

LAS FIGURAS DEL "ARREPENTIDO" Y DEL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LEY DE REFORMAS AL REGIMEN DE ESTUPEFACIENTES N° 24.424*

Dr. Dante Marcelo Vega

A Ricardo C. Núñez *in memoriam*.
por su aporte al Derecho Penal Argentino
y por su ejemplo de austeridad y
conciencia republicana

I. INTRODUCCION

1. El 9 de enero de 1995 se publicó la ley N° 24.424¹ por la que se reformaron tres artículos de la ley 23.737 de estupefacientes (el 5, el 23 y el 33) y se introdujeron diez más (los arts. 26 bis; 29 bis y ter.; 31 bis. ter, quáter, quinqués y sextes; 33 bis y 34 bis).

Entre las novedades más importantes, se encuentran la creación de un tipo autónomo (la confabulación para cometer delitos relacionados con estupefacientes, art. 29 bis. ley 23.737); la "entrega vigilada" de estupefacientes (art. 33); la consagración de la figura del "arrepentido" (art. 29 ter) y el régimen para la utilización de agentes encubiertos (31 bis a sextes). Dedicaremos estas líneas a comentar brevemente estas dos últimas figuras, sin duda las más polémicas dentro del nuevo régimen legal.

En líneas generales y sin temor a equívocos, puede afirmarse que la ley 24.424 ha tenido, dentro del ámbito particular de la delincuencia relacionada con estupefacientes, repercusiones en nuestro derecho penal de similar magnitud que la ley 24.316 introductoria del instituto de la suspensión del juicio a prueba en el código penal. Por lo pronto, la sanción de aquella ley ha reeditado una discusión que ocupó en un principio a la doctrina al momento de sancionarse la "probation": la implementación en nuestro sistema legal de insti-

* Conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas de "Actualización de Derecho Penal" en homenaje al Dr. Ricardo C. Núñez. Universidad de Mendoza. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales el día 13 de junio de 1997.

1 Adla LV-A. 27 y ss.

tutos tomados del extranjero, que atienden a realidades y problemas muchas veces distintos a los nuestros y que, incluso, se inscriben en sistemas legislativos de distinta configuración.

2. Antecedentes: En cuanto a la novedosa figura del “agente encubierto”, aunque más no sea a través de los films policiales y de las series de televisión, todos hemos tenido conocimiento que, particularmente en los Estados Unidos, es común utilizar policías con doble identidad en las investigaciones relacionadas con el narcotráfico. También hemos visto cómo en dicho país existe un “programa de protección a testigos” que incluye la mayoría de las veces cambios de identidad, trasladados a casas o lugares protegidos -cuando no a otros Estados-, con un nuevo trabajo y una nueva vida en general.

El panorama legislativo norteamericano no se halla tan lejos de esa ficción y es, sin duda, uno de los antecedentes de derecho comparado que ha tomado el legislador argentino en la regulación de estas nuevas figuras. Es conocida en dicho país la figura del *entrapment* (“entrapamiento” o “delito inducido por la autoridad”).² que ha producido una jurisprudencia vacilante en la Corte Suprema de dicho país, aunque en general inclinada hacia la validez de la prueba obtenida de tal manera para basar una condena penal siempre y cuando el autor tuviere, previo a la inducción de la autoridad, *la predisposición* de cometer el delito.³

El otro antecedente que menciona la doctrina proviene de Alemania en donde, a diferencia de nuestro país, se consagró la actividad del agente encubierto en una ley sancionada en 1992 y modificatoria de la Ordenanza Procesal Penal, que delimitó normativamente una práctica policial habitual convalidada en la jurisprudencia. También, a diferencia de Argentina, la ley procesal alemana permite la actuación encubierta en “otras formas de aparición de la criminalidad organizada” lo que implica un ámbito de aplicación

2 Vid. Edmundo H. Hendler. *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Bs. As., 1996. pág. 111 y ss.

3 Cfr. Hendler, E. Gullco, H., *La utilización de agentes encubiertos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, J.A. 1995-1- págs. 713 y ss. (secc. doctrina). Un resumen en Diego Zysman. Bernaldo de Quirós. *El agente encubierto en el nuevo régimen de estupefacientes*, E.E. del 31/3/97 págs. 2 y 3. En general la Corte Suprema norteamericana ha convalidado la prueba obtenida a través del *entrapment* cuando existe la “predisposición” del acusado para cometer el delito (esto es, lo hubiera cometido lo mismo o existen amplias posibilidades de que ello ocurra aunque no medie la inducción por la autoridad): así en los casos “Russell” y “Hampton”. En cambio, cuando no existe esa predisposición, sino que es el agente encubierto el que verdaderamente induce al acusado a cometer el ilícito, se anula la prueba (ver los casos “Sorrels” y “Sherman”).

significativamente mayor.⁴

En relación a la utilización de “arrepentidos”⁵ en el proceso penal por estupefacientes, se menciona también a la legislación norteamericana y francesa como antecedentes comparados.⁶

Ahora bien, ni la figura del agente encubierto ni la del “arrepentido” son totalmente extrañas a nuestra legislación y jurisprudencia nacionales. En relación a la primera, se menciona invariablemente como antecedente jurisprudencial el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Fernández”⁷ en donde se resolvió sobre un caso de estupefacientes suscitado en Mendoza y en el cual estaba involucrado el Cónsul de la República de Bolivia. En su solución, la Corte prácticamente dejó vía libre para el ingreso del agente encubierto en la legislación argentina.⁸

El “arrepentido” o “agente revelador” ya se encontraba en nuestro derecho en el art. 21 7 del C.P. relacionado con el delito de traición.⁹ El otro antecedente lo encontramos en el art. 14 de la ley 13.985 “Penalidades para los que atentan contra la seguridad de la Nación”, derogada durante el último gobierno de facto y restablecida por la ley 23.077.¹⁰

-
- 4 Cfr. Fabricio Guariglia. *El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año II. nros. 1-2. pág. 199. También Carlos Enrique Edwards. *El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*, Ad-I loe. 1996. págs. 55/56. Se menciona el punto en la nota *La Introducción del llamado agente encubierto a la legislación argentina*, en Nueva Doctrina Penal A/1996 pág. 273. firmada, sugestivamente, por “Dr. Jekyll y Mr. Hyde”.
 - 5 La denominación “arrepentido” fue utilizada por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado en ocasión de tratarse la ley 24.424 y, en reiteradas oportunidades, durante su debate parlamentario. Sobre la cuestión terminológica. Marco Antonio Terragni. *El “arrepentido”*, en L.L. 1994-E. págs. 1450/1451. La Cámara Nacional de Casación Penal *in re* “Orozco” (J.A. 1996-1V- págs. 327/328) recuerda que en las “Guías del Procurador General de los Estados Unidos” para el uso de informantes y fuentes confidenciales a ser utilizadas por el P.B.I. se hace referencia al “informante detenido”.
 - 6 Edwards, op. cit. pág. 34/35. Nada dice Luis Gustavo Losada, *El art. 20 ter de la ley 23. 737* - “*El arrepentido* en E.D. 167 (1996). págs. 1085 y ss.
 - 7 L.L. 1991-1). 190.
 - 8 Un resumen de los hechos del caso y una lectura crítica en Alejandro D. Garrió. *Ingreso domiciliario consentido, agente encubierto y regla de exclusión de prueba ilegal*, L.L. 1991-C. Secc. doctrina págs. 857 y ss. También en Guariglia, op. cit. pág. 199/201
 - 9 Art. 217. C.P. “Quedarán eximidos de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”. A su vez. el art. 216 del mismo código es antecedente legislativo de la figura de “confabulación” prevista en la ley 24.424.
 - 10 Ley 13.985. art. 14: “Quedarán exentos de sanción penal el que habiendo incurrido en los actos calificados como delitos por esta ley. los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado. Podrá ser exento de sanción penal todo aquel que luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices”. Respecto a los proyectos de ley en que se intentó contemplar la figura, ver el fallo “Orozco” de la Cámara Nacional de Casación Penal cit. págs. 327/328.

3. La solución legislativa Si bien puede considerarse a la legislación norteamericana y alemana como fuentes de inspiración del legislador argentino, éste se ha apartado tanto de una como de la otra en la regulación de los institutos comentados. Ha restringido la actuación del agente encubierto (hasta el momento) al campo específico de los delitos vinculados a estupefacientes, mientras que el ámbito de aplicación tanto en los Estados Unidos como en Alemania es mayor. Por otro lado, esta restricción obedece a que se han regulado ambos institutos dentro de una ley penal especial (la 23.737), mientras que en Alemania, en forma más coherente, es prevista la figura del agente encubierto en la ley procesal.¹¹

Como bien señala Guariglia,¹² la solución más coherente hubiera sido la inclusión de ambas figuras dentro del Código Procesal Penal de la Nación, ya que pareciera que su naturaleza (si es que tienen alguna) es de índole procesal. Este es un extremo respecto del cual insistiremos a lo largo de este trabajo. También, como lo hace el autor mencionado, merece destacarse lo siguiente: al ser de competencia federal el juzgamiento de los delitos referidos a estupefacientes el legislador ha evitado casi aleatoriamente el reproche de inconstitucionalidad de la ley 24.424 que, de otro modo, hubiera significado una intromisión en facultades no delegadas por las Provincias como es la materia procedimental.

II. EL "ARREPENTIDO". Aspectos dogmáticos

1) Si "arrepentirse" es, según la Real Academia Española, "pesarse a uno de haber hecho o haber dejado de hacer alguna cosa", la hipótesis consagrada en el art. 29 ter de la ley 24.424 poco tiene que ver con un verdadero arrepentimiento. De ahí que la denominación difundida para quien con anterioridad o durante la sustanciación del proceso revela identidades de coautores o partícipes de los hechos investigados o suministra a la autoridad datos o información que permita secuestrar

11 En España se incluían entre las "circunstancias cualificadas" para la graduación de la pena en el C.P. derogado (art. 57 bis b) ap. 1ero. punto b). la de haber coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, lo que no ha sido mantenido en el código penal de 1995. La ley 30 de 1986 (31 de enero) de Colombia (Estatuto Nacional de Estupefacientes) dispone en el art. 45 que "La persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso. se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes".

12 *El ingreso ...* cit. pág. 202.

elementos en infracción a la ley de estupefacientes, no se ajusta al significado antes apuntado.

Ello desde el momento en que los móviles que llevan a quien procede de esta manera no son producto de la autoconstricción, ni mucho menos. Más bien persiguen obtener como beneficio una reducción o exención de la pena que podría corresponderle por el delito cometido, a cambio de la delación.¹³

Estamos aquí ante una cuestión de política criminal. Muy polémica, por cierto, ya que no se trata de aquel famoso "puente de plata" que le tendía el derecho penal al delincuente y del que hablaba Sebastián Soler refiriéndose al desistimiento voluntario en la tentativa.¹⁴ Aquí se impone el criterio práctico, en medio de una "negociación" muy particular entre el Estado (a través de sus órganos judiciales) y quien se encuentra incurso en uno de los delitos previstos en la ley 23.737 y en el art. 866 del Código Aduanero. Este negocia con lo que sabe y calla aquel con la pena correspondiente para el delito.

En este "toma y daca" extraño a nuestra práctica penal, más que el reproche al particular por utilizar un recurso tan deleznable en beneficio personal como es la delación, lo llamativo son las atribuciones que se le otorgan al órgano jurisdiccional del Estado, encargado de la represión de los graves delitos previstos en la ley 23.737. Nótese que se está ante una verdadera utilización de la pena como factor de negociación. Habría que pensar en cuál de las teorías elaboradas a lo largo de la historia del pensamiento penal para explicar el fundamento y fin de la pena se podría encuadrar este particular recurso.¹⁵

Edwards fundamenta la figura en la necesidad de obtener información en la represión de la narcocriminalidad, para lo cual el Estado se vale de un "incentivo" al delincuente (la reducción o exención de pena) quien, a cambio, revela "información vital para desbaratar a una organización delictiva superior".¹⁶ Coincidimos con el autor en que se trata, en definitiva, de una cuestión de política criminal. Pero pretender, como lo hace, que el Estado se enfrenta ante dos valores en pugna (la necesidad de aplicarle una pena al arrepentido por el delito que come-

13 Cfr. Luis Losada, op. cit., pág. 1085. También Marco Antonio Terragni, op. cit., pág. 1450/1451 (ver nota n° 5).

14 Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1988. T. II pág. 271.

15 Losada claramente afirma que "La imagen del poder estatal como proveedor de seguridad jurídica indudablemente resulta resentida éticamente con esta suerte de seducción hacia el imputado de delito intercambiando reducción o exención de penas por datos precisos", op. cit. pág. 1086.

16 Op. cit., págs. 32/33

tió y la urgencia de contar con información sobre organizaciones delictivas que trascienden la persona del informante), es plantear un falso dilema. No entendemos cómo se compatibiliza este presunto "Estado de necesidad institucional" con los principios de legalidad e indivisibilidad que caracterizan el ejercicio de las acciones penales públicas en el Derecho Penal Argentino (arg. art. 71 C.P.). Por otro lado, y sin desconocer el carácter de no convencional de ciertos delitos vinculados a estupefacientes, *mutatis mutandis* el Estado Argentino podría verse ante la misma "urgencia" de contar con información ante la represión de cualquier organización delictiva que trascienda a un particular (v. gr. asociación ilícita, banda, etc.), lo que implicaría directamente una reforma, introduciendo el instituto en la parte general del código penal. Algo que, hasta donde conocemos, a nadie se le ha ocurrido.

2) Más allá de lo arduo que resulta encontrarle una naturaleza jurídica a este instituto,¹⁷ intentaremos comentar algunos requisitos de procedencia y diversos problemas prácticos que pueden suscitarse en su implementación procesal.

Al permitirle la ley brindar información "durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación", surge la duda si necesariamente el "arrepentido" debe revestir necesariamente la calidad de imputado en el proceso penal.¹⁸ Si bien generalmente tendrá ese carácter, podría darse la circunstancia excepcional de una persona que, con anterioridad a la iniciación de la investigación y por cualquier motivo, negocie su impunidad anticipadamente a cambio de datos sobre identidades, lugares de guarda de elementos en infracción a la ley 23.737, etc. ¿Qué calidad procesal tendría quien obre de esa manera? Las respuestas pueden ser varias: desde asignarle necesariamente la calidad de imputado hasta la de denunciante¹⁹ o testigo.²⁰

Creemos, ya que de negociaciones prácticas se trata, que el

17 Conf. Claudia Neira. *El arrepentido y el agente encubierto Reflexiones acerca del "Proyecto de ley contra las actividades terroristas"*; L.L. del lunes 28/4/97. pág. 3

18 Así se pronuncia Edwards, op. cit. pág. 35 confundiendo la calidad procesal de imputado con la mera intervención del "arrepentido" en el hecho delictivo que se persigue. La Cámara Nacional de Casación Penal en "Orozco" nada agrega al texto legal, limitándose a afirmar que para la aplicación del art. 29 ter de la ley 23.737 se requiere como presupuesto objetivo que la persona esté *incurso* en los delitos previstos en la ley de estupefacientes o en el art. 866 del Código Aduanero (J.A. cit., pág. 324).

19 Como lo entiende Losada, op. cit. pág. 1087.

20 Cfr. Claudia Neira. op. cit., pág. 4.. quien rechaza, con sólidos argumentos procesales, todas las posibilidades.

"arrepentido" incluirá entre sus peticiones -y a cambio de lo que ofrece- las lógicas garantías de seguridad para su persona y su grupo familiar. Algo que el tribunal debe, aún de oficio, proveer (art. 33 bis. ley 23.737). En ese caso, si se le da al "arrepentido" la calidad de imputado en el proceso podría caerse en la contradicción de, por un lado, rodear su posición con las garantías procesales inherentes a tal calidad, mientras que por otro se lo arriesga a un eventual descubrimiento de la maniobra delatoria.

Ocurre lo mismo respecto a la posible calidad de denunciante: por imperio del art. 175 del C.P.P., el funcionario que la recepta comprobará y hará constar su identidad. No tiene cabida en nuestro ordenamiento ritual las denuncias como tales de carácter anónimo, por lo que esta forma de iniciar la instrucción no se aplica al "agente delator".

Las dificultades en encontrar una figura procesal que permita encasillar al "agente revelador" es una prueba palmaria del desfasaje producido entre su inclusión en el régimen de la ley 23.737 y el Código Procesal Penal de la Nación, que contempla determinadas formas de comenzar la instrucción sin aludir a negociación alguna con quien puede tener la calidad de imputado.²¹

Por otro lado, compartimos la afirmación de Losada en el sentido que el "arrepentido" debe, necesariamente, haber "tentado o cometido el hecho de que se trata".²² Particularmente y en relación al nuevo tipo de confabulación (art. 29 bis, ley 23.737) no existirá la tentativa,²³ lo que puede haber llevado al legislador a prever una "hipótesis particular de arrepentido" en el último párrafo de dicho artículo.

3) Pero los aspectos más conflictivos de la norma están referidos a la instrumentación procesal de los beneficios que prevé para el "arrepentido", lo que se encuentra íntimamente vinculado con la calidad de la información que éste ha suministrado.

En efecto, el "arrepentido" se ve beneficiado con la reducción de la pena que le correspondiere "hasta la mitad del mínimo y del máximo" o con su exención en tanto aporte "datos suficientes" que permitan el procesamiento de los partícipes y autores del delito que se trate, o "un significativo progreso de la investigación". También si aporta información que permita secuestrar elementos en infracción a la ley de estu-

21 Ocurre lo mismo respecto al agente encubierto, como se desprende del fallo "Solís" de la Cámara federal de San Martín. Sala 2da. (13-9-96), J. A. del 11 de junio de 1997. pág. 56 y ss.

22 Op. cit. pág. 1087

23 Como lo advierte el propio Losada en otro trabajo (*La confabulación para cometer delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes*, E.D. 165. pág. 1036)

pefacientes, o activos de importancia provenientes de los delitos previstos en dicha ley. Esto sin perjuicio que a los fines de la exención de pena se valore especialmente la información que "permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes".

El tenor literal de la norma lleva claramente a descartar informaciones superfluas o intrascendentes para la investigación. Pueden, en cambio, suscitarse múltiples cuestiones en cada caso concreto y en relación a la "significatividad" de la información que se proporciona, lo que se deriva de la amplitud de los términos utilizados por el legislador y del poder que, en definitiva se ha otorgado a los jueces para valorar los datos del infidente.

La jurisprudencia existente hasta el momento ha brindado algunas pautas al respecto. Para el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza los datos no deben conducir necesariamente a una investigación exitosa, "pues no podría exigirlo así la ley, porque si el delator -por hipótesis- aportó una batería de datos fidedignos y precisos y la investigación, por apresuramiento o por errores, por ineficacia o inexperiencia, no llega a buen destino, el acusador sufriría las cargas de su delación -particularmente los peligros- sin contrapartida a su favor".²⁴

Si uno de los extremos que caracteriza una "investigación exitosa" es la suerte que pueda correr el procesamiento de los imputados, distinto es el criterio de la Cámara Federal de Bahía Blanca, en cuanto decidió (por mayoría) que "Si a los sindicados por el presunto revelador se les revocó el procesamiento decretado en primera instancia, tampoco se da un requisito esencial, a nivel de condición necesaria, exigido por la Ley 24.424 para beneficiar al procesado a tenor de esta última ley".²⁵

Otro aspecto interesante es el abordado por la Sala Iera, de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo "Orozco" (22-3-96)²⁶

24 Ver el fallo en E.D. t. 167, pág. 255 y ss. con nota aprobatoria de Luis María Desimoni. *Elementos utilizables para producir estupefacientes. La figura del arrepentido. La validez de la requisita realizada por la policía* También en el *Suplemento de Jurisprudencia Penal* de La Ley. 30/5/1997. pág. 35. Para la Cámara federal de Mendoza (autos N° 60.590-C-4.871. Sala "B", 28/7/1996) los datos suministrados deben ser de entidad suficiente "y que contribuyan palmariamente a esclarecer la verdad de los hechos objeto de la investigación".

25 Ver el fallo en E.D. t. 167. pág. 34 y ss., con nota aprobatoria de Nemesio González. *La instrucción debe resolver los problemas del arrepentido. Sobre los privilegios incorporados por la ley 24.424 para los reveladores encausados por infracciones a la ley de tenencia y tráfico de estupefacientes* N° 23. 737.

26 J. A. 1996-IV ya citado, págs. 327/328.

respecto a si el "arrepentido" o "agente revelador" puede aportar los datos que conoce en el transcurso de su declaración indagatoria o debe hacerlo en un acto especial. De ello derivan, por lo menos, dos cuestiones más: la primera es acerca del secreto en el acto de la revelación. La segunda es la posible confusión entre "colaboración" y "confesión".

Sin perjuicio de no aportar mayor argumentación al respecto, creemos que la Casación, al admitir los datos suministrados por el revelador en el transcurso de su indagatoria como causal para la procedencia del art. 29 ter. ley 23.737, permite ampliar los actos reveladores, los que pueden ser producidos en forma secreta o no. También elimina el argumento por el que el "arrepentido" no debe confundirse con el "confeso", una entelequia sin razón de ser: si una persona puede suministrar datos en un acto procesal sin formas ni garantías definidas en ninguna ley... ¿Por qué razón no va a poder hacerlo en su acto de defensa más importante a lo largo de todo el proceso?

4) Hemos dejado para el final de nuestro breve comentario respecto al "arrepentido" la cuestión trascendental de si procede o no durante la instrucción el beneficio de la excarcelación en su favor. En otras palabras: previendo la ley una reducción o eximición de pena para quien delata o "colabora con la investigación". Se plantea el problema de si esa reducción o eximición puede ser "anticipada" durante la etapa instructoria, procediendo el juez a practicarla "en abstracto" y en relación a la pena prevista para el delito que podría corresponder al "arrepentido", lo que implica valorar la información suministrada por éste, al respecto, puede argumentarse en dos direcciones diferentes.

a) Una postura restrictiva o negatoria podría apoyarse en el hecho que admitir la excarcelación en la etapa instructoria implicaría exigirle al juez una valoración de la información que puede resultar "prematu- ra", partiendo de la base que el valor de los datos aportados por el "arrepentido" recién se justipreciará al momento del debate respectivo.

Así, se correría el riesgo, por mencionar un caso, que el Juez de Instrucción valorara un dato o datos como "de significativo progreso para la investigación" y concediera la excarcelación de una persona imputada por cualquier delito previsto en la ley 23.737, y que *a posteriori* la Cámara Federal o el Tribunal Oral respectivo, según el caso, valoraran el aporte de modo inverso, con el imputado ya excarcelado y con inciertas posibilidades de ser nuevamente detenido. O bien que el Juez de Instrucción, basándose en los datos proporcionados por el delator, procesara a los otros encausados otorgando la excarcelación del primero y luego ese procesamiento fuera revocado por la Cámara Federal respectiva, no dándose de esa manera el requisito del inc. a) del art. 29

bis de la ley.

También podría argumentarse la falta de competencia del juez de instrucción en lo referente a expedirse sobre la eventual reducción o exención de las penas previstas en la nueva ley para con los colaboradores de la justicia en el proceso, ya que sólo instruye en la causa y no juzga delitos, según el reparto de competencias realizada en los arts. 32 y 33 del C.P.P. y 16 y 17 de la ley 24.050.²⁷

Por último, se podría hacer una interpretación formal de los términos de la ley: al hablar ésta de “Tribunal”, descarta al juez de instrucción entre los órganos judiciales facultados para reducir o eximir de pena al “arrepentido”.

b) En cambio, para la postura contraria, procede la excarcelación del “arrepentido” en la etapa instructoria ya que su negación implicaría destruir la razón de ser del instituto, que sería “inducir” a quien se encuentra incurso en los delitos mencionados en el art. 29 ter de la ley a delatar autores y partícipes de los delitos investigados o a suministrar datos que permitan secuestrar elementos relacionados con estupefacientes, a cambio de un beneficio (reducción o exención de la pena que podría corresponderle) anticipado.

Así, no tendría sentido esperar a la etapa de juicio para otorgar la excarcelación, sino que el beneficio debe resolverlo el juez de instrucción.²⁸ Lo contrario implicaría poner en peligro la integridad física y hasta la vida del “arrepentido”, en contradicción con lo dispuesto en el nuevo artículo 33 bis de la ley 23.737. También, si bien deben (art. 31 sextes, ley 23.737) tomarse los recaudos para asegurar la reserva de identidad del “arrepentido”, en muchos casos y por la modalidad de la investigación, pueden los otros miembros de la organización

27 Argumento sostenido por el Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca in re “R., J.S. s/excarcelación” y que fuera revocado por la Cámara Federal respectiva, ver K.D., t. 167, pág. 33 y la nota siguiente.

28 Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala II in re “R., J.C. s/excarcelación”, E.D. t. 167 pág. 33: “Si el procesado está detenido con prisión preventiva en orden al delito de tenencia agravada de estupefacientes y posteriormente su defensa pide la excarcelación, en virtud de la nueva ley 24.424. invocando que el procesado reveló datos suficientes que lo benefician según la nueva normativa, el juez de primera instancia es competente para decidir el nuevo pedido aun cuando su condición de magistrado de instrucción le impida juzgar”. Para la Cámara Federal de Mendoza y del tenor del fallo antes citado, surge (si bien no explícitamente como en el caso de su par de Bahía Blanca) que en caso de ser la información de entidad suficiente como para contribuir palmariamente a esclarecer la verdad de los hechos objeto de la investigación, puede otorgarse la excarcelación en la etapa instructoria. Cuando no surge tal extremo, es el Tribunal de Juicio en la etapa plenaria el que debe merituar los elementos incorporados por el encartado, conjuntamente con todos los elementos de convicción que puedan arrimarse.

“atar cabos” y darse cuenta quién delató. Si éste está detenido en el mismo lugar junto con ellos, las consecuencias son de imaginar.

Nos volcamos por la segunda argumentación, sin desconocer lo controvertido del tema. Planteado un caso concreto, debe el juez de instrucción iniciar el incidente de excarcelación respectivo y resolver sobre el beneficio, lo que le obligará a adelantar un juicio de valoración sobre la información suministrada por el colaborador. Si concluye que ésta se encuadra en las hipótesis previstas en el art. 29 ter de la ley 23.737, deberá practicar la reducción prevista por la ley o, en su caso, eximir al delincuente de pena, lo que tornaría viable el beneficio en caso de encuadrarse en las prescripciones del C.P.P.²⁹

Por supuesto que nuevamente las dificultades formales para tal proceder sallan a la vista. Inexplicablemente, la ley omite toda referencia formal en la implementación de la figura (nótese, como dato llamativo, la omisión de participación alguna del Ministerio Público), quizá porque el legislador consideró que se estaba reformando una ley penal especial. Se nota una vez más la raigambre procesal del instituto del arrepentido y su falta de inserción en las categorías formales del código procesal federal, lo que suscita cuestiones prácticamente sin solución.³⁰

Como luego especificaremos, se produce en la implementación práctica de la figura un choque o conflicto entre garantías procesales de distinta índole que el legislador no quiso o supo solucionar. Mientras no se reforme el código procesal penal de la Nación, las puertas de la inconstitucionalidad seguirán abiertas en relación al art. 29 ter de la ley 23.737. La “política criminal” del legislador no sólo ha resultado confusa en cuanto a sus fundamentos, sino también bastante pobre en su implementación.

III. EL AGENTE ENCUBIERTO. Problemas dogmáticos

- 1) Como pudo verse *supra* (punto I; 2), la introducción legislativa

29 La mayoría de la doctrina sobre el tema omite pronunciarse al respecto. Conf. con la solución del texto. Losada (*El art. 29 ter de la ley 23.737 - "El arrepentido"* - cit. pág. 1091. otro problema puede surgir respecto al *momento procesal* en que el Juez de Instrucción puede otorgar la excarcelación del "arrepentido". Al prever la ley que la información suministrada conduzca al procesamiento de los coautores, cómplices o encubridores, perfectamente podría el Juez esperar hasta ese acto procesal para decidir al respecto.

30 Cfr. Claudia Neira. op. cit. págs. 3 y 4. Para la autora "lista norma no resulta coherente con nuestro sistema jurídico-penal y procesal penal". Más adelante afirma que "no hay forma de insertar este instituto en nuestro sistema, sin violar los derechos del imputado comprendidos en la genérica garantía de defensa en juicio. Por otra parte, tampoco se puede determinar... qué valor probatorio intenta reconocerse a las pruebas aportadas por el "arrepentido"

de agentes encubiertos constituye una verdadera novedad en Argentina. En el régimen de reformas a la ley 23.737 introducidas por la ley 24.424, resulta notorio que el legislador ha regulado la intervención de los mismos con mayor detalle (arts. 31 bis a 31 quinqués de la ley 23.737), lo que no implica eximir su solución de ciertas críticas, tal como lo intentaremos exponer a continuación.

Uno de los puntos preliminares es la fundamentación del instituto. Surge nuevamente la remanida expresión "cuestión de política criminal para tratar de explicarlo, más se trata de desentrañar *qué* política criminal ha instrumentado el legislador con el ingreso del encubierto al sistema penal argentino.

Sin duda, se ha privilegiado la *eficacia* en la lucha contra los delitos vinculados a estupefacientes. Pero la pregunta es si esa eficacia implica, a su vez, autorizar a los propios agentes del Estado a cometer delitos en pos de ella. Observamos en cierta doctrina una especie de paralelismo en la argumentación: nos encontraríamos nuevamente frente a lo que antes denominamos "Estado de necesidad institucional": pareciera que el Estado obra lícitamente cuando sacrifica un bien de menor entidad en pos de resguardar uno mayor que sería, en este caso, desbaratar organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico.³¹

Aquí ya no estamos ante un particular "arreglo" entre el Estado y el sospechado de un delito, en el que se negocia exención o reducción de penas por información. El problema ético y jurídico que genera en Argentina el uso de agentes encubiertos en una investigación penal es si la tan remanida eficacia puede sobrepasar los límites garantistas que debe observar el Estado de Derecho. Y si el criterio utilitarista que parece justificar tal práctica puede llegar hasta admitir la propia negación del derecho, como es el delito.

Sin ignorar esta cuestión preliminar (sobre la que volveremos en el punto final de este trabajo) ni desconocer que los Tribunales han declarado expresamente la constitucionalidad del uso de agentes encubiertos en las investigaciones penales por estupefacientes,³² comentaremos brevemente la figura tratando de poner el acento en los aspectos que resulten más conflictivos.

2) Previo a todo, creo necesario recordar la significativa advertencia que en su momento hiciera Gimbernat Ordeig refiriéndose a la dogmática jurídico penal como "ciencia neutra" en el sentido que "lo

31 Cfr. Edwards, op. cit. pág. 53/54

32 Cámara Federal de San Martín Sala Iera. 20/7/95 in re "Sequeira" J.A. del 23 de abril de 1997. Ya con anterioridad -como lo recuerda la propia Cámara- la Corte Suprema se pronunció en tal sentido en el fallo "Fernández" antes citado (ver nota 7).

mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen".³³ Debido a la abundante bibliografía al respecto³⁴ y como antes dijimos, reseñaremos sólo los aspectos que consideramos trascendentes en la configuración legislativa del agente encubierto.

Puede definirse en principio al agente encubierto como el empleado o funcionario público que, voluntariamente y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, etc. de la misma.³⁵ Son algunos presupuestos para la intervención del agente encubierto en el proceso penal:

a) Que se encuentre abierta una investigación judicial relacionada con la comisión de algún delito referido a estupefacientes o previsto en el art. 866 del Código Aduanero (contrabando de estupefacientes). Esto implica que la designación del agente encubierto debe ser efectuada por el Juez formalmente (resolución fundada) en un proceso penal en donde se investigan los delitos antes referidos.³⁶ Si bien se advierte cierta ambigüedad en la fórmula, debe tratarse de una investigación de un hecho o hechos concretos (consumados o, por lo menos, en grado de tentativa) que hayan puesto en funcionamiento el proceso penal y temporalmente anteriores a la investigación estatal.³⁷

El art. 31 bis de la ley 23.737 no sólo limita el ámbito de aplicación de la figura (lo que, al momento de escribirse este trabajo, intenta ampliarse a las "actividades terroristas" en los proyectos de ley al respecto), sino que *ab initio*, judicializa la misma, evitando un manejo policial del recurso investigativo sin intervención judicial, lo que sería directamente inadmisibles en orden a las garantías procesales afectadas.

Nótese que el legislador no sólo impone al juez la fundamentación de la medida, sino que establece una "cláusula de subsidiariedad".³⁸

33 *Estudio de Derecho Penal*, 3era. Ed., Madrid. 1990. pág. 160. Sobre el tema. Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 139 y ss.

34 Vid., por todos, Guariglia. *El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino*, cita quien seguimos fundamentalmente en este punto.

35 La definición es de Edwards. Op. cit., pág. 53.

36 Si el Juez ha delegado la investigación en el Ministerio Público según lo dispuesto en el art. 196 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación, el Fiscal debe necesariamente que solicitarle al Juez la implementación de la medida.

37 Conf. Guariglia. op. cit., pág. 204, quien recurre a la analogía con el art. 193 inc. 1ero. del C.P.P. como guía para la interpretación.

38 La denominación es de Guariglia, op. cit. pág. 203

El empleo de agentes encubiertos sólo será posible cuando “las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo”, expresión sumamente elocuente en cuanto a la excepcionalidad del recurso investigativo.

En ese sentido, bien ha dicho Guariglia que debe tenerse en cuenta, al momento de decidir la intervención de un agente encubierto, el principio de proporcionalidad entre la magnitud de la ingerencia estatal y la gravedad del delito a investigar. En la “cláusula de subsidiariedad” estaría consagrado, al menos parcialmente, el principio referido.³⁹

b) Otro requisito es que el agente encubierto pertenezca a las “fuerzas de seguridad”⁴⁰ y estar en actividad. No pueden ser obligados a realizar tal labor y a su vez el legislador ha rodeado su actuación de una serie de medidas protectoras tanto de su persona como de su *status* funcional.⁴¹

3) Dentro de los requisitos dogmáticos, hemos dejado para el final los aspectos quizá más conflictivos en la regulación legislativa del agente encubierto: su impunidad en caso de realizar hechos típicos previstos en la ley 23.737 y en el art. 866 del Código Aduanero y en caso de cometer delitos en general “como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada”. También la cuestión de su diferencia con el agente provocador.

Según enseña Guariglia, el legislador argentino se apartó de su precedente alemán al respecto, donde no se admite la comisión de delitos por parte del agente encubierto.⁴² Ante la solución legislativa argentina se han planteado a nivel dogmático dos alternativas que merecen distinta respuesta en el general esquema de la teoría jurídica del delito:

a) Según lo dispuesto en el art. 31 bis 2da. parte inc. b), los

39 Op. cit., pág. 205. El principio de proporcionalidad llevaría a descartar la intervención de agentes encubiertos en casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Además, la propia ley de estupefacientes habla de la intervención en “organizaciones delictivas”, lo que descartaría *ab initio* la hipótesis.

40 Sobre el punto, con detalle. Kdwards. op. cit. pág. 60 y ss. Según el decreto nacional 1273/92 reglamentario de la ley 24059 sobre Seguridad Interior, se entiende por “fuerza de seguridad” a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional y como fuerzas policiales a la Policía Federal Argentina y a las policías provinciales (art. I). La norma equivaldría a afirmar que sólo pueden actuar como agentes encubiertos efectivos de la Prefectura y la Gendarmería. En realidad y más allá de esta interpretación estrictamente literal, no existe fundamento alguno por el que se deba limitar la actuación a estos efectos. Generalmente el juez recurrirá al auxilio de las fuerzas policiales que son las que utiliza cotidianamente en la investigación relacionada con estupefacientes.

41 Con detalle. Edwards. op. cit. Capítulo VIII págs. 97 y ss.

42 Guariglia. op. cit. pág. 210.

agentes encubiertos pueden participar en la realización de alguno o algunos de los hechos previstos en la ley 23.737 o en el art. 866 del Código Aduanero. Estamos en presencia de una causa de justificación,⁴³ que, a nuestro entender, sería el cumplimiento de un deber⁴⁴ (podría alegarse también un estado de necesidad justificante o un supuesto de obediencia debida).

Cualquiera que sea el encuadramiento, el actuar del agente encubierto, según este temperamento, es lícito. Pueden surgir dificultades con la expresión legal "participen" del inciso mencionado, la que daría pie a pensar que el agente encubierto puede ser partícipe criminal de los delitos allí previstos. La imposibilidad de tal concepción resulta evidente, desde el momento en que el agente encubierto, de ser partícipe criminal, no podría ampararse en una causa de justificación que torne el hecho lícito respecto de él y a la vez ilícito con relación al resto de los partícipes. Como dice claramente Rivacova y Rivacova: "En un acto justificado se encuentran exentos de toda responsabilidad cuantos a cualquier título concurren a su producción, es decir, no sólo sus autores, sino igualmente los partícipes (instigadores y cómplices)."⁴⁵

Para evitar tal sinsentido, debe interpretarse el término legal "Participen" como "tomar parte", sin hacer referencia alguna a cualquier categoría de la participación criminal. Nótese que, a diferencia de la hipótesis que consideraremos a continuación (delitos no comprendidos en las leyes 23.737 y Código Aduanero) la ley, esta vez correctamente, habla de "hechos" y no de delitos.

b) La restante hipótesis está contemplada en el art. 31 ter 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". Se trata claramente de una excusa absolutoria, de dudosa política criminal. El legislador argentino no sólo ha permitido al agente encubierto la comisión de delitos vinculados a

43 Conf. Fabricio Guariglia. op. cit. pág. 210, aunque sin especificar a qué causa de justificación se trata. Edwards (op. cit., pág. 79 y ss.) menciona las distintas posturas sostenidas en el debate parlamentario, sin pronunciarse respecto a esta hipótesis. Para Zysman se trataría de una actuación "atípica o a lo sumo justificada" (op. cit., pág. 4).

44 De considerar a dicho cumplimiento como causa de justificación. Podría, siguiendo el conocido esquema de Zaffaroni en cuanto a la tipicidad conglobante, tratarse de una causa de atipicidad (*Manuel de Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. 1988, págs. 464 y ss).

45 *Las causas de justificación*, Bs. As., 1996, pág. 52. En el mismo sentido, Zaffaroni *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Bs. As., 1988., T. IV pág. 369 ("No será punible nunca la participación en una conducta justificada, sin perjuicio de que, eventualmente, pueda configurar una autoría").

estupefacientes, sino que ha ido más allá, ampliando en forma inadmisiblemente sus facultades al brindarle la posibilidad de cometer cualquier delito, aunque con una limitación: 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".

Coincidimos con Guariglia⁴⁶ en el sentido que se ha legislado una excusa absolutoria amplísima, con un límite tan difuso que pierde su función de tal. Serán los Tribunales quienes se encargarán de especificar cuándo se estuvo ante un "peligro cierto" de la vida o integridad física de una persona o un grave sufrimiento físico o moral a otro. La "dudosa" política criminal que antes mencionamos consiste, ni más ni menos, en la carencia de fundamento alguno que justifique la hipótesis prevista por el legislador. Hubiera sido conveniente no agregar mayores excepciones a la de por sí excepcionalidad en el proceso penal que reviste la actuación de un agente encubierto.

4) Se ha planteado con insistencia la necesidad de distinguir al agente encubierto del *agent provocateur* o agente provocador de la doctrina francesa y alemana.

Si se toma como parámetro la sencilla definición de Carlos Creus para delimitar el agente provocador ("Quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo"),⁴⁷ el ámbito de actividad del agente encubierto puede dar lugar a confusiones con el provocador.

Siendo este ámbito *per se* extraordinario (el agente encubierto cuenta con una autorización genérica de la que carecen el resto de los agentes estatales y a la vez cuenta en su accionar con condiciones menos rigurosas que el resto de los ciudadanos)⁴⁸ una forma de limitarlo es, precisamente, negar enfáticamente la posibilidad de que el agente encubierto actúe como agente provocador.

Surge de la propia ley (art. 31 bis) que el ámbito de actividades del agente encubierto se orienta a conseguir información sobre las actividades de "organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de delitos previstos en esta ley" (inc. a), pudiendo (excepcionalmente) participar en la realización de alguno de los hechos previstos en la ley 23.737 y en el art. 866 del Código Aduanero y (más excepcionalmente aún) cometer delitos. Nada dice la ley respecto a la provocación a cometerlos. Si de por sí es difícil compatibilizar la figura

46 Op. cit., pág. 211.

47 Carlos Creus. *Derecho Penal Parte General*, Bs As. 1992 pág. 425

48 *La introducción del llamado agente encubierto a la legislación argentina en Nueva Doctrina Penal cit.*, pág. 275/276.

del agente encubierto con nuestro procedimiento penal liberal, es francamente repugnante al Estado de Derecho que agentes encubiertos puedan no sólo cometer delitos sino provocar su comisión.

IV. ¿Crisis del Derecho Procesal Penal liberal?

1) A lo largo de todo este trabajo hemos recalcado la naturaleza procesal que tienen las figuras del "arrepentido" y del agente encubierto y las consecuencias de su previsión legislativa en una ley penal especial y no en el código procesal penal de la Nación.

Surge palmariamente que nuestro proceso penal, tal como está estructurado en la ley 23.984, es incompatible con la existencia de "arrepentidos" y con la actuación de agentes encubiertos. El problema no consiste tanto en las formalidades que deben rodear la actuación de uno y otro, sino en relación al resto de los imputados que pueden ver vulneradas sus garantías constitucionales. Por ejemplo, sus defensores, en principio, no podrán acceder a la totalidad de la prueba en contra de sus clientes cuando en la causa ha delatado un "arrepentido", ya que esto implicaría poner en evidencia esa delación.

En relación con el agente encubierto, las principales dudas se orientan a la inviolabilidad del domicilio particular y al valor de las manifestaciones hechas por los imputados al agente, ignorando su condición de tal.⁴⁹

Derecho de defensa, presuntas excepciones al principio de publicidad de los actos de gobierno, inviolabilidad de domicilio, prohibición de ser obligado a declarar en contra de sí mismo, son ejemplos de que la cuestión no es meramente formal, sino de índole constitucional. Y es aquí donde, entendemos, debe plantearse la cuestión: en los límites a los institutos comentados.

2) como se ha enseñado, el derecho procesal penal es el reglamentador natural de las garantías individuales en su relación con la persecución penal estatal. Según enseña Tiedemann, el proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos la más intensiva confrontación con el Poder soberano del Estado "La situación conflictiva en el proceso penal entre ciudadanos y Estado, que resulta de la sospecha del hecho, exige una regulación jurídica, en la medida de lo posible, escrupulosa, y una limitación de los poderes estatales, así como de los derechos y obligaciones del sospechoso del hecho, pero también de otros participantes en el proceso penal".

49 Sobre ambos extremos, con detalle, Guariglia op. cit. págs. 206/210.

⁵⁰ Si el proceso penal liberal es el resultado de la lucha por la vigencia de los derechos fundamentales consagrados por los textos constitucionales, y habiendo privilegiado indiscutiblemente la eficacia en la investigación el legislador argentino en su reforma a la ley 23.737, cabe preguntarnos si esa eficacia no ha puesto en crisis el derecho procesal penal liberal en nuestro país.⁵¹

No se trata de negar la eficacia del sistema penal. Habitualmente nos quejamos de la impunidad de los delitos no convencionales y pedimos más eficacia al derecho penal y al procesal penal como respuesta punitiva idónea para este fenómeno delictivo especial. Pero ello jamás puede poner en tensión los postulados fundamentales del derecho procesal penal liberal. En otras palabras, jamás la eficacia en una investigación penal puede vulnerar garantías individuales de índole constitucional. Si ocurre el choque, deben prevalecer estas últimas, no ya por su mayor jerarquía normativa, sino por una función política: resulta más grave para un Estado de Derecho la violación a sus garantías fundamentales que la falta de eficacia en la persecución de ciertos delitos.

De esa manera que no estamos ante una crisis del derecho procesal penal liberal. Al contrario, es imperioso rescatar sus postulados al momento de analizar y aplicar institutos como los aquí comentados, orientados por una política criminal difusa y utilitaria.

En otras palabras "El hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la sospecha del hecho que resulta contra el inculpado está o no justificada. Por medio de esta clase de esclarecimiento de la sospecha del hecho consigue la sentencia la paz jurídica y se restablece la validez de la norma penal lesionada".⁵²

50 Klaus Tiedemann, *El Derecho Procesal Penal* en Claus Roxin, Gunter Arzt y Klaus Tiedemann. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel. Barcelona. 1989. pág. 132.

51 Comparten las dudas. Terragni. op. cit. pág. 1453 y Guariglia. op. cit. pág. 211 y 212.

52 Tiedemann, op. cit. pág. 134.