevista en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestros, reglamentaria del artículo 73 de la Constitución de los Estados Mexicanos.

El subsistema normativo comprendido entre los artículos 26 a 31 de dicha ley obliga al Ministerio Público a expedir programas de protección de personas, disponiéndose que los mismos serán confidenciales.

El capítulo VIII confiere varios derechos a las víctimas y testigos, entre los que se cuentan: estar los mismos en una sala distinta de aquella en la que se encuentra el imputado, rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificados dentro de la audiencia y, de solicitarlo, hacerlo por medios electrónicos.<sup>37</sup>

Por último, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 2, fracción II, impone el deber al Ministerio Público de arbitrar los medios necesarios para brindar efectiva protección a los testigos, remitiendo asimismo, en los casos de delincuencia organizada, a lo establecido por la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

En México la delincuencia relacionada al narcotráfico, imbuida de gran poder ofensivo y estrechos lazos con esfera del poder gubernamental, revela un ingente peligro para los testigos de cargo, quienes son frecuentemente amenazados, intimidados y en varias ocasiones asesinados<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Asimismo, se habilita a realizar careos por canales electrónicos. Esta modalidad también se halla prevista en el *"Manual de buenas prácticas para la protección de testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada"*, firmado en las Naciones Unidas con motivo del análisis del funcionamiento de los sistemas de protección en los países que sufren la amenaza del obrar delictivo a gran escala.

<sup>38</sup> Entre 1997 y 2009, testigos que oficialmente integraban los programas de protección, fueron asesinados. Entre ellos, Tomás Colsá McGregor, el comandante Jaime Olivera, el militar Humberto Capeletti, Jesús Zambada Reyes y Edgar E. Bayardo. En 2009 la cantidad de testigos incorporados al programa ascendía a 411 personas.

Esta violenta acometida redundaba habitualmente en el fracaso de los programas de protección de testigos.<sup>39</sup>

Otro de los factores que atentaban contra la fiabilidad del sistema es la ocultación o publicación parcial, en razón de la confidencialidad y la reserva judicial derivada de la implicancia de datos sensibles, de los resultados sobre la operatividad de los mismos<sup>40</sup>.

Al igual que en México, en los Estados Unidos de América la prueba testimonial reviste especial relevancia en el ámbito de las investigaciones criminales.

La legislación de dicho país es profusa. Entre las diversas normativas se destacan las siguientes: la Ley Integral de Control del Crimen de 1984, sustitutiva de la antigua Ley de Control del Crimen Organizado de 1970, ley pionera en materia de protección de testigos en el país; el Código de los Estados Unidos, Título 18, parte II (proceso penal), Capítulo 224, sección 3521; la excepción 7 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (05/2004), la que habilita a retener información policial en aras de proteger a los agentes; el oficio 1490.06, suscripto por el Director del *Federal Bureau Prisons* del Departamento de Justicia (23/05/2004), que establece un programa de protección para aquellos testigos que se encuentren en prisión; las Normas Federales del Proceso Criminal; el Manual de Recursos Penales, cuyo numeral 701 contiene un procedimiento de protección de testigos; la Guía dictada por el Fiscal General Adjunto en 04/01/2010; el Procedimiento 9-21.400 (Witness Security), que estipula los requisitos a cumplimentar para la obtención de la protección y la ratificación del 03/11/2005 por parte de los EEUU de la

---

<sup>39</sup> El sistema de protección de testigos mexicano ha sido duramente criticado por Lilia Mónica Lopez Benitez, ex magistrada, en *"Protección de testigos en el derecho penal mexicano"*, México, Editorial Porrúa, 2009, pg. 103.

<sup>40</sup> El modelo estadounidense opone la misma "coraza" a la información, no pudiendo conocerse públicamente en qué consisten las medidas de protección, los criterios administrativos de admisión, procedimientos, encargados de la ejecución, etcétera.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Al igual que en las naciones que sufren el flagelo del crimen organizado, tanto la normativización de los planes de protección así como la calibración de su ejecución fueron acompañando la dinámica operacional criminal. Las modalidades de la tutela son amplias (reubicación, otorgamiento de recursos económicos, etcétera); sin embargo, el acceso al programa contemplado en el procedimiento 9-21.400 presenta un riguroso examen de admisión que ciertamente dificulta la admisión (entrevistas con los miembros del United States Marshals Service, pruebas psicológicas y varias indagaciones preliminares). Se impone un exhaustivo y prolongado trámite burocrático administrativo que no conviene reproducir aquí.

El *US Code*, antes citado, le confiere al Procurador general amplias facultades para disponer el traslado del testigo y su familia; en lo que interesa a los fines del presente trabajo, el Fiscal General podrá negarse a revelar la identidad o ubicación de la persona o cualquier otro tipo de información relevante en función del peligro que reporte tal divulgación tanto al testigo como a la público.

Sin embargo, y a diferencia de lo que acontece en México e Italia<sup>41</sup>, la regulación estadounidense no prevé la recepción del testimonio de la persona protegida a través de medio tecnológicos.

---

<sup>41</sup> La ley 11 del 7 de junio de 1998, que regula diversos aspectos del proceso penal italiano, entre ellos la participación y examen de testigos, prevé en su artículo 1 la declaración del acusado o condenado a distancia cuando se verifiquen, v.gr., un riesgo para la seguridad pública, cuando se trate de juicios de significativa complejidad, etcétera. El decreto que así lo ordene deberá ser debidamente fundado. No obstante, el caso italiano no presenta grandes controversias en este aspecto pues se garantiza a visibilidad mutua de los participantes y la intervención del abogado defensor. Singular importancia, a razón de su histórico arraigo y génesis local, reporta el combate contra la Mafia, célula del crimen organizado italiano. En respuesta a tal flagelo, complementando leyes anteriores, el 13 de agosto de 2010 se sancionó un plan extraordinario, el que contempla en su artículo 1, inciso 7º, la recepción del testimonio a través de medios audiovisuales (videoconferencia), remitiendo a los términos de los artículos 146 bis y 147 bis de las Normas de Aplicación, Coordinación y transición del procedimiento penal, contenidos en el Decreto Legislativo 271 del 28 de julio de 1989.

En lo que respecta al derecho germano, la ley procesal alemana (denominada StPO), en congruencia con la “Ley para el combate de tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada”, contemplan y regulan la figura del agente encubierto, en especial en los artículos 110a y siguientes de la ley de rito. Ésta define al agente encubierto como un miembro *del servicio policial* que indagan bajo una identidad alterada. En sustancia, se legitima el ingreso en el campo de la órbita de intimidad del sospechado, bajo múltiples formas desde luego, incluyendo la clásica modalidad de ingreso a la vivienda. Si bien la práctica policial recurre a expedientes prácticos para sortear los “impedimentos legales”, la ley procesal establece como principio la subsidiariedad de la actuación del AE, limitándola a una serie de delitos y bajo la condición de que el esclarecimiento fáctico se presente sumamente dificultoso o imposible de acudir a otra vía probatoria. Debe haber principio de ejecución delictiva o grave sospecha, y se exige que el objeto de investigación sea un “hecho punible de considerable significado”, fórmula cuya vaguedad ha arrojado diversas y encontradas interpretaciones.

De no concurrir estos extremos, se erige la prohibición de valoración de las pruebas recogidas mediante estos métodos furtivos.

En lo restante, las facultades del AE se emparejan con aquellas ya analizadas: tomar parte en el tráfico delictual bajo falsa identidad, ingresar a moradas de particulares (con autorización judicial y consentimiento del afectado, lo que acarrea enormes discrepancias doctrinarias puesto que dicho consentimiento será producto del engaño pergeñado por el AE)<sup>42</sup>, conversaciones similares a un interrogatorio (art. 136 StPO)<sup>43</sup> mas, a diferencia de la legislación vernácula, no se permite al AE cometer delitos, si bien podría justificarse acción bajo un estado de necesidad justificante (conf. art. 34 StGB).

---

<sup>42</sup> La vulneración de la protección a la vivienda del afectado como manifestación de la tutela de su esfera íntima ha sido calificada como una incursión irregular o arbitraria por parte el Estado a la luz del art. 13 de la Carta Magna alemana (conf. Frister).

<sup>43</sup> Las discusiones en torno a la validez de dichos “interrogatorios” coinciden con las planteadas oportunamente respecto de la legislación nacional.

En España, la recepción del testigo “arrepentido” ha sido receptado en especial con motivo de los delitos de tráfico de drogas (art. 376 Código Penal español) y de terrorismo (art. 579.3 del mismo cuerpo legal). En el artículo 21.4, en el marco del segmento general del código, se prevé como atenuante la conducta del culpable (antes de conocer su persecución penal), “la confesión de la infracción” a las autoridades (atenuante de arrepentimiento).

La Ley Orgánica 19/1994, *de protección de testigos y peritos en causas criminales*, contempla diversas medidas de tutela, mas fue duramente criticada por excluir de su ámbito de aplicación al coimputado colaborador con la justicia<sup>44</sup>, desacoplándose a las recomendaciones de la Unión Europea (v.gr., Resolución del Consejo del 20/12/1996, código de buenas maneras sobre protección de testigos del Consejo de Europa de 1999, Convención de la ONU sobre el crimen organizado, ya citada, etcétera).

La exposición de éste epígrafe, meramente ilustrativa y sin pretensión de exhaustividad, pretendió destacar ciertas regulaciones extranjeras de países severamente afectados por el delito de narcotráfico que implementaron medidas de seguridad y custodia a diferentes actores del proceso que implican una merma o, al menos, una colisión relevante con las garantías acuñadas por el debido proceso adjetivo.

## **7. Conclusión.**

El presente trabajo pretendió, desde el enfoque disciplinario procesal, abordar el análisis de las figuras que se nominaron en la introducción y que presentan en la actualidad particularidades esencialmente vinculadas a la dinámica evolutiva del crimen organizado.

---

<sup>44</sup> Conforme Isabel Sánchez García Paz, “*El coimputado que colabora con la Justicia Penal*”, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología”, SIN 1695-0194, publicado el 22/05/2005. La autora, en dicho artículo, cita numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo español que desestiman, cuando solo se cuenta con ella como prueba asilada, la validez de la incriminación de un coimputado colaborador con la justicia, por considerar que se conculcan los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 Const. Española). Véase punto 5.1.2 del citado artículo.

Encuentro entonces pertinente como colofón plantear, promoviendo la reflexión sobre cada instituto y sus consecuencias, las cuestiones vertebrales que confluyeron en su génesis.

Desde tal margen opino que, como sucede con todo basamento legislativo, no puede legítimamente juzgarse un ordenamiento jurídico prescindiendo de su sustrato político; y tampoco habrá de soslayarse que el poder legisferante estatal se define por los detentadores contingentes del poder.

En dicho orden de ideas, los institutos revisados en el presente trabajo participan en definitiva, a pesar de sus ámbitos y presupuestos fácticos diversos, de la voluntad estatal de combatir, aparentemente a costa de cierta entereza moral, el narcotráfico y los delitos complejos.

Esto es, bajo la justificación (no carente de razón en muchos casos) de la insuficiencia o inocuidad de los métodos tradicionales de investigación que el ordenamiento procesal ortodoxo provee, el Estado acude a medios de engaño (agente encubierto), “disculpas” o premios a delincuentes “arrepentidos”<sup>45</sup> *so color* del provecho de su testimonio, “conversaciones similares a un interrogatorio”, denuncias anónimas, testigos de identidad reservada, y a toda la pléyade de medios de distinta gama que se han expuesto anteriormente.

La diatriba primera que se alza es la crítica por vulneración de las mas elementales garantías del imputado (básicamente la garantía de defensa en juicio) frente al uso de los medios de obtención probatoria apuntados.

---

<sup>45</sup> Este tipo de prácticas de recompensa ha dado lugar a la denominación doctrinal de “Derecho Premial”.

Sin embargo, calificar sin más de infractor al Estado<sup>46</sup> implicaría ceder a una miopía sectaria que destierra los derechos del testigo, bien sea autor de un delito o un sujeto ajeno al hecho investigado.

La inobservancia (o en rigor, la flexibilización) de ciertas pautas elementales en el marco de un proceso penal de las características analizadas (control de la prueba por parte del imputado, interrogar al testigo, conocer su identidad, supervisar su credibilidad, fidelidad del testimonio y, en definitiva, el respeto por las garantías constitucionales y de igual raigambre contenidas en los instrumentos internacionales mencionados en el punto 2 del presente), no responde a un mero capricho (al menos desde el punto de vista estrictamente positivo, mas no necesariamente desde la práctica de los operadores policiales y judiciales), sino que se centra en el resguardo de la integridad psicofísica de testigos, imputados y sus respectivos familiares.

Es por ello que, nuevamente, recalamos en las razones de política criminal imperantes en cada coyuntura. La sofisticación del crimen y en especial el poder lesivo y amenazador de los grupos dedicados a prácticas delictivas hacen necesario, también bajo paradigmas neoconstitucionales, ya vistos, adoptar medidas ciertamente perjudiciales para el desenvolvimiento del imputado con empleo de sus herramientas defensasistas; mas aún, el Estado Argentino se halla obligado a implementar sistemas de protección, a tenor de los pactos y convenciones suscriptos por la nación e integrados a nuestro bloque federal. El Estado, además, tiene el deber de investigar y elucidar los hechos delictivos.

Pienso, con todo, que con la instalación de los mecanismos encubiertos e “impostores” de recepción de prueba, opera una suerte de regresión a sistemas inquisitoriales; no se cuestiona ya la repugnancia de los

---

<sup>46</sup> Conviene aclarar que la afectación concreta que cada instituto produce en los derechos del imputado ha sido expuesta en su oportunidad por lo que a fin de no entorpecer el objeto de este punto final no voy a reproducir las observaciones ya realizadas.

medios secretos de prueba al sistema de garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (lo cual es manifiesto), sino que ya asumida tal condición el análisis (como se vio), se centra en determinar la validez o invalidez de la prueba recogida a través de estos medios alternativos, ponderación que como se dijo debe realizarse en forma particularizada, según las características de cada fenómeno.

El segundo aspecto que me resulta controvertido es la polémica asunción por parte del Estado de una suerte de *inmoralidad justificada*. El Estado no solo tolera prácticas delictivas (v.gr., delitos cometidos por los agentes en el caso de investigaciones sobre tráfico de estupefacientes, violación de morada, participación en el comercio ilícito de drogas, la premiación del delincuente “arrepentido”, etcétera), sino que *las legitima, legaliza y promueve*; es el caso ya examinado de la ley 23.737 y todas sus implicancias, que no cabe reproducir aquí.

Ha de recordarse que todas estas operaciones estatales se desarrollan en el marco de un proceso en curso (e inclusive antes), mediando a favor del imputado su estado de inocencia.

Estimo que la cuestión informa problemáticas de ingente relevancia que han de ser cautelosamente atendidas en especial por los operadores judiciales como reguladores y responsables del contralor de los actos llevados a cabo por los agentes afectados a tareas de inteligencia investigativa. El interés que suscita el examen de estos institutos descansa en el equilibrio que ha de intentarse entre la conservación del sistema de garantías, la protección de la integridad psicofísica del ciudadano (integrado a un proceso judicial) y el interés estatal y social en la persecución y represión de hechos delictivos.

Considero que la derrotabilidad de un principio, que es la expresión acabada de la búsqueda del balance y armonización entre los principios en pugna, no implica que el mismo pierda valor o vigencia, sino para el caso concreto, *"ya que nada impide que en otro caso, aunque parecido al precedente, él u otro juez "reabra"... el balance entre los principios y lo resuelva de manera distinta"*<sup>47</sup>. En igual sentido, Ronald Dworkin explicó que esta situación no impide que el principio abandonado para el caso concreto siga perteneciendo coherentemente al sistema.

Este antagónico encuentro de bienes jurídicos dignos de tutela convergen en principios constitucionales (los destacados en el cuerpo de este trabajo) cuya operatividad se exhibe incuestionable. Es por ello que la sana crítica y medida judicial coadyuvarán a congeniar y compatibilizar los principios y directrices que el ordenamiento piramidal instaure, ciertamente bajo una óptica subjetiva y condicionada por la política criminal reinante.

*Pedro Hernán Moyano*

---

<sup>47</sup> Moreso, Juan José, citando palabras de Paolo Comanducci, en *"Guastini sobre la ponderación"*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, pg. 231.