

CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES: LOS NUEVOS INSTITUTOS APLICABLES DE LA LEY 23.737

POR DIEGO ZYSMAN BERNALDO DE QUIROS

SUMARIO

- I. NUEVA REGULACION DE LA LEY DE ESTUPEFACIENTES
- II. EL TIPO PENAL DE CONFABULACION
- III. EL ARREPENTIDO
- IV. EL AGENTE ENCUBIERTO
- V. FACULTADES JUDICIALES DE REPRESION
- VI. DENUNCIA EXPUESTA EN FORMA ANONIMA

I. NUEVA REGULACIÓN DE LA LEY DE ESTUPEFACIENTES

La ley 24.424 (B.O. 9.1.95) incorpora a la ley 23.737 diversas disposiciones que por su particularidad conciben un verdadero "régimen penal especial de estupefacientes" integrado por el resto de las prescripciones de esta última normativa y la reciente exclusión acordada por la ley 24.390 ⁽¹⁾.

Este cuerpo regulador introduce interesantes aspectos que proponen variaciones radicales en la investigación y prevención de determinados delitos de estupefacientes y entre en ellos, en materia aduanera, del artículo 866 del Código Aduanero (contrabando agravado por la importación o exportación de estas sustancias). Dentro las

novedades de esta normativa se encuentran: la creación de un tipo penal autónomo de confabulación para cometer delitos relacionados con estupefacientes; una regulación legislativa para la utilización de los agentes encubiertos y figuras penales que reprimen las acciones que pongan en peligro al mismo; la consagración de la figura del arrepentido; la introducción de específicas reglas procesales y tuitivas de los colaboradores en la investigación, e importantes y altamente cuestionables potestades de los jueces con referencia a la prevención y represión del contrabando de esta mercadería.

Entre estas nuevas disposiciones, los artículos 4, 5, 6, 7, 11 y 13 de la ley 24.424 proponen las interesantes incorporaciones aludidas, aplicables a nuestro estudio, que en ese orden expondremos.

1) La ley 24.390, aplicando lo normado por el Pacto de San José de Costa Rica, determina básicamente un plazo máximo de prisión preventiva de dos años (art. 1), y la regla por la cual en caso de excederse, un día de prisión preventiva se computará por dos de prisión y uno de reclusión (art. 7). Sin embargo esta normativa excluye expresamente de esta ley a los imputados por el delito previsto en el art. 7 de la ley 23.737 y a aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley. Recientemente, la mayoría de la Cámara Nacional de Casación Penal, entendió que también resultaba aplicable a las personas que se hallan privadas de libertad en virtud de sentencias condenatorias firmes. Plenario n° 3, "Molina, Roberto Carlos", 16.8.95.

II. EL TIPO PENAL DE CONFABULACIÓN

El Artículo 29 bis de la ley 23.737 expresa: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una confabulación de dos o mas personas, para cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 10º y 25 de la presente ley, y en el artículo 866 del Código Aduanero.*

La confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado.

Quedará eximido de pena la persona que revelare la confabulación a la autoridad antes de haberse comenzado la ejecución del delito para el que se la había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realización del plan”.

Analizando este artículo, entendemos que el tomar parte en una confabulación ⁽²⁾ con la intención de cometer un contrabando de estupefacientes, necesariamente y sea cual sea la teoría que se sustente, no

podría ser considerado dentro del “iter criminis” o camino hacia el delito, más que un acto preparatorio que quedaría impune por no ser alcanzado por las prescripciones de la tentativa del Artículo 871 del Código Aduanero.⁽³⁾

En razón de ello, se comprende que en este caso, a fines de “capturar” semejantes conductas, entendidas como socialmente lesivas de por sí, dichos actos se han tipificado en forma especial ⁽⁴⁾, consagrando un tipo autónomo del delito de contrabando que será punible por sí mismo, y concurrirá en forma real, (artículo 55 del Código Penal) en caso de que el contrabando (o su tentativa) también se cometa.

Cabe destacar que su carácter de delito autónomo, y pese a que se refiera a múltiples individuos, se diferencia del artículo 865 inciso a) del Código Aduanero ⁽⁵⁾, que agrava el contrabando cometido por la intervención de tres o más personas (el Artículo 866, § 2º de este ordenamiento lo recepta como una “ultra-agravante”). En efecto, este último está basado en la mayor efectividad del número de individuos en la vulneración del bien jurídico protegido, pero no constituye un delito independiente

2) Expresa Mario M. Mallo, que el término confabulación, derivación de confabulari, conversar, “...significa tanto como el acuerdo, «complot» o entendimiento que realizan dos o más personas sobre el desarrollo de una actividad o negocio que tiende al perjuicio de terceros, también interesados, con frustración de la ley o de los derechos que ella tutela...” Enciclopedia Jurídica Omeba, T. III, pg. 553/57, ed. Bibliográfica Argentina. Cabe destacar como instituto similar, con definición comparable, a la “Conspiracy” del derecho Anglosajón. Sobre ella, Edmundo S. Hendler, “El Derecho Penal en los Estados Unidos de América”, 89/96, ed. I.N.C.P., México, 1992.

La confabulación para un delito de estupefacientes, está especialmente prevista en el art. 36 de la “Convención Unica de Estupefacientes” de 1961; el art. 22 del “Convenio sobre sustancias sicotrópicas” de 1971 y el art. 3 de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas” de 1988.

3) En extenso, sobre el tema, con algunas diferencias conceptuales Mario A. Villar, “El tipo penal de confabulación en la ley de reforma al régimen penal sobre estupefacientes”, revista La Ley, 4.8.95.

4) Eugenio R. Zaffaroni, expresa que “Si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla”, “Tratado de Derecho Penal - Parte General”, T. VI pg. 411 y ss., ed. Ediar, Bs. As., 1988.

5) La calificante del art. 865 inc. a) reza: “intervinieren en el hecho tres o más personas en calidad de autor, instigador o cómplice”. Ver una exposición sobre la expresión “intervinieren” y el sentido de la agravante en la obra de Héctor G. Vidal Albarracín “Código Aduanero”, T VII-A, pg. 164 y ss., ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992. También en revista El Derecho del 21.10.82 comentando el caso “Poggio, Oscar R. y otros s/Cont”.

previo a la comisión de otro, sino un tipo agravado, siempre dependiente de la ejecución del tipo básico de contrabando (artículos 863 u 864 del Código Aduanero) que en caso de no existir imposibilitará su aplicación.

Debe agregarse que no obstante la consumación de este delito, la ley dispone con un criterio "utilitarista", ciertas restricciones (una condición objetiva, y dos personales canceladoras) no ya a la configuración de este ilícito sino a su punibilidad. Estas son:

1) Que recién será punible cuando se hayan realizado los actos "manifiestamente reveladores" a los que el tipo se refiere.

2) Que se eximirá de pena a quien:

a) Revelare la confabulación a la autoridad ⁶⁾ antes de haberse comenzado la ejecución del delito (en nuestro caso el contrabando de estupefacientes).

3) Espontáneamente impidiera la realización del plan.

Como vemos, estas dos eximentes, en realidad cancelan la punibilidad del delito, pero asimismo, se distinguen, pues mientras la primera operaría antes de la tentativa de contrabando, la segunda, prevé su aplicación hasta la consumación del mismo y por lo tanto, en lo que a él respecta, un desistimiento voluntario (artículo 43 del Código Penal).

III. EL ARREPENTIDO

El Artículo 29 ter de la ley 23.737, expresa:

"A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 886 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación:

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 precursoras químicas, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia provenientes de los delitos previstos en esta ley.

A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes.

La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación".

Nuestro Derecho, prevé una persecución penal oficial (principio de oficialidad) de la que se encarga el Ministerio Público. Frente a ella, como regla general, y ante la noticia de un hecho punible, tiene el deber de perseguirlo (principio de legalidad) no pudiendo suspender, interrumpir o hacer cesar su labor más que por los modos y formas previstos en la ley procesal. Esto implica la imposibilidad de aplicar por razones de utilidad o conveniencia práctica un criterio discrecional (principio de opor-

6) Por autoridades debe entenderse a las judiciales, y a las enumeradas por la ley 22.136 de estupefacientes, que se refiere a los organismos de prevención, y entre ellos a la Policía Federal, la Prefectura Naval Argentina, la Gendarmería Nacional, la Policía Aeronáutica, la Administración Nacional de Aduanas "y todo otro organismo que cumpla funciones de prevención en sumarios originados por infracciones a la ley 20.771 y sus modificatorias..."

tunidad, contrario al primero) y prescindir la persecución penal de un hecho punible.⁷⁾

Este deber de actuación, priva al Ministerio Fiscal de la posibilidad instrumental y utilitaria de encaminar la persecución - y a veces "negociarla" - variando la naturaleza del proceso con la conformidad del perseguido (el "plea bargaining" de los Estados Unidos de Norteamérica).

Vemos entonces que por estas razones, fue necesario materializar en la ley (por ahora a excepcionalmente en los delitos de estupefacientes) el instituto comentado del "arrepentido", que por otra vía, permite llegar a resultados comparables.

Del artículo analizado, a primera vista se podría interpretar la existencia de una potestad discrecional otorgada al tribunal de juicio, a los fines de la individualización de la pena, (pena en concreto) que complementando, o avanzando sobre las disposiciones del artículo 41 del Código Penal, permitiría su graduación por debajo de la escala penal prevista para el delito, o incluso su exención. No obstante ello, efectuando una interpretación racional de esta norma, entendemos que esto no puede ser así.

En realidad, sin perjuicio de la exención total y la invariabilidad de la inhabilitación, lo que la ley está determinando con respecto a la pena de privación de libertad, es una "nueva escala penal" (pena en abstracto), que al igual que en los casos de tentativa (fuera del Código Aduanero) o complicidad, resulta una reducción obligatoria para los jueces, sobre la que deberá a su vez efectuarse la determinación judicial individual. En este caso, siempre que se den los especiales presupuestos expresa-

dos en los incisos a) y b). Esta interpretación se impone, pues el artículo expresa que "el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo" y agrega "y del máximo". Ello implica que: o se está haciendo una referencia sin ningún sentido a la amplitud de las posibilidades de reducción (por razones matemáticas, la mitad del máximo de una escala siempre será mayor a la del mínimo, y siempre que esté dentro de ella, los jueces pueden aplicarla), o como entendemos, se está fijando un nuevo parámetro punitivo dentro del cual tal sanción deberá individualizarse acorde con su fundamento y fines⁸⁾ tomándose en cuenta la forma de participación y las directivas de los artículos. 40 y 41 del Código Penal. Esto determinaría, en caso del contrabando del artículo 866 § 2º, una pena oscilante entre los dos años y tres meses y los ocho años (el delito prevé de cuatro y medio a dieciséis años).

Sin embargo, lo que sí deberá evaluar el tribunal para poder adoptar esta escala penal, es que se hayan cumplido las conductas "de arrepentimiento" que mencionan los puntos a) y b) del artículo 29 ter. Estos hacen referencia al suministro de información sustancial, suficiente para la persecución penal de los responsables de estos delitos, el secuestro de diversos elementos que obrarían como instrumentos y efectos del delito, o el desbaratamiento de una organización delictiva dedicada a los estupefacientes. Hago este hincapié en la importancia y veracidad de la información, pues deberá ser ésta la merituada, y no el resultado obtenido, ya que el procesamiento de los partícipes del delito, el secuestro de los elementos o el desbaratamiento de la organización queda sujeto a la efectivi-

7) Sobre los principios de oficialidad, oportunidad y legalidad, Julio B. Maier "Derecho Procesal Penal Argentino", T. 18, pg. 544/562, ed. Hammurabi, Bs. As., 1989.

8) Un completo estudio sobre las teorías sobre el fundamento y fin de la pena, y en base a ellas, la individualización de la misma, en "Determinación Judicial de la Pena", artículos compilados por Julio B. Maier, ed. Del Puerto, Bs. As., 1993.

dad judicial o policial, y por tanto, independiente de la conducta del arrepentido.

Considero finalmente que la referencia al tribunal que deberá valorar lo antedicho, contempla la imposibilidad de que esta escala sea tomada en cuenta por el Juez de instrucción para institutos como la eximición de prisión, excarcelación, prescripción de la acción, etc...

IV. EL AGENTE ENCUBIERTO

El artículo 31 bis de la ley 23.737 expresa:

“Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en la ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y

b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

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.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, este declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués”.

A su vez el artículo 31 ter, expresa en su primer párrafo:

“No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro”.

Mario Daniel Montoya ⁽⁹⁾, define al agente encubierto como cualquiera cuyo propósito es adquirir evidencia contra sospechosos. Se encontrarían dentro de ellos los agentes secretos, que son miembros de la policía que realizan un trabajo encubierto.

Esta novedosa incorporación legislativa, generalmente ligada a una investigación de estupefacientes, no ha tenido en nuestro país demasiada consideración en materia jurisprudencial, resultando un “leading case”, el fallo de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación, “Fiscal c/Fernández” ⁽¹⁰⁾.

9) Mario Daniel Montoya, “Informantes y técnicas de investigaciones encubiertas, en los Estados Unidos”, en la que cita Donnelly, Richard: Judicial Control of Informants. Spies, stool Pigeons and Agent Provocateurs. The Yale Law Journal. Vol 60, pg. 1092, en Revista La Ley, 7.9.93.

10) Publicado en La Ley 1991, tomo B, pg. 190. Alejandro Carrio hace un sustancial comentario del instituto del agente encubierto y las garantías involucradas en revista La Ley, 1991 tomo C, pg. 857 y ss. También en “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, pg. 79/85 y 185 y ss., ed. Hammurabi, tercera edición, Bs. As., 1994.

El fallo precedentemente referido abordaba la cuestión suscitada a raíz del ingreso al Consulado de la República de Bolivia, en Mendoza, de un individuo detenido por drogas (Fernández) conjuntamente con personal policial sin identificarse y vestido de civil, que se aprestaba a investigar lo declarado por el primero con respecto al lugar donde estaba el resto de la sustancia. Sorpresivamente, en presencia de los mismos, el propio Cónsul entregó a Fernández varios paquetes de cocaína, lo que motivó posteriormente su llamado por medio de un pretexto, a lugar público (la Convención de Viena de 1963 prohíbe la requisa de locales consulares) y allí su detención.

En razón de que la Cámara Federal invalidó el procedimiento por razones derivadas de la inviolabilidad de domicilio, la Corte Suprema tomó conocimiento, revocó dicha resolución y fundamentalmente expresó:

“Es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales” (considerando 10).

Sin embargo, las pautas que se tomaron para admitir su empleo fueron:

a) “Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho” (cons. 11).

b) “Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente” (cons. 11).

No obstante distinguió expresamente esto último de “los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga

el acusado predispuesto a cometer el delito” (cons. 11).

Expresó igualmente que determinados delitos como los de estupefacientes, se ejecutan de tal manera que sólo pueden ser descubiertos cuando la prevención se involucra “en el círculo de intimidación donde ellos tienen lugar” (cons. 10).

Los considerandos de la Corte receptan la posturas estadounidenses sobre el tema, expresadas por la mayoría de la Corte Suprema en los casos “Sorrells v. United States” 287 US 435 (1932) y “Sherman v. United States” 356 US 369 (1958) a los que en este fallo se menciona. Estas conclusiones, en forma coincidente con la normativa en comentario analizan la institución del “entrapment”, en castellano “entrampamiento” o más ilustrativamente, “delito inducido por la autoridad” (11)

Sobre el “entrapment” la jurisprudencia americana registra dos criterios: uno el subjetivo, dominante, que es receptado por la mayoría de aquel alto tribunal y que trata de distinguir en términos generales para la validez del procedimiento o acusación, la existencia de una predisposición en el acusado para cometer el delito; el otro, objetivo, se centra en la conducta policial, y toma como pauta la existencia de medios que hayan creado riesgos serios de que se cometiera el delito por parte de quien no estaba predispuesto a cometerlo⁽¹²⁾.

Es observable entonces, que la ley comentada parecería recoger la tesis subjetiva de este instituto, (principalmente en el artículo 31 bis, pto. a)), y si bien resulta una disposición restrictiva de su utilización (sólo se prevé para determinados deli-

11) Así lo traduce Edmundo S. Hendler, en ob. cit. pg. 66 y ss., quien también efectúa un exhaustivo análisis de los fallos estadounidenses al respecto, conjuntamente con Hernán Gullco, en “La utilización de agentes encubiertos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, revista *Jurisprudencia Argentina* 4.1.1995, pg. 2/13. De la misma forma, Mario Daniel Montoya en la obra citada.

12) Además de los fallos de la Corte estadounidense “Sorrells” y “Sherman”, la teoría subjetiva fue postura mayoritaria en casos “Russell” 411 U.S. 423, “Hampton” 425 U.S. 484 y “Jacobson” 60 L.W. 4387, entre otros.

tos, por resolución de autorización judicial fundada en la necesidad y requiriendo una completa individualización del actuante), el "permiso y tolerancia" para que este agente cometa delitos determinados, que se desprende del artículo 31 bis, pto. b) y del artículo 31 ter., respectivamente, con dificultad podría ser entendible como "dentro de los límites del Estado de Derecho". Asimismo de su letra, no surge obstáculo que le impidiera la llamada "creación de la ofensa criminal" en el delincuente. Por lo tanto, se ve que la regulación comentada en algunos casos deberá forzarse para ser congruente con lo entendido como necesario por la Corte para resguardar las garantías constitucionales y tomar adecuada legalmente a esta técnica investigativa ⁽¹³⁾.

V. FACULTADES JUDICIALES DE REPRESIÓN

El artículo 33 de la ley 23.737 expresa:

"El juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita de estupefacientes y permitir su salida del país, cuando tuviere seguridades de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Esta medida deberá disponerse por resolución fundada, haciéndose constar, en cuanto sea posible, la calidad y cantidad de la sustancia vigilada como así también su peso".

El artículo transcrito, da a luz un amplísimo poder en manos de los jueces, pero que además según entiendo, resulta extremadamente vulnerable a un ataque de inconstitucionalidad. En efecto, la comentada excede en mucho la posible regulación de una facultad judicial discrecional, pudiendo distinguirse dos aspectos en los que se manifiestan las objeciones aludidas.

1) Comisión del delito

Cuando la ley hace expresa referencia a que el juez podrá "suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita de estupefacientes y permitir su salida del país", evidentemente ya no se está dirigiendo a la sola persecución punitiva de este hecho, sino que lisa y llanamente permite que un juez ordene la abstención de evitar la comisión de un delito de tráfico o contrabando de exportación de estupefacientes. Esta situación, en un Estado de Derecho como el nuestro, contradice radicalmente el principio de razonabilidad de los actos de gobierno ⁽¹⁴⁾, pues en este tipo de cuestiones ni siquiera un criterio "utilitarista" que admitiera tal omisión a fines de posibilitar un mal mayor (en el que podría entrar el evitar un delito más grave, aunque difícilmente más que éstos) podría ser aceptable.

Asimismo, esta disposición resulta violatoria de la jerarquía normativa constitucionalmente receptada (artículo 75, inc. 22 de la C.N.) por ser diametralmente opuesta a lo concertado por medio de los tratados

13) Otro aspecto que se abre con respecto al empleo de estos agentes, es desde el punto de vista dogmático, la consideración del mismo como un instigador del delito, y también, la posibilidad de una tentativa inidónea en esta clase de delitos experimentales. Sobre ello, puede consultarse a Hugo Mario Sierra "La tentativa inidónea o delito imposible", revista La Ley 1975 tomo B; y a Ricardo Cavallero "Acerca del agente provocador y del delito experimental", en la misma revista, 1976 tomo D, entre otros.

14) Germán Bidart Campos, entiende que el principio de razonabilidad, está condensado en el art. 28 de la Constitución Nacional pues "los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio" y dicha alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad "Derecho Constitucional Argentino", pg. 200, ed. Ediar, Bs. As., 1977. Otros autores, lo derivan del sistema representativo republicano y federal de gobierno (art. 1 C. N.)

internacionales de la materia firmados por nuestro país, entre los que se encuentran la "Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes" (enmendada por protocolo de 1972), el "Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971" y la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" de 1988. Resumidamente, estos convenios procuran una múltiple y acabada fiscalización y control de estas sustancias, a la que esta disposición se contrapone.⁽¹⁵⁾

2) Persecución penal

a) En función del artículo 1 del Código Penal, el principio de validez espacial de la ley, implica el juzgamiento como regla (artículo 1, inc. 1º) en el lugar de comisión del delito. A su vez, a fines de no dejar librado éste a una conducta que afecta a intereses nacionales, en mismo artículo capta a los delitos cuyos efectos repercuten en nuestro territorio nacional (idéntico inciso) y los cometidos por nacionales del país (Artículo 1, inc. 2º). Finalmente ante el avance de delitos que afectan a toda la Humanidad, la Constitución nacional, artículo 118, prevé su interés en los delitos internacionales ("contra el derecho de gentes"). Este último aspecto, está contemplado en numerosos tratados internacionales a los que nuestro país adhirió⁽¹⁶⁾. Se observa en-

tonces que la aspiración represiva "integral" expuesta en la citada normativa se ve radicalmente desconocida en el artículo comentado que contrariamente permite declinar la actuación nacional ante tales hechos.

b) Cabe recordar que si la competencia criminal a diferencia de la civil, es territorialmente improrrogable, (Artículo 118 del la Constitución Nacional), expresamente con respecto a las provincias, se entiende que en un Estado soberano, también lo es a nivel internacional.

c) Además, en base a ello, si el hecho aquí cometido pudiera por discreción judicial, ser juzgado en otro territorio, se estaría violando la garantía territorial del Juez natural, en cuanto el artículo 18 de nuestra Carta Magna, prevé que el imputado no podrá ser "sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa" y esta es una forma de hacerlo.

d) Desde otro punto de vista, entender esta legislación como la adopción del principio estatal de oportunidad anteriormente reseñado (por cuanto exceptúa la persecución penal obligatoria), y salvando que no se está dirigiendo expresamente al Ministerio Público sino virtualmente al juez, también podría implicar una violación

15) Las convenciones internacionales sobre estupefacientes expresan que: "las Partes no permitirán a sabiendas la exportación de estupefacientes a ningún país o territorio" (art. 31 de la C.U.E. de 1961 y art. 21 del C.S.S. 1971); "...las partes... asegurarán en el Plano Nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito..." (art. 35 de la C.U.E. de 1961); "No obstante lo dispuesto ... no estará vedado a las Partes ni podrá presumirse que les esté vedado, adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en la Convención..." (art. 39 de la C.U.E. de 1961); "Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar..." (art. 17 de la C.N.U. de 1988).

16) Estos cuatro criterios de validez espacial de la norma, se corresponden con los llamados: principio territorial, de defensa o real, personal y universal. Sobre ellos Werner Goldschid, "Principio territorial y principio real en el Derecho Internacional Penal", revista El Derecho, t. 89, pg. 515. Igualmente Carlos Creus, quien además enumera tratados internacionales en los que surge el criterio universal. Entre ellos: El Pacto de San José de Costa Rica (1969); El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966); Convención Americana Sobre Derechos Humanos; Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) - las que han adquirido rango constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.) y la Convención Unica sobre Estupefacientes (1961); "Derecho Penal - Parte General", pg. 110/119, ed. Astrea, Bs. As., 1990.

constitucional. Ello pues al no estar funcionando en tal caso como garantía del habitante frente al poder del Estado, podría vulnerar el principio de igualdad (artículo 16 C.N.)⁽¹⁷⁾.

VI. DENUNCIA EXPUESTA EN FORMA ANÓNIMA

El artículo 34 bis de la ley 23.737, expresa:

“Las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrán en el anonimato”.

Tomando en cuenta los serios riesgos personales que en esta clase de delitos puede traer aparejada una denuncia, la ley, apartándose del código de forma federal penal vigente (ley 23.984) prevé una especial y obligatoria protección a los denunciantes de hechos que pudieran calificar en la normativa citada, (considerándose más allá de la calificación que les de quien la efectúa). Si bien la comisión de este tipo de delitos, en la mayoría de los casos se constata en razón de una actividad de prevención, debe darse por entendido que los posibles datos que obtengan estas autoridades y no revistan la formalidad de una denuncia policial o judicial, quedarán igualmente amparados por la disposición comentada.

Como expresara al principio y en concordancia con el título escogido, los términos con que se formula este artículo, pese a su aparente semejanza, lo diferencian del caso de la “denuncia anónima” despejando cualquier duda, por cuanto prevé un anonimato obligatorio para los denunciantes. Aquí la ley no dice que las denuncias serán anónimas, cosa que tampoco podría regular, ni que serán válidas en tal forma - lo que la llevaría a otros tropiezos - sino sólo que se mantendrán en el anonimato. De ello puede deducirse que un denunciante correctamente individualizado ante las autoridades, deberá mantener su identidad en secreto, a los fines de la investigación.

En realidad, esta es una forma de sortear los inconvenientes de la “denuncia anónima”, generalmente ligada a la “delación”, y que mereciera múltiples reparos desde antaño⁽¹⁸⁾. Esto pues, “si se diera curso a los anónimos, no habría forma de saber si su autor es capaz, imparcial, si es calumnioso, si le comprenden ciertas inhabilidades, si es denuncia repetida, si se ha violado el secreto profesional, etcétera.”⁽¹⁹⁾ y con ello aparejar innumerables repercusiones procesales y sustanciales. Sin embargo, entiendo que por la forma adoptada se pueden controlar las circunstancias precedentes, detectar si en realidad se ha llegado a los extremos de los delitos de falsa denuncia, o calumnia, y proteger a la persona del denunciante quien tal vez, de otra forma se vería compelido a no ac-

17) Julio B. Maier, lo expresa a “contrario sensu”, en la obra citada en el punto 9), pg. 551.

18) Francesco Carrara expresa que “como el sistema de acusación pública fue cayendo en desuso, y la persecución de los delitos fue derecho exclusivo de algunos funcionarios públicos, el calumniador quedó reemplazado por la figura del delator: al combate abierto sucedieron los dardos lanzados en la sombra”, “Programa de derecho criminal”, T. V, parte esp., parag. 2641 y 2642, ed. Temis, Bogotá, 1977.

19) Javier A. De Luca, “Denuncia anónima”, revista La Ley 1991 tomo D, pg 895. En este artículo, luego de un repaso de los antecedentes históricos del instituto, el autor comenta las distintas posiciones al respecto y brinda una “equilibrada” conclusión. También tratan el tema Teresa Gómez y Daniel Malvestili en “¿Denuncia o delación? that is the question”, revista Periódico Económico Tributario, 16.8.94, comentario del fallo “Dorfman S.A. y otros s/inf. ley 23.771”, de la Cám. Nac. Penal Económico, Sala “A”, 29.6.94, en el que exponen la problemática generada en materia tributaria penal, a raíz de la recepción y fomento de la D.G.I., de las denuncias anónimas.

tuar. ⁽²⁰⁾ No obstante lo expuesto, en determinadas circunstancias el anonimato podría violentar la garantía de defensa en jui-

cio de los imputados, situación en que deberá ceder ante la superioridad jerárquica de la Constitución Nacional (Artículo 18).

20) Por esto debe entenderse que el "arrepentido", (ver punto III de esta obra) también puede beneficiarse del anonimato.