

LAS TÉCNICAS INVASIVAS DE INVESTIGACIÓN PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL NUEVO CPPN

POR MARIANA GUTIERREZ¹

En el marco de la decretada Emergencia Pública, desde el Poder Ejecutivo se envió un paquete de leyes al Congreso de la Nación dirigido a modificar aspectos sustanciales del proceso penal, que van desde reformas orgánicas y de procedimiento hasta la creación de figuras procesales destinadas a facilitar la identificación y persecución de la denominada “delincuencia organizada”. Éste artículo analiza ésta última propuesta, que versa sobre la posibilidad de emplear agentes encubiertos, “reveladores”, informantes y ordenar “entregas vigiladas” dentro de la investigación de los “delitos complejos”².

Existe un intenso debate alrededor de estas figuras (originalmente el proyecto incluía al “arrepentido”, hoy separado para ser tratada por separado), especialmente en lo referente que a su legitimidad y la vulneración del derecho a la intimidad que estos métodos de investigación clandestina pueden representar.

Este artículo busca contribuir a la discusión desde una perspectiva más cercana a las bases del proceso penal, la armonía legislativa y los recaudos que nuestro sistema constitucional exige ante la injerencia estatal en la esfera de intimidad individual. Así, en primer lugar se demostrará que el texto de la propuesta choca abiertamente con el proceso de reforma procesal penal iniciado en la justicia nacional y federal en 2014. En segundo lugar se argumentará en favor del carácter excepcional de las medidas de investigación propuestas y los requisitos a los que debieren supeditarse. El tercer cuestionamiento versa sobre la necesidad de un sólido sistema de control sobre las decisiones y el empleo de estos recursos extraordinarios y, finalmente, se analizará el rol que se adjudica al Ministerio de Seguridad y la corporación policial en la investigación de los “delitos complejos”.

Cabe resaltar que la discusión se encuentra más que vigente ahora que el oficialismo, luego de lograr, por estrecha mayoría, obtener un dictamen favorable en las Comisiones de Legislación Penal y Seguridad Interior el pasado 11 de Mayo, buscará lograr la aprobación del proyecto en el pleno de la Cámara de Diputados.

Vuelta a foja 0

Un punto crucial a destacar del proyecto de ley del Poder Ejecutivo (en adelante PEN) es que plantea la creación de medios extraordinarios de investigación penal dentro de un marco procesal ya derogado.

En efecto, el 4 de Diciembre de 2014 el Congreso de la Nación decidió dejar atrás el viejo procedimiento penal inquisitivo-morigerado para instaurar uno de corte adversarial en la justicia federal y nacional. En términos generales, dicho cambio de paradigma se basa en la reivindicación de la oralidad y la intermediación en todas las instancias procesales y desplaza la figura del juez investigador (juez de instrucción), es decir aquella encargada de llevar a cabo la actividad probatoria y, al mismo tiempo, de decidir sobre su mérito y suficiencia para sostener una acusación en juicio. De esta manera, la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) significó el primer paso hacia un sistema de

¹ Abogada, UBA. Miembro INECIP.

² La basta lista de lo que se entiende por “delitos complejos” engloba 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 Nº 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en el 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.

enjuiciamiento acorde a nuestro modelo constitucional³ y respetuoso del derecho de defensa y la garantía de ser juzgado por un juez imparcial⁴, ya que separa la función investigativa y acusadora-ahora en manos del Ministerio Público Fiscal- del órgano a cargo del juzgamiento.

No obstante su aprobación, la puesta en marcha del nuevo sistema procesal, pensada para el 1° de marzo de este año, fue suspendida por medio del DNU 257/2015, sobre la base de que *“no se encontraban reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido”* y con la alegada finalidad de *“evitar la aplicación asistemática y carente de integralidad de un diseño institucional cuya puesta en funcionamiento no se encuentra acabadamente planificada”*. Así, se dispuso que fuese la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, quien estableciese un cronograma de implementación progresiva de dicho plexo normativo. En efecto, el 17/02/2016 se acordó en el seno de la Comisión, comenzar a ejecutar la reforma en las provincias de Tierra del Fuego y Salta, realizando este año tareas de capacitación con miras a implementar el nuevo sistema para el mes de Abril del 2017⁵. En síntesis, del hecho de que el Nuevo Código se encuentra vigente y que el citado DNU simplemente dilata su implementación, se desprende que toda iniciativa legislativa en materia procesal penal debe ser analizada a la luz de los principios y las instituciones del sistema venidero.

El razonamiento expuesto no se condice con el texto del proyecto legislativo, que introduce las cuestionadas herramientas de investigación desde la óptica del sistema inquisitivo-morigerado. Precisamente, en la reunión conjunta de las comisiones de Legislación Penal y Seguridad realizada el 12/04/2016 con motivo de la presentación del proyecto por la Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, se cuestionó la falta de correlación entre las facultades discrecionales de investigación que se le estarían otorgando a los jueces y el modelo de justicia adversarial al que nos dirigimos⁶. En sus declaraciones, la Ministra, afirmó que se pretende introducir modificaciones al nuevo CPPN y que con esta propuesta (junto con la de flagrancia) se están *“adelantando mecanismos acusatorios”* que les permitirán trabajar de manera más rápida⁷.

Resulta imperante echar luz sobre ésta cuestión: la idea de adjudicar a los jueces la potestad de ordenar y dirigir la actividad probatoria no solo es ajena al sistema acusatorio, sino que es directamente incompatible con éste. El proyecto pone en manos del juez de instrucción el poder de ordenar de oficio el empleo de agentes encubiertos⁸ y la *entrega vigilada*⁹ cuando, en el marco de un sistema adversarial, es el Fiscal quien está a cargo de la investigación y acusación penal y, por ende, es a quien le corresponde solicitar la medida. En esta misma línea, el Fiscal tiene el deber de demostrar la necesidad y razonabilidad de su solicitud al juez, cuyo rol consiste en velar por que se respeten los derechos y garantías de las personas investigadas. Es que el presupuesto del proceso adversarial es,

³ La propia CSJN ha reconocido que *“la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio”*. Fallos 328:3399 y 333:1687 voto del juez Zaffaroni.

⁴ CN, art. 75(22); CADH, art. 8(1); PIDCP, art. 14(1); DADDH, art. 26.

⁵ Lo expuesto se discutió en la Reunión de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal de la Nación celebrada el 17/02/2016 en el salón Eva Perón del Senado de la Nación.

⁶ En conformidad, el Diputado Tailhade resaltó, en la reunión conjunta de la Comisión de Legislación Penal y Seguridad Interior realizada el 12/04/2016, que el cuestionado proyecto vuelve a dar *“facultades discrecionales al juez, cuando el espíritu del Congreso de la Nación es avanzar hacia un sistema procesal netamente acusatorio, que es lo que se ha sancionado, y (...) el Poder Ejecutivo ha postergado”*.

⁷ Véanse las declaraciones de la Ministra Patricia Bulrich en respuesta a las observaciones de las diputadas Conti y Litzá en la reunión conjunta de la Comisión de Legislación Penal y Seguridad Interior realizada el 12/04/2016 en la Cámara de Diputados.

⁸ Véase el artículo 4 del proyecto aprobado por dictamen de la mayoría de los miembros de las comisiones de Legislación Penal y Seguridad Interior del 11/05/2016.

⁹ Véase el artículo 6 del proyecto aprobado por dictamen de la mayoría de los miembros de las comisiones de Legislación Penal y Seguridad Interior del 11/05/2016.

precisamente, la neutralidad del juzgador en el marco de una contienda judicial “entre partes” diferenciadas.

En conclusión, la intención de crear herramientas de investigación extraordinarias en el marco de un procedimiento penal agonizante desconoce la legislación vigente y el actual proceso de reforma que la justicia penal nacional y federal está transitando. El mencionado proyecto propone introducir elementos *asistemáticos e insostenibles* en el sistema procesal a implementar.

Oportunidad y necesidad de sistematizar la legislación procesal penal en un cuerpo unificado

La existencia de un Código Procesal Penal a la espera de implementación resulta relevante, no solo desde el punto de vista sustancial- como fue explicado-, sino también desde el formal. Esto se debe a que nuestro país posee un sistema codificado de normas, lo que responde al propósito de ordenar y dotar de claridad, unidad y coherencia a todo el conjunto normativo.

Precisamente, en lo que a la ley procesal penal respecta, la sistematización de la normativa aplicable en un cuerpo unificado contribuye a la seguridad jurídica en materia delictiva mientras que, al mismo tiempo, brinda transparencia acerca de las herramientas procesales que el Estado posee a la hora de investigar y criminalizar conductas.

El proyecto de ley del PEN propone la creación de métodos extraordinarios de investigación penal sin brindar motivos que justifiquen el desprendimiento de estos institutos de aquellos regulados en el capítulo pertinente a los medios de prueba que contiene el nuevo CPPN. Éste tratamiento diferenciado fue objeto de crítica en la reunión de las Comisiones de Diputados en las que se presentó el proyecto¹⁰.

Debemos recordar que las reformas legislativas debieren pensarse en pos de la evolución y/o superación de todo el cuerpo legal que regula una determinada disciplina y no ser una herramienta de uso frecuente para sortear inquietudes coyunturales, lo que a largo plazo genera una confusa hiperinflación y dispersión legislativa.

En conclusión, teniendo en cuenta que estamos a punto de presenciar una de las mayores reformas en materia procesal penal de nuestro país de la mano de un Código recientemente sancionado y promulgado, no existe razón para debatir la introducción de figuras procesales en forma aislada y paralela a la implementación del nuevo CPPN.

Métodos extraordinarios. Subsidiariedad. Taxatividad

Un aspecto fundamental a tener presente acerca de las “nuevas herramientas de investigación” del proyecto de ley 007-PE-2016 es que legitiman la intervención de agentes del Estado en la esfera de privacidad de los individuos y otorgan, un margen de discrecionalidad en la aplicación de la ley penal. El riesgo que el uso irrestricto de estos mecanismos representa para los derechos de los ciudadanos amerita que -de llegar a implementarse- su uso sea supeditado a, por un lado, la complejidad del delito investigado y, por otro, la ausencia y/o el agotamiento de métodos menos lesivos de los derechos de las personas investigadas.

Dicho de otro modo, la decisión acerca del uso de estas figuras en un caso en concreto tiene que estar expresamente justificada, en primer lugar, en la razonabilidad de la medida de

¹⁰ Ver comentarios de la Diputada Litza en la reunión conjunta de la Comisión de Legislación Penal y Seguridad Interior realizada el 12/04/2016 a propósito de la presentación del proyecto de ley de Flagrancia y de aquel que pretende introducir a la investigación penal las figuras objeto del presente comentario.

acuerdo a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación y, en segundo lugar, en su carácter indispensable para el éxito de la investigación¹¹.

Asimismo, y en correlación con su naturaleza excepcional, las figuras propuestas deben limitarse a la pesquisa de un número restringidos de delitos de acreditada complejidad, taxativamente enumerados en la ley procesal¹². Así tampoco podría permitirse el desarrollo de estas actividades investigativas sin sujeción temporal. La transitoriedad, atributo que se desprende de la naturaleza extraordinaria de éstos métodos de investigación, debe manifestarse en un plazo temporal durante el cual el Fiscal este expresamente autorizado a utilizarlos.

Finalmente, el recurso a éstas figuras conlleva la necesidad imperante de que exista un riguroso control judicial. Éste debiere realizarse en dos momentos: primero al autorizar al Fiscal a recurrir a alguna de dichas figuras, teniendo éste que expresar las razones que justifican su empleo y, una vez finalizada las tareas de investigación, en el control judicial de la legalidad del procedimiento y la actuación de los agentes y funcionarios comprometidos.

Es preocupante la ligereza del proyecto en lo que concierne a los límites y controles del empleo de éstas técnicas clandestinas de investigación. Ante todo cabe destacar que al ser directamente el juez quien dispone su utilización, la justificación acerca de la necesidad y razonabilidad –de haber alguna- no se somete al control de un tercero imparcial¹³. Además, evaluar la posibilidad de utilizar “una medida más idónea”¹⁴, como se indica en relación al uso de agentes encubiertos no alcanza a cubrir la ausencia y/o agotamiento de medidas menos invasivas y la proporcionalidad con la complejidad del delito investigado. Por último, en relación a esta última figura, tampoco se establecen límites temporales o controles periódicos que evalúen si subsiste la necesidad de mantener al agente infiltrado en la organización.

Injerencias en la investigación penal

El proyecto de ley establece, respecto al agente encubierto que la “designación y la instrumentación necesaria para su protección estará a cargo del Ministerio de Seguridad de la Nación, con control judicial”¹⁵. Mientras que respecto a la figura del informante, se indica que el Ministerio de Seguridad de la Nación “dictará las disposiciones necesarias a fin de reglamentar las cuestiones atinentes a la procedencia y forma de contraprestación económica”¹⁶. Analicemos las implicancias de éstas disposiciones.

En primer lugar cabe hacer mención al papel preponderante que cobra la relación entre las personas que ocupan estas figuras y el funcionario a cargo de la investigación penal -que, como fuere explicado, en el nuevo sistema procesal, no puede ser otro que el Fiscal-. El deber de conducción de la pesquisa penal no solo entraña el liderazgo de la actividad probatoria en todas las etapas del proceso, sino también la responsabilidad sobre los sujetos involucrados en la investigación y recolección de evidencia. En consecuencia, resulta fundamental que cualquier iniciativa tendiente a conceder a oficiales de la policía facultades

¹¹ La simple indicación de que la aplicación de las técnicas de investigación deberá regirse por principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad (actualmente establecido en el artículo 1 del proyecto) no suplanta la falta previsiones legales que hagan operativo tales principios.

¹² Bajo ningún concepto un Estado Constitucional de Derecho podría tolerar la extensión injustificada de estos métodos invasivos de investigación a todo el abanico de tipos penales, como proponía el polémico artículo 2, inciso h de la versión original del proyecto, suprimida posteriormente.

¹³ Lo expuesto no cambia en caso de ser el Fiscal el que solicita la medida, dado que el proyecto no exige justificar dicho pedido.

¹⁴ Respecto al agente encubierto, el artículo 5 de la versión aprobada en el dictamen de la mayoría dice “la adopción de dicha disposición deberá estar supeditada a un examen de razonabilidad, en el que el juez deberá evaluar la imposibilidad de utilizar una medida más idónea para esclarecer los hechos...”.

¹⁵ Actual artículo 4 de la versión aprobada por la mayoría de los miembros de las comisiones de Seguridad y Legislación Penal. Véase Dictamen de fecha 11/05/2016.

¹⁶ Ídem. Artículo 14, segundo párrafo.

extraordinarias en el proceso penal deba incluir expresamente la modalidad en la que el Fiscal podrá disponer y controlar su actuación¹⁷.

En sistemas comparados la discusión acerca del rol de la policía en la investigación delictiva ha suscitado la creación y puesta en marcha de cuerpos de investigación especializados y deslindados, el menos funcionalmente, de la estructura policial. No es un dato menor que muchos de los países que cuentan con figuras extraordinarias de investigación como las que se pretende introducir en nuestra legislación procesal, cuenten con una Policía Judicial abocada a la pesquisa delictiva. Adviértase que éste es el caso de la mayoría de los países tomados como referencia y expresamente citados en los fundamentos del proyecto original enviado por el PEN¹⁸.

En segundo lugar, es menester destacar que estamos frente una propuesta legislativa que pretende la ampliación de los poderes estatales sobre la vida privada de los individuos, lo que amerita que se extremen los recaudos y exista una clara delimitación de competencias y responsabilidades entre funcionarios y las agencias del Estado llamadas a intervenir. El proyecto de ley es deficiente en este aspecto al delegar facultades de instrumentación al Ministerio de Seguridad, desconociendo que es el Congreso de La Nación el ámbito en el cual se tiene que dar esta discusión y del cual debe surgir el régimen aplicable.

Conclusiones

En términos generales puede apreciarse que el proyecto de ley sobre nuevas herramientas de investigación para delitos complejos colisiona con el actual proceso de reforma procesal penal y adolece de los resguardos esenciales a los que se ha hecho alusión. En primer lugar porque “ordinariza”¹⁹ herramientas de investigación de excepción: no solo establece una enumeración amplia de delitos en los que éstas figuras serían aplicables sino que, al no requerir justificación de necesidad y proporcionalidad de la medida en el caso en concreto, pareciera caer en la presunción de que toda investigación de los tipos penales previstos amerita, de por sí, el recurso a técnicas tan gravosas.

Un segundo punto a resaltar es que el proyecto, al otorgar al órgano juzgador facultades investigativas -que, como se dijo, son manifiestamente ajenas a su rol en un sistema adversarial- elimina por completo el control de la actividad investigativa en tiempo oportuno y por un órgano imparcial. Véase que no se prevé mecanismos de control y, en lo concerniente al uso de agentes encubiertos, el descuido legislativo es todavía más flagrante: se cae en el absurdo de pretender que sea el juez investigador el que realice, respecto de su propia decisión, un “examen de razonabilidad”²⁰ de la medida adoptada.

Finalmente, cabe resaltar que el proyecto tampoco dispone algún límite temporal para el uso de estas técnicas altamente invasivas, lo que se traduce en una habilitación legal de la injerencia del Estado en la vida privada de sus ciudadanos por tiempo indeterminando.

¹⁷ La Diputada Bregman, en la reunión conjunta de la Comisión de Legislación Penal y Seguridad Interior realizada el 12/04/2016, manifestó su preocupación respecto a conferir mayores atribuciones a las fuerzas de seguridad y la relación, de ésta agencia, con el crimen organizado. Dichas observaciones fueron plasmadas en un dictamen en contra del proyecto de fecha 11/05/2016.

¹⁸ Véanse los fundamentos del proyecto de ley 007-PE-2016. Entre los cuerpos policiales especializados de los países tomados como referencia, cabe mencionar: La *Kriminalpolizei* alemana; la Policía de Investigaciones en Chile; la Dirección de Investigación Criminal en Colombia y Perú; la Policía Judicial española. Respecto a ésta última cabe destacar que la dependencia para con los jueces y Fiscales ha sido expresamente receptada, entre otros, en la Constitución del Estado (artículo 126 CE; artículo 282 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal).

¹⁹ CAFFERATA NORES, J., I., “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”, Editores del Puerto, 2000, 3° Edición actualizada, Buenos Aires; pág. 222.

²⁰ Véase texto del artículo 4, segundo párrafo de la versión aprobada por la mayoría de los miembros de las Comisiones de Legislación Penal y Seguridad (originalmente dispuesto en el artículo 8, segundo párrafo del proyecto 007-PE-2016).