

**AGENTE PROVOCADOR. EVIDENCIA
COLECTADA MEDIANTE PROCEDER
ILEGÍTIMO. NULIDAD DE LO ACTUADO.
DEBIDO PROCESO. FALLO CSJN.**

USO OFICIAL

Podemos comenzar definiendo al agente provocador como *“el que instiga a otro a cometer un delito, no porque él tenga interés en la consumación de ese delito o enemistad contra la víctima designada, sino por el contrario, porque tiene interés en que el delito se cometa o se tiene con el fin de que por él le suceda un mal al mismo instigado”* (Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, citado por Núñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. II, Lerner Ediciones, 1978, p. 299, nota 122). Creus lo define como *“quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea ‘descubierto’ en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad”* (Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 349). En otras palabras sería aquella persona que instiga a otra a la ejecución de un hecho ilícito, o que a través de su conducta provoca las circunstancias de hecho necesarias para que aquél ejecute un delito, con el fin de comprobar dicha ilicitud para reprimirla. Lo actuado por el personal policial supera el marco y propósito de la investigación toda vez que fue más allá de los límites a los que debe ceñirse su actuación, ya que ha superado su función para asumir la de provocador del injusto, figura que además de no encontrarse tipificada en nuestra legislación cuenta con el repudio del máximo tribunal de justicia de nuestro país, que estableció que *“la conformidad con el orden jurídico de agentes encubiertos requiere que ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente”* (CSJN, Fallos 313:1305 “Fiscal c/ Fernández).

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

// Plata, 26 de noviembre 2009. R.S. I T .69 f* 296

Y VISTOS: Para resolver en la presente causa registrada bajo el n° 4759/I caratulada “S/ Av. Pta. Inf. Ley 22.362 Rojas” procedente del Juzgado Federal de Junín, y;-----

CONSIDERANDO: I- Que llegan estas actuaciones a este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación deducido... en representación de C. R. B., contra la resolución... que no hace lugar a la nulidad planteada, recurso que

no cuenta con la adhesión del Fiscal General (v. fs. 139) y que se encuentra fundado en esta instancia

II- Respecto de los agravios esgrimidos por el recurrente, pueden sintetizarse en que "... no consideramos que el Art. 285 C.P.P. justifique la actuación del personal de inteligencia policial que se hace pasar por un cliente y sin necesidad de que adquiera o no un producto, supuestamente falsificado, asume la calidad de 'un agente provocador.' ...". Asimismo expresó que "... Esta actuación es claramente violatoria del art. 18 de la C.N. como bien lo establece el precedente en cuestión ..." haciendo referencia al fallo "Levy". Luego sostuvo que "... Ello determina la nulidad de esta actuación, y también la consiguiente nulidad del allanamiento, de la pericia obrante en autos (la que además no fue notificada) y de la requisitoria de elevación a juicio. ...".

III- Cabe precisar que la presente causa tuvo su origen..., cuando personal policial de la localidad ... que se encontraba recorriendo la jurisdicción "... observó la existencia de un negocio dedicado al rubro de Calzados denominado P., el cual posee amplias vidrieras hacia las arterias... pudiendo ver que en ambas vidrieras se exhiben gran cantidad de calzados, del tipo zapatillas, las cuales denotaban ser imitaciones de las originales Adidas, Puma y Fila ..."....

En virtud de ello...el Fiscal ordenó profundizar la investigación y la realización de tareas de inteligencia con el fin de determinar el precio de venta de la mercadería, los datos filiatorios del propietario y si aquél estaba inscripto en AFIP.

Que conforme surge...un agente del orden se constituyó en el local "P." y adquirió un par de plantillas con un valor de tres pesos con cincuenta centavos (\$ 3,50), según consta en la factura emitida, de la que se desprende además los datos de su titular, de nombre C. R. B., quien se encuentra inscripta como monotributista en AFIP, con número de CUIT... y adherida al régimen de ingresos brutos... con fecha de iniciación de actividades.... Asimismo, conforme los dichos del agente de seguridad, en el negocio se ofrecían al público zapatillas Puma a un valor que oscilaba entre \$ 30 y \$ 70, Nike entre \$ 70 y \$ 80 y Adidas entre \$ 118 y \$ 130.

Poder Judicial de la Nación

Así las cosas, el Juez de grado ordenó el registro del mencionado local..., el que se llevó a cabo ...conforme surge del acta procedimental... y fotografías....

IV. Ahora bien luego de haber hecho un recuento de los hechos y de los agravios planteados por el recurrente, corresponde ingresar al tratamiento del recurso que abrió esta instancia.

Podemos comenzar definiendo al agente provocador como *“el que instiga a otro a cometer un delito, no porque él tenga interés en la consumación de ese delito o enemistad contra la víctima designada, sino por el contrario, porque tiene interés en que el delito se cometa o se tiente con el fin de que por él le suceda un mal al mismo instigado”* (Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, citado por Núñez, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. II, Lerner Ediciones, 1978, p. 299, nota 122).

Creus lo define como *“quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea ‘descubierto’ en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad”* (Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 349).

En otras palabras sería aquella persona que instiga a otra a la ejecución de un hecho ilícito, o que a través de su conducta provoca las circunstancias de hecho necesarias para que aquél ejecute un delito, con el fin de comprobar dicha ilicitud para reprimirla.

Es necesario destacar que en el caso de autos, el comportamiento seguido por el personal policial encuadra, a criterio de este Tribunal, dentro de la conducta descripta precedentemente.

En esa inteligencia, cabe advertir que...se desprende la orden del Fiscal de profundizar la investigación y realizar tareas de inteligencia tendientes a establecer el precio de venta de la mercadería, datos filiatorios del propietario y si se encontraba inscripto en AFIP.

... se encuentra agregada la factura por la compra de un par de plantillas por la suma de tres pesos con cincuenta (\$ 3,50), en la que constan parcialmente los datos solicitados por el Fiscal.

Cabe advertir que el titular del Ministerio Público Fiscal en ningún momento especificó de que manera debía llevarse a cabo

dicha investigación, por lo que la elección de los mecanismos investigativos estuvo a cargo de la Policía Federal, tarea delegada que no lo releva de su obligación judicial de velar para que en las causas se respete el debido proceso legal (cfr. art. 40 ley 24.946) situación que en el caso no aparece cumplimentada.

Resulta evidente que en pos de lograr el éxito de la pesquisa, el agente de seguridad a cargo de las tareas investigativas, excedió los límites propios de sus funciones ocasionando, al adquirir un producto dentro del mencionado local, la conducta delictiva de la imputada en autos, advirtiéndose además que el personal policial cuenta con medios idóneos para obtener la información solicitada por el Fiscal.

Queda claro que lo actuado por el personal policial supera el marco y propósito de la investigación toda vez que fue más allá de los límites a los que debe ceñirse su actuación, ya que ha superado su función para asumir la de provocador del injusto, figura que además de no encontrarse tipificada en nuestra legislación cuenta con el repudio del máximo tribunal de justicia de nuestro país, que estableció que *“la conformidad con el orden jurídico de agentes encubiertos requiere que ese agente se mantenga dentro de los principios del estado de derecho, lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente”* (CSJN, Fallos 313:1305 “Fiscal c/ Fernández).

De tal modo, la evidencia colectada es obtenida por un proceder ilegítimo y la prueba así adquirida deviene de origen ilegítimo, lo que lleva a la necesidad de aplicar al caso la “regla de exclusión”.

Atento lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta las circunstancias del caso corresponde declarar la nulidad del acta... y de todo lo actuado en su consecuencia.

POR ELLO ES QUE SE RESUELVE: Declarar la nulidad de lo actuado...y de todo lo actuado en su consecuencia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado. Jueces Sala I Dres. Julio Víctor Reboredo. Carlos Román Compared.

Ante mí: Dr Emilio Faggi. Secretario.