

Maximiliano Hairabedián

## Investigación y prueba del narcotráfico

---

Políticas antidrogas - Jurisdicción y competencia  
Desfederalización - Despenalización - Drogadependencia  
Microtráfico - Proporcionalidad de las penas - Narcotráfico  
de mediana o gran escala - Uso de tecnología - Operaciones  
encubiertas - Entrega vigilada - Informantes - Arrepentidos  
Investigaciones patrimoniales - Lavado de activos - Decomiso  
Extinción de dominio - Allanamiento - Requisa - Acceso  
a las comunicaciones telefónicas y digitales - Interrupción  
y apertura de encomiendas y paquetes Interceptación y derribo  
de aeronaves - Drones - Controles preventivos - Actas - Pericias  
Cadena de custodia - Nuevo Código Procesal Penal Federal

Con la colaboración de IGNACIO VERDE



## CAPÍTULO II

### TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN EN PARTICULAR

---

“Falopas duras en tipos blandos ahuecan corazones”.

PATRICIO REY Y SUS REDONDITOS DE RICOTA,  
*Sorpresa de Shangai.*

“La vida está llena de ruido y furia y al final no significa nada”.

SHAKESPEARE.

#### **I. Observación visual personal y allanamiento**

Es uno de los métodos más sencillos. Recibida la noticia de una actividad de venta (p.ej., mediante un llamado anónimo), es comisionado un policía para que se acerque al lugar sindicado y vea si hay movimientos compatibles con la compraventa de droga, como son la reiteración de intercambios fugaces de pequeños objetos. Si logra determinar este cuadro de sospecha, su declaración o informe en este sentido puede dar lugar a que un juez ordene el allanamiento del lugar. Así sucedió con la observación de un kiosco donde de noche concurrían fugazmente jóvenes, que miraban hacia todos lados, interrumpían la compra si venía alguien y demoraban la entrada si pasaba gente, situación que fue considerada suficiente por la casación nacional para dar base a un registro domiciliario.<sup>103</sup> También en otro caso originado en una

<sup>103</sup> CNCP, Sala IV, Reg. 7284.4, “Betanzo”, cit. por FUNES, Roque, y PLO, Nicolás, en ALMEYRA, Miguel A. (dir.): *Código Procesal Penal de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 222. Otra sala del mismo tribunal consideró que “la orden de allanamiento se encuentra debidamente fundada toda vez que, el dispositivo

llamada anónima, se averiguó que el domicilio allanado ya registraba un procedimiento en el pasado con secuestro de estupefacientes y elementos de comercialización, tras lo cual la autoridad policial comisionó personal para constatar y observar el domicilio. En las vigilancias se advirtieron “movimientos típicos de venta de estupefacientes (pasamanos, visitas por breves instantes, las personas que llegaban lo hacían observando hacia todos lados en forma nerviosa y presurosa, etc.)”, de lo cual se informó al juez acompañado de un pedido de allanamiento, que finalmente se hizo con resultado positivo. En el recurso contra la condena, la defensa consideró que la actividad investigativa había violado el derecho a la intimidad y que la orden de registro del juez era infundada e inmotivada porque “solo se apoyó en las cuestionadas tareas investigativas desarrolladas por los preventores y por ende a su criterio no existían elementos objetivos razonables para hacer una excepción a la garantía de inviolabilidad del domicilio de su asistido ni a su ámbito de privacidad”. La casación federal convalidó el procedimiento señalando que “la defensa no ha logrado demostrar que la actividad prevencional previa a la comunicación del juez comporte un avasallamiento de la garantía de intimidad; tampoco que se hayan violado las garantías de defensa en juicio y del debido proceso legal en la medida que la actividad prevencional estuvo sujeta al control del Fiscal y del juez de instrucción, quien oportunamente ordenó el allanamiento del domicilio”; y que la medida “fue ordenada a fin de constatar la ocurrencia de los hechos objeto de pesquisa en el marco de una línea investigativa, no presentándose como irrazonable según las particulares circunstancias del caso,

---

policial de vigilancia implantado en las inmediaciones de la finca cuyo registro se autoriza, permitió constatar el arribo constante y fugaz de personas que hacían contacto con sus moradores, lo cual lleva a presumir la veracidad de la denuncia anónima referida a la comercialización de drogas en dicho domicilio” (CNCP Sala I, “Saavedra”, 26/6/2006. *LL, Suplemento Penal*, octubre 2006, p. 26). Asimismo convalidó un allanamiento motivado en la observación policial de una morada sindicada por información anónima, durante la cual se pudo verificar en el lapso de una hora “que personas de a pie, en bicicleta y motos, conocidas socialmente por ser consumidores de estupefaciente, concurrían al lugar, ingresaban al taller, se entrevistaban con un sujeto masculino al que identificó posteriormente como el imputado por no más de dos minutos y luego se retiraban...también movimientos de pasamanos (transas) con este sujeto” (TSJ Córdoba, S. n° 417, 31/10/2014, “Flores”).

sino que fue dispuesto mediante una orden judicial que satisface el requisito de motivación suficiente”.<sup>104</sup>

La vigilancia del inmueble puede estar apoyada por otras actividades investigativas y de documentación conexas, como son los seguimientos de personas, las filmaciones, etc. En este sentido, la casación federal ha convalidado la observación domiciliaria y seguimiento de personas con captación de imágenes fotográficas y fílmicas, como método de comprobación de narcomenudeo y establecimiento de productores y proveedores. A partir de que se detectara concurrencia nocturna y nutrida de jóvenes en un domicilio de La Pampa, que llegaban por diversos medios y permanecen muy poco tiempo al ingresar y egresar, se realizaron seguimientos que permitían ver a un cadete de la vendedora dirigirse a un banco y hacer transferencias de dinero a personas de Mendoza, como así también movimientos relacionados con la carga y descarga de tachos, bolsas de papel madera, similares a las de harina, por parte de las personas a quienes se les envió el dinero.<sup>105</sup>

Asimismo, la observación puede complementarse con examen de basura. Esto último puede resultar de utilidad porque los residuos de las personas contienen una importante cantidad de información sobre el tipo de vida y actividades de quienes las desechan; además no se requiere una orden judicial para su inspección. Concretamente en el caso que nos ocupa, es frecuente que los vendedores de droga eliminen objetos claramente indicadores de su actividad (p. ej., los *blisters* vacíos o cajas de medicamentos que se utilizan como sustancia de rebaja; recortes de diarios y bolsas usados para hacer los envoltorios, papeles glacé con restos de cocaína, cintas de acetato con restos de marihuana adheridas, etcétera).

En los Estados Unidos el método de la observación y allanamiento ha sido probado con éxito en Portland en el marco de

<sup>104</sup> “Para disponer el allanamiento cuestionado, el instructor ya contaba con los resultados de las tareas de investigación, a través de la comunicación o información dirigida al juez, lo que le permitió tener la sospecha fundada para autorizar el allanamiento y el motivo suficiente para la intromisión a la privacidad” (CFCP Sala IV, 28/3/2014, “Salinas Palacio”).

<sup>105</sup> Se respaldó lo sostenido en la sentencia condenatoria recurrida, en orden a que los detectives “fueron elocuentes al exponer cómo obtuvieron la información, recordando e ilustrando a los presentes sobre la ausencia de elementos de seguridad —las mamparas divisorias— que hoy día se encuentran emplazadas en los sectores de caja de dicha entidad” (CFCP Sala IV, 15/7/2016, “Roldán”).

los programas de “policía comunitaria”. Se trata de una política de seguridad y persecución penal que promueve una estrategia apoyada en la asociación estrecha con la comunidad, en áreas geográficas pequeñas y delimitadas con diferentes actores interesados en la cuestión, tales como organismos públicos, centros vecinales, colegios, comerciantes, ONG, etc., con el fin de tener una acabada información, conocer las prioridades y preocupaciones principales en la materia; asesorar a la población para prevenir delitos, etcétera. A partir de que “los fiscales promovieron el dictado de lo que luego se denominarían ‘órdenes de allanamiento comunitarias’,<sup>106</sup> modalidad bajo la cual se comenzaron a aceptar para sustentar la sospecha de que en determinado domicilio se estaban llevando a cabo transacciones con narcóticos, los dichos declarados por vecinos sobre ‘actividad sospechosa’ (p. ej., entrada y salida del domicilio de personas durante todas las horas del día), apoyadas por algunas horas de observación policial”.<sup>107</sup>

La contra de investigar así en nuestro medio es que el resultado final (en término de posibilidades de condena) dependerá casi exclusivamente de lo que se encuentre adentro del domicilio. Es decir, que hará falta un allanamiento exitoso para probar el fin de comercialización. Con esto quiero significar que será necesario el hallazgo de cantidades relevantes de estupefacientes o menores cantidades unidas a claros indicadores de la actividad de venta, como ser elementos de fraccionamiento o de corte, instrumentos de peso (balanzas de precisión), dinero, etc. Por eso la Cámara Federal de General Roca consideró que la discreta vigilancia de un domicilio donde se observa que concurren personas en actitudes indicadoras de hipotéticas actividades de comercio de estupefacientes (breves visitas y algunos pasamanos) alcanza para ordenar el allanamiento, pero habiendo encontrado solo 8 grs. de cocaína y un capuchón de lapicera, “el cuadro probatorio luce débil para sostener la grave hipótesis de tráfico de estupefacientes”.<sup>108</sup>

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido que la intencionalidad lucrativa del comercio de estupefacientes

“se deriva razonablemente del análisis conjunto de la información de aportada por el denunciante anónimo a los investigadores, la concurrencia de personas que se entrevistaban con la imputada o su pareja realizaban con ellos intercambios de pequeños objetos característicos de la compraventa de sustancias estupefacientes (pasamanos o transas), como así también de la cantidad y forma en que fue hallado el estupefaciente, esto es, contenido en forma de picadura de marihuana una sola bolsa, junto a papeles de armado de cigarrillos, dentro del horno de la vivienda”.<sup>109</sup>

## 2. La filmación

Básicamente se trata de captar las “transas”. Es posible filmar personalmente o colocar una cámara oculta que enfoque en dirección al lugar dónde se producen las ventas (v. gr., en un poste del alumbrado, la caja del medidor de algún servicio, etcétera). Únicamente puede hacerse esta actividad sin orden judicial, cuando tanto la ubicación del dispositivo, como lo que capta, sean externos al domicilio, porque lo que sucede de la puerta para afuera, u observable desde la vía pública y otros sitios de acceso abierto, no está protegido por una expectativa razonable de privacidad. Es decir, solo se podrán filmar las escenas y sonidos que trascienden desde el domicilio hacia un lugar de acceso público (p.ej., el vendedor que atiende por la ventana de su casa y se lo ve o se lo escucha desde la vereda). Es condición de validez también que la tecnología empleada no haya ampliado las posibilidades de visión o escucha, de forma tal que desde afuera pueda oírse o verse lo que pasa adentro de la casa, y que a simple vista u oído no podría hacerse. En otras palabras, sin orden judicial solo puede filmarse y grabarse lo que una persona puede ver y oír externamente.<sup>110</sup> En

<sup>109</sup> Sala Penal, S. n° 456, 25/11/2014, “Rodríguez”.

<sup>110</sup> Sobre el particular, véase CAFFERATA NORES-HAIRABEDIÁN: ob. cit., pp. 286 y ss. La Cámara Federal de Mar del Plata ha respaldado la validez de la filmación domiciliaria externa (3/2/2004, “Averiguación infr. Ley 23.737, LL, Suplemento Penal, febrero 2005, con nota a favor de Palacio, Lino, “Nuevamente sobre el derecho a la intimidad y la videofilmación de comercialización de marihuana”). En la jurisprudencia comparada se observa la misma tendencia. El Tribunal Supremo español sostiene que “no existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está

<sup>106</sup> WOLF, Robert: “Community prosecution and serious crime. A guide for prosecutors”, febrero 2010, [www.ndaa.org](http://www.ndaa.org)

<sup>107</sup> DE ARAGÓN, Ernesto R.: “Hacia un mayor pragmatismo en los modelos de persecución penal”. *Actualidad Jurídica*, n° 155, Córdoba, 2010.

<sup>108</sup> “Salazar”, 28/12/2004, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 9, Lexis-Nexis, mayo 2005, pp. 690/692.

esta línea, la casación federal convalidó la utilización de una video cámara durante tres meses en dirección a un domicilio, señalando que resultó razonable porque “el dispositivo se instaló en la calle y no en el interior de la vivienda, lo cual da por tierra con una posible vulneración en el caso, a la garantía de inviolabilidad del domicilio y al derecho de privacidad”.<sup>111</sup>

Aun cuando estas medidas de investigación den resultado positivo, es decir, registren conductas compatibles con venta de drogas, por sí mismas (sin requisas de los supuestos compradores) no alcanzan para probarla judicialmente con probabilidad o certeza; son idóneas para que un juez ordene el allanamiento de la vivienda investigada, y solo en caso de lograrse el secuestro de estupefacientes, la pesquisa tendrá chances de traducirse en una condena.<sup>112</sup> Dependerá también del tipo de imagen o sonido registrado, la cantidad de estupefaciente encontrado o de la presencia de otros elementos indicadores de comercialización, como son los elementos para el fraccionamiento, las balanzas, sustancias

---

cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad. Cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas solo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicos de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. En relación con la filmación de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban actividades delictivas, se ha estimado válida tal captación de imágenes... (porque) en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuerto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el ‘Placet’ judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás” (Sala II, S. n° 1733 del 14/2/2002).

<sup>111</sup> CFCP, Sala IV, Reg. 2082, 2/11/2015, “Montecino”.

<sup>112</sup> La casación nacional convalidó esta técnica de investigación, al rechazar la impugnación de la orden de allanamiento sustentada en la existencia de filmaciones de personas que intercambiaban algo con los ocupantes de la vivienda (CNCP, Sala I, “Rosas”, 30/4/2009).

de corte, dinero, etcétera. Cuanto más explícito o reiterado sea el contenido captado, menor exigencia recaerá sobre el resultado del allanamiento a los fines de probar el comercio. Por eso la casación federal confirmó la condena a varias personas por la comisión de este delito en su casa en Chubut, a pesar de que se encontraron 26 grs. de marihuana, considerando que las filmaciones permitían ver a los acusados “intercambiando objetos imprecisos con terceros o ‘pasamanos’”, caracterizados en la sentencia recurrida como “movimientos impropios de un hogar promedio argentino y patagónico”, conjuntamente con “que no se revela en la dinámica registrada de los ocupantes alguna actividad legal y ostensible regular que así lo explique, dado que las constataciones revelaron que ninguno poseyó actividad laboral cotidiana, la numerosa y variada cantidad de concurrentes, por escasos segundos o minutos, sin finalidad conocida o aparente, el intercambio reiterado de objetos pequeños, que cabían en el puño de una mano, de dimensiones compatibles con dosis de droga ilícita y manipulaciones de dinero, la modalidad sistemática de los comportamientos ventilados”.<sup>113</sup>

La filmación del punto de venta, tiene como efecto benéfico que también contribuye a evitar nulidades del allanamiento posterior por defectos o errores en la indicación del domicilio, ya que despeja las dudas que pudiere haber sobre el lugar que se quiso allanar y quita el agravio que se exige para la declaración de invalidez.<sup>114</sup>

Cuestión conexas es la incorporación de la filmación al proceso. Como regla rige el principio de libertad probatoria, por lo cual se acudirá a la forma que se considere más conveniente (p. ej., impresión de cuadros fotográficos o imágenes seleccionadas como útiles y pertinentes; soporte digital, reproducción en juicio, etc.). El art. 26 bis de la ley 23.737 establece que “la prueba que consista en fotografías, filmaciones o grabaciones, será evaluada

<sup>113</sup> “Llegada de sujetos, salida de alguien de la casa para recibir “algo”, reingreso al domicilio para buscar otro objeto” que luego era entregado. Para el tribunal revisor, “analizadas las fotografías y filmaciones recabadas, junto con las declaraciones de los preventores encargados de la investigación, así como el material secuestrado como consecuencia del allanamiento ordenado por la justicia, se conforma de manera fehaciente la plataforma imputativa que permitió al a quo dictar la cuestionada condena donde se acreditó, de forma certera, la presencia en el caso de actividades relacionadas con la comercialización de estupefacientes (CFCP, Sala IV, reg. n° 2253, 22/11/2016, “Altamirano”).

<sup>114</sup> Por eso la casación federal ha tenido en cuenta la filmación para confirmar la validez de un procedimiento defectuoso (CFCP, Sala IV, 24/6/2015, “Gallardo”).

por el tribunal en la medida en que sea comprobada su autenticidad”, para lo cual rige también el mismo principio. De esta manera, podrá ser tenida por auténtica cuando sean captadas por funcionarios públicos y estos respalden por acta, informe o testimonio su contenido, o bien por reconocimiento del que hizo la filmación, pudiendo llegarse a la pericia cuando su autenticidad sea controvertida y los otros medios no despejen las sospechas que pudiesen recaer sobre la originalidad.

Cuando la filmación haya registrado imágenes que no correspondan al hecho objeto del proceso en que se incorpora (sea porque no tienen que ver con actividad delictiva, o bien por su vinculación con otros hechos o personas), se debe deslindar o dividir el contenido, a los fines de no afectar innecesariamente la privacidad o no perjudicar otras pesquisas, salvo que la defensa lo solicite de manera fundada como forma esencial de demostrar su teoría del caso.

### 3. La aprehensión en flagrancia

Observado un domicilio o una persona bajo sospecha de comercialización de estupefacientes, al verificarse que uno entregó un pequeño objeto y que a cambio el otro dio dinero, puede darse la interceptación policial, ya que hay una comercialización flagrante (arts. 285, CPPN; 217 CPPF; 275 y 276, CPPC). Esto puede resultar útil sobre todo en ventas callejeras (v.gr., en plazas o vehículos) o boliches. También está indicada en ciertos casos particulares con modalidades *sui generis*, tal como sucede con los puntos fijos de comercialización pero dotados de precariedad transitoria (p. ej., casas abandonadas, chozas, etc., que son utilizadas como puestos de venta por distintos vendedores que se van rotando o cambiando), modalidad que en Rosario y la provincia de Buenos Aires ha recibido como medida complementaria la demolición, remoción o destrucción del sitio luego de realizada la aprehensión y secuestro (para evitar que otro lo ocupe o adquiera y siga la actividad), siempre y cuando se hayan utilizado solo con esos fines (p. ej., que no vivan personas). O en la denominada venta “por buzón”, donde una persona deposita el dinero en un hueco y por el mismo orificio le es entregada la droga, sin que pueda verse a la persona que opera tras bambalinas despachando la sustancia ilícita. Cuando este modo de tráfico se realice en un lugar protegido por el derecho de

propiedad o a la intimidad (p. ej., una morada o comercio), para poder realizar la aprehensión en flagrancia, se requerirá la orden judicial de allanamiento.

Pero si se trata de domicilios particulares el problema de esta técnica investigativa radica en que, de no contarse con una orden de allanamiento en mano, tras la aprehensión realizada en la puerta existen pocas posibilidades de secuestrar más estupefacientes y otras pruebas adentro de la casa, ya que la demora en conseguir tal autorización, muy probablemente dará lugar a la eliminación de tales elementos por parte de la gente que hubiese podido quedar en el interior. Solo se podrá allanarla sin orden, si al momento de querer hacer la aprehensión, la persona que es perseguida se introduce en la casa (arts. 227, inc. 3º, CPPN; 142, inc. c], CPPF; y 206, inc. 3º, CPPC).

Existe jurisprudencia local y del extranjero que ha justificado allanamientos sin orden en supuestos de vigilancias en cuyo transcurso se detectó una operación de compra y venta de sustancias prohibidas u otra conducta flagrante de la ley de estupefacientes, cuando el autor se introduce al domicilio seguido por el personal policial a cargo de la pesquisa.

En un caso en que la policía vigilaba un domicilio y al observar una transacción de drogas en la ventana del domicilio allanaron sin orden, la jurisprudencia española rechazó el planteo de la defensa en orden a la falta de flagrancia, por la inmediatez (el policía estaba muy próximo a la abertura por donde se hizo la “transa”, a punto tal que logró tomar la mano de la vendedora y esposarla a la ventana). Se argumentó la urgencia de la intervención policial dentro del domicilio, pues de lo contrario la obtención de las pruebas, teniendo en cuenta que se trataba de sustancias estupefacientes, hubiese corrido serio peligro, dada la facilidad para hacerla desaparecer, evitando también la huida de otras personas comprometidas que pudieran encontrarse en el interior de la vivienda.<sup>115</sup> En la misma línea se convalidó el registro de un comercio —incluyendo los sectores privados—, tras observarse la venta de droga en el área de atención al público.<sup>116</sup>

<sup>115</sup> TSE, 4494, 30/6/2010.

<sup>116</sup> TSE, S. 6910, resol. 1031, 25/11/2010, aunque en este caso se argumentó como cuestión central que como no estaba destinado a residencia no exigía orden judicial, argumentó este último que no es admisible entre nosotros, ya que para ingresar a los sectores de un comercio vedados al público, es necesaria la orden

Y en otro caso similar, pero en el cual la flagrancia no resultaba tan clara, la casación nacional convalidó el allanamiento sin orden por parte de personal de Gendarmería que se encontraba vigilando un domicilio sospechado de ser un lugar donde se comercializaban drogas, toda vez que luego de haber visto ingresar sujetos con bultos, arribaron vehículos desde los que entraron personas a la vivienda, saliendo posteriormente uno de ellos en dirección al rodado que había dejado estacionado, y al darle la voz de alto, huyó introduciéndose nuevamente en la casa.<sup>117</sup>

Las desventajas de este procedimiento están dadas en que deberá ser muy preciso el resultado, es decir, dependerá de que se encuentre la droga y el dinero en donde cada uno de los intervinientes los guardó. Para refuerzo probatorio, es aconsejable que al testigo civil del acta se le informe lo que vio el personal actuante y especialmente, que le indiquen en qué parte de sus cuerpos o vestimentas introdujeron la presunta droga y el dinero, comenzando la revisación por tales lugares. De esta manera, cuando el testigo declare posteriormente, será valiosa su afirmación sobre este aspecto: que el dinero y la droga fueron hallados justo en los lugares donde los policías le indicaron previamente que habían visto su introducción. Recuérdese que está permitido invitar al requisado a que exhiba los objetos buscados (arts. 230, CPPN; 137 CPPF).

#### 4. Los “cortes” o “controles” a compradores

Es una de las técnicas que más se emplea, porque es la preferida por los operadores judiciales argentinos y del extranjero.<sup>118</sup> Cuenta como ventaja que presenta un gran peso probatorio.

Consiste en la vigilancia de una determinada boca de expendio, y el seguimiento a los presuntos compradores. Una vez que estos se alejan del lugar, son interceptados y requisados. El “con-

(HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *Registro y allanamiento*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012).

<sup>117</sup> Se argumentó que no era válido sostener que hubiera bastado con rodear la casa y tramitar una orden de allanamiento, porque eso daba tiempo a que los imputados escaparan o hicieran desaparecer la sustancia proscripta (CNCP, Sala II, “Tapia”, 1º/11/2000, Lexis 60002326, 8/8/2004).

<sup>118</sup> El Tribunal Supremo español ha convalidado reiteradamente el método de vigilancia, control de compradores y allanamiento (A. 531, 26/2/2009; Sents. 353/2011; 3103; y resol. 529 del 20/5/2009, entre otras).

trol positivo”, o sea, el hallazgo de sustancia en su poder, puede probar la comercialización o la entrega<sup>119</sup> y además proporciona el fundamento suficiente para que un juez ordene el allanamiento del domicilio. El resultado positivo del procedimiento, refuerza la hipótesis de comercialización; y el negativo no necesariamente derrumba el conocimiento que pueden arrojar los controles previos.<sup>120</sup>

Un solo control positivo es suficiente para que se libre orden de allanamiento del domicilio, sea que se encuentre mucha o poca droga, aunque evidentemente cuando mayor sea la cantidad, más evidente será la necesidad de allanar cuanto antes. En este sentido, la jurisprudencia acepta que un solo control que deriva en hallazgo de sustancias proscriptas da base legal para el registro domiciliario, más aún si el investigado tomaba medidas para evitar ser descu-

<sup>119</sup> La doctrina señala que el comercio requiere habitualidad, abarcando “tanto el que vende o transfiere la mercadería, como el que la adquiere, siempre y cuando, las conductas sean desarrolladas dentro del marco de un emprendimiento de tipo comercial. De lo contrario, la conducta de quien distribuya la droga, aunque sea a título oneroso, será captada por los tipos delictivos descriptos en el inc. e) de art. 5º de la ley 23.737 (entrega, suministro y facilitación)” (ALTAMIRA, Rodrigo: “Figuras de estupefacientes desfederalizadas”, en *Fuero de lucha contra el narcotráfico*, 2ª ed., Alveroni, Córdoba, 2013). En la misma línea se ha dicho que “[...] para que exista comercio no bastará la constatación de una sola venta de la mercadería ilegítima, pues ello solo no es suficiente para que el sujeto activo sea considerado un verdadero traficante [...] será exigencia la habitualidad de la conducta comercial” (TAZZA, Alejandro O.: *El comercio de estupefacientes*, Nova Tesis, Rosario, 2008, pp. 62 y ss.). En cambio, la casación provincial sostiene que “el delito de comercialización de estupefacientes (art. 5º, inc. c, primer supuesto, ley 23.737) se satisface con la realización de cualquier transacción ilícita, en tanto sea cometida con el fin de lucro y revele una tendencia a la habitualidad. En consecuencia, la multiplicidad de actos de esa naturaleza constituye un *plus* que puede valorarse al momento de realizar la graduación de la sanción penal sin vulnerar la prohibición de doble valoración” (TSJ Córdoba, S. nº 291, 27/6/2016, “Cantone”). De todas formas, las consecuencias penales de la distinción no son significativas desde el punto de vista punitivo, porque tanto el comercio como la entrega a título oneroso tienen la misma escala penal (art. 5º, inc. c, ley 23.737).

<sup>120</sup> En un caso en que se vigilaba los movimientos de una casa donde residía el sospechoso, se observaron numerosos pasamanos, se logró controlar a uno de los receptores con resultado positivo, pero luego el allanamiento no se pudo practicar porque el investigado se mudó al detectar que era investigado, al ser dividido tiempo después a bordo de un remis que fue hasta una vivienda de dónde extrajeron una mochila, y luego hizo maniobras elusivas, la casación federal confirmó la validez de la requisita positiva diciendo que debían valorarse todos los tramos de la pesquisa (CFCP, Sala III, 31/10/2016, “Abaca Flores”).

bierto.<sup>121</sup> En otro caso similar, en el cual se hallaron 150 kilos de cocaína en el baúl del auto que se retiró del domicilio objeto de investigación, se dijo con razón que “mayor indicio incriminatorio que legitime una entrada y registro es difícil de encontrar”.<sup>122</sup>

Pero esta técnica, llevada a exigencias de controles múltiples, puede resultar altamente ineficaz, burocrática y derrochadora de recursos. En efecto, cuando desde el Poder Judicial se requiere a la policía la realización de varios “controles positivos” como paso previo a otorgar un allanamiento, sucede una serie de factores negativos: *a)* Demanda una gran cantidad de tiempo y afectación de demasiado personal<sup>123</sup> para las vigilancias y controles. Este tipo de procedimientos requieren de un “plan operacional” que no es sencillo, por el cual habrá que hacer un relevamiento del sector, una estrategia de inserción (incluyendo la táctica de mimetización con el ambiente),<sup>124</sup> observación y de retirada del comisionado.<sup>125</sup> *b)* Muchas veces no sirve ya que los movimientos policiales que se prolongan en el tiempo y las interceptaciones reiteradas a personas que se retiran del domicilio aumentan las chances de que los traficantes se den cuenta que están siendo investigados y tomen medidas para evitar ser descubiertos. *c)* En ciertos lugares tampoco es posible aplicar esta metodología, ya sea porque son de muy difícil acceso al investigador (p. ej., villas de emergencia, pasillos

<sup>121</sup> “La medida se plasma en una resolución judicial apropiada, y resulta proporcional al delito que se está investigando, en concreto, un delito contra la salud pública de grave trascendencia y repercusión social” (TS Español, A. 9364, resol. 1525, 25/6/2009).

<sup>122</sup> TS Español, S. 1748, resol. 300, 18/3/2009. En idéntica línea se dijo que una vigilancia que demuestra la concurrencia de vehículos y personas al domicilio del investigado, donde entran y salen rápidamente y donde el acusado mira hacia todos lados cuando se retiran, sumado a un control positivo, es suficiente para allanar (TSE, A. 3121, resol. 585, 5/3/2009).

<sup>123</sup> Los manuales norteamericanos en la materia señalan como ejemplo que una operación completa puede llegar a demandar la afectación de aproximadamente 15 efectivos, entre los que observan, los que aguardan en las inmediaciones para colaborar al observador, o los “sweepers” que barren la zona controlando los movimientos y que nadie escape, los policías con vehículos disponibles para trasladar detenidos y policías uniformados de patrulla que sin levantar sospechas puedan identificar personas señaladas por los investigadores (HENNING, James: *Practical narcotic investigations*, Xlibris, Indiana, 2005, p. 12; Cap. I: “Street level narcotic tactics”).

<sup>124</sup> Es decir, la actitud y vestimenta para no despertar sospecha sobre el operativo (p. ej., disfrazándose de cirujano, etc.).

<sup>125</sup> HENNING: ob.cit., pp. 11/12.

con recovecos, bunkers); son territorios de ventas en los que se toman medida para detectar estas técnicas policiales, ya conocida por los vendedores (p. ej., el empleo de “teros”, generalmente niños y vecinos del lugar que los alertan cuando ven movimientos raros o de extraños o la presencia de vehículos ajenos al sector<sup>126</sup> o el monitoreo con cámaras);<sup>127</sup> o en razón de tratarse de lugares pequeños en los que todos se conocen (v. gr., pueblos). También aparece inefectivo frente al sistema de rotación (móvil o en puesto fijo) de vendedores fungibles, generalmente marginales que tienen poco que perder (p. ej., menores adictos), de forma tal que cuando uno cae, rápidamente otro lo reemplaza, y así el negocio no se ve afectado; *d)* Se criminaliza y estigmatiza innecesariamente a compradores, quienes en definitiva son personas cuya persecución no tiene actualmente mayor interés penal<sup>128</sup> y se burocratiza considerablemente el proceso judicial. *e)* Se hacen engorrosas las

<sup>126</sup> La jurisprudencia comparada ha tomado a las dificultades investigativas de esta índole como factor de análisis de validez del procedimiento, en un caso en que el número de la casa indicado por los investigadores policiales era incorrecto, pero no había dudas de la morada a allanar e inclusive constaban fotografías tomadas previamente al pedido de registro y descripciones precisas del predio, destacándose especialmente los obstáculos de la constatación puesto que se trataba de un punto de venta de drogas al menudeo que estaba muy vigilado por los moradores y por vecinos “aguaores” lo que dificulta enormemente el levantamiento de actas de intervención de sustancias a los compradores (TSE, A. 5854, 6/5/2010). La bibliografía norteamericana también reporta el fenómeno de la contra vigilancia por parte de vecinos simpatizantes del vendedor (LEE, Gregory D.: *Global Drug Enforcement-Practical investigative techniques*, CRC Press, Florida, 2004, p. 107).

<sup>127</sup> En Mendoza se descubrió un bunker al final de un pasillo en cuyo acceso habían colocado una filmadora disimulada adentro de una botella plástica que colgaba de un poste de luz (BRUSOTTI, Federico: “Tenían encadenada a una adolescente de 15 años en un bunker de drogas”, *Clarín*, 7/12/2016).

<sup>128</sup> Aparte de los múltiples fallos judiciales que consideran inconstitucional el castigo de la tenencia para consumo, sobre todo después de que lo estableciera la Corte Suprema en el caso “Arriola” (2009), hay que tener en cuenta que las causas contra tenedores rara vez terminan en una sentencia condenatoria, sea porque prescriben, o porque se someten a tratamientos curativos o programas educativos (arts. 17 y 18, ley 23.737) o se suspende el juicio a prueba (art. 76 bis, CP). Este es un aspecto que generalmente no se dice cuando se discute sobre la despenalización: de hecho en Argentina por h o por b, nadie —o muy pocos— son penados por tener droga para consumo personal. Aunque es cierto que por estar previsto como delito, corren riesgo de ser aprehendidos, fichados y prontuariados, lo cual obviamente genera perjuicio a quienes se ven en tal situación, y esto sí cambiaría con una nueva ley de despenalización.



investigaciones y se molesta innecesariamente a muchas personas ajenas al delito, porque cada vez que se intercepta algún supuesto comprador para requisarlo, si el procedimiento es federal, hay que conseguir dos testigos civiles; y cuando se encuentran estupefacientes, estos sufren considerables inconvenientes y demoras posteriores. Hasta que no se despenalice la figura de tenencia para consumo, sigue siendo un delito de acción pública, por lo tanto la policía puede aprehender en flagrancia al poseedor, trasladarlo para ponerlo a disposición del órgano judicial, el que decidirá sobre la no imputación formal y la libertad. El análisis del encuadre del caso concreto en el fallo “Arriola” de la Corte Suprema que impide perseguir penalmente esas tenencias cuando no trascienden de la intimidad, no es de competencia policial, sino judicial. Téngase en cuenta que no solo el análisis de una situación de privacidad y la subsunción del caso a un precedente jurisprudencial son materias que no corresponden al ámbito policial, sino que además también hay que analizar si se trata de una “escasa cantidad”, que adolece de vaguedad, y por lo tanto ha sido dificultosa su determinación, habiendo criterios muy disímiles al respecto.<sup>129</sup>

Por varias de estas razones, las exigencias complejas a la policía para la investigación de vendedores de droga tomó estado público en Córdoba, en una suerte de puja entre la policía provincial y la justicia federal, tras lo cual se consensuó un sistema que sin modificarse en lo sustancial, flexibilizó algunos requerimientos.<sup>130</sup>

Lo expuesto no nos impide observar que es cierto que la técnica de varios “cortes” o “controles positivos” sumado al allanamiento posterior, presenta una ventaja no menor: cuanto más controles previos positivos, más conocimiento puede obtenerse acerca de quién o quiénes venden y menores resultados se requerirán del allanamiento en términos de secuestro de drogas y otros elementos en el domicilio. Inclusive puede llegar a condenarse por la comercialización de estupefacientes frente a la invalidez

<sup>129</sup> Por ejemplo, el fiscal general porteño, Luis Cevasco, instruyó a los representantes del Ministerio Público para solo descartar causas en las que se hubiesen incautado hasta tres gramos de marihuana o tres dosis de estupefacientes (*La Nación*, 23/6/2019).

<sup>130</sup> *La Mañana de Córdoba y La Voz del Interior*, 27 de abril 2010. En este último medio, el periodista Claudio Gleser, en la nota titulada, “Un arma de doble filo” expone los riesgos de fracasos legales de las investigaciones que flexibilicen demasiado los requerimientos legales.

del registro domiciliario o su nulo resultado. En este sentido, la jurisprudencia comparada tiene dicho que “al margen de la validez del allanamiento, la propia Sala de instancia advierte que las pruebas obtenidas en los registros domiciliarios carecen de relevancia frente a la contundencia de las observaciones policiales previas”.<sup>131</sup>

En el balance de los pro y contras, y sobre todo en aquellos medios donde hay muchos casos para procesar de venta al menudeo o son complicados los controles, requerir una pluralidad excesiva de estos resultados conspira contra la eficacia de la persecución de este delito.<sup>132</sup>

Dentro de la modalidad de controles, la que mayor agilidad proporciona es aquella que se basa en la inspección visual del puesto de venta, tras la cual, si se observan movimientos compatibles con la venta de estupefacientes (transas), el juez libra una orden de allanamiento pero supedita su ejecución<sup>133</sup> a que previo al ingreso

<sup>131</sup> “Es así que la Sala atiende preferentemente para dictar sentencia condenatoria a las declaraciones de la agente que participó en el dispositivo de vigilancia, quien declaró que, por cuatro veces, dio aviso a sus compañeros sobre la realización de actos concretos de venta de sustancia estupefaciente y los datos de los compradores, que fueron inmediatamente interceptados, apareciendo en su poder, en todas y cada una de las veces, la droga adquirida. En definitiva, la cuestión, a la larga, carece de trascendencia práctica. Aun en el supuesto de que se estimase que las diligencias de entrada y registro eran nulas, no tendría ningún reflejo relevante en el fallo de la sentencia que se construyó sobre unas observaciones previas y, por lo tanto, independientes de los resultados de las diligencias de entrada y registro” (TS Español, A. 571, 26/2/2009). Y el derecho judicial costarricense, ha considerado en un caso con pluralidad de controles positivos que “la prueba se obtuvo en forma correcta y transparente [...] la condena está correctamente afianzada en la prueba, pues se hicieron vigilancias y se constató que ambos encartados vendían droga, luego, se les hicieron varias compras de comprobación por la policía, todo con resultado positivo [...] no existe duda alguna de que existía una actividad ilícita y fue bien comprobada [...] el fallo se encuentra bien fundamentado” (TCP Costa Rica, S. n° 275, 12/3/2010).

<sup>132</sup> Por eso la jurisprudencia ha reconocido que “la acreditación de los actos de comercialización a que alude el art. 5º, inc. c) primer supuesto de la Ley 23.737 de Estupefacientes, no necesariamente exige el hallazgo de la sustancia estupefaciente en poder del comprador. Ello sin olvidar que muchas veces resulta compleja la realización del procedimiento de control (corte), o puede poner en riesgo el éxito de la investigación” (TSJ Córdoba, S. n° 291, 27/6/2016, “Cantone”).

<sup>133</sup> En los Estados Unidos la Corte Suprema convalidó las órdenes de allanamientos anticipadas, es decir cuando el juez lo autoriza de forma condicionada (“U.S. v. Grubbs”, 547 U.S. - 2006, 04-1414). Sobre la cuestión y el caso citado, véase DE ARAGÓN, Ernesto: “¿Mejor temprano que nunca? Sobre las órdenes anticipadas de allanamiento”, *Semanario Jurídico*, n° 1662, Córdoba, 19/6/2008.

se realice al menos un control positivo. Es decir, con este sistema de control único, el personal policial se aposta en el lugar, cuando detecta una venta siguen e interceptan al comprador, lo requisan y si tiene consigo droga, directamente allanan. De esta manera se verifica, previo al ingreso, que en ese momento hay estupefacientes (lo que reduce las posibilidades de allanamientos frustrados en los que no se encuentra droga) y no se dan los factores negativos enumerados anteriormente. Desde la desfederalización en la materia a la que adhirió la provincia de Buenos Aires, se ha observado esta metodología en la justicia provincial, con mejores resultados.

Aun cuando mediante esta técnica no se logre obtener pruebas que arrojen un juicio final de certeza (p. ej., el imputado es un consumidor social o grupal y en su morada solo tenía una pequeña cantidad de sustancia ilícita, sin otro elemento indicador de actividad lucrativa), de todas formas esto no significa ni se traduce en un fracaso total de la persecución penal, toda vez que ese cuadro puede derivar en una condena por figuras más leves, como puede ser la entrega a título gratuito, la tenencia simple, etcétera.

Este sistema simplificado requiere como presupuesto que la tarea de observación previa a la orden, haya sido realizada con responsabilidad y acompañada de averiguaciones, de forma tal que haya podido individualizarse —por nombre o descripción física— al que efectúa la maniobra sospechosa y establecido que sea uno solo el que vende; porque de lo contrario, se corre el riesgo de que no coincida la persona sindicada en el avistaje inicial con el que realiza la entrega de estupefaciente inmediatamente antes del allanamiento, o que surjan dudas sobre la participación de los que estén adentro de la casa, o que directamente no se encuentre en el domicilio alguien con las características del vendedor (p. ej., si antes de tramitar la orden fue señalada una mujer, y en el control previo y registro solo son vistos hombres), lo cual obviamente hará generar una situación de duda. Lo ideal es poder documentar la observación con algún respaldo eficaz, por ejemplo, fotografía o filmación, aunque no siempre se puede (v. gr. si la única forma de ver al vendedor es pasar caminando disimuladamente a su lado).

Debe tenerse en cuenta especialmente que aun cuando dé resultado positivo el allanamiento a la casa donde se hacían las ventas, es necesario tener elementos para atribuir a personas concretas y determinadas el comercio o la posesión con esa finalidad, y no basta con la mera presencia. Por ejemplo, si en la casa vive un matrimonio y el que vende es el hombre, la mujer no es

culpable por el solo hecho de estar con él o en el lugar, si no realiza la acción típica o le presta una colaboración. El solo hecho de conocer la actividad no la convierte en autora de delito porque no tiene obligación legal de denunciar. En este sentido, la casación española se expidió en un caso de narcomenudeo en el cual una pareja resultó condenada (a 6 años ella por reincidente y a 3 él) por una investigación en la que se hicieron cinco controles positivos sin determinarse quién vendía las dosis de cocaína inferiores a un gramo con una pureza superior al 50%, y al allanarse estaban ambos imputados en el domicilio donde había algunos gramos de la droga, balanzas, recortes de bolsas y dinero. Para el tribunal “es preciso que, saliendo de una actitud de pasividad, se participe en alguna actividad que por su tendencia pueda ser calificada de facilitación del tráfico o consumo, pero no por ser cónyuge o conviviente queda esta siempre amparado por la exención de responsabilidad, si su comportamiento no se limita a conocer y padecer la actividad del otro y se demuestra que el ilícito negocio lo llevan entre ambos y en definitiva el compañero o compañera realiza aportaciones causales, al hecho delictivo que denotan un concierto o coordinación”.<sup>134</sup>

<sup>134</sup> TSE, S. 4852, 14/11/2016. Se cita la S. 163 del 23/1/2013 en cuanto expresa que “la mera convivencia -y consiguiente conocimiento de su actividad- con quien se dedica a comercializar drogas no convierte en partícipe del delito al conviviente. Abstenerse de denunciar esos hechos no solo no está elevado a la categoría de delito, sino que además tratándose del cónyuge (o por analogía, persona ligada por una relación de afectividad equiparable a la matrimonial) concuerda con la exención del deber genérico de denunciar los delitos públicos. No solo cuando existe una manifestada oposición a esa actividad del cónyuge “traficante” la conducta será atípica. Tampoco adquiere relieve penal cuando se detecta tolerancia, o incluso cierta connivencia o beneplácito. Hace falta algo más: un consorcio delictivo, una colaboración con la actividad del conviviente mediante acciones que supongan esa facilitación de su ilícito negocio o cooperación con el mismo. Más aún, incluso acciones que objetivamente contribuyen a esas tareas pero que pueden ser catalogadas como “neutras” quedarán fuera del campo de lo punible (repostar el vehículo común aún sabiendo que va a ser utilizado para distribuir la droga; comprar papel de aluminio para uso doméstico, aún con conciencia de que será aprovechado también para preparar las dosis por el conviviente; tareas de limpieza de la vivienda compartida donde se lleva a cabo la labor de venta; abrir la puerta ocasional y esporádicamente a algún comprador, sin más implicación en su atención...). Es necesario un plus, la prueba que demuestre que se ha dado el salto de un consorcio meramente afectivo a un consorcio criminal”.

### 5. La adquisición policial o compra controlada

Es otra de las formas sencillas de probar ventas de estupefacientes. Consiste en que un policía, simulando ser un comprador, o valiéndose de un civil que adopta igual actitud, se apersona en el puesto de venta y adquiere material estupefaciente (previa y disimuladamente puede preguntar al “comerciante” si tiene su “producto” —p. ej. de manera directa o por el medio de comunicación que aquel use). Posteriormente este es secuestrado y el vendedor requisado, como así también su casa objeto de allanamiento. Mayor eficacia presenta el procedimiento cuando previamente han sido fotocopiados los billetes utilizados para la compra,<sup>135</sup> o al menos se ha dejado constancia en acta de su numeración, tras lo cual los mismos se le secuestran en poder del vendedor. También si con posterioridad se logra incautar droga de la misma calidad o con el mismo tipo de envoltorio. Y si la operación encubierta es filmada o grabada, mucho mejor, ello contribuirá a la acreditación de la imputación.

Es requisito para todas estas técnicas, que el investigado se trate de una persona sobre la cual ya hay elementos que permitan inferir que se encuentra incurso en dicha actividad (p.ej., si se lo empezó a investigar y se observa actividad acorde a la venta de drogas en su domicilio), porque de lo contrario, si se intenta hacer esto con alguien sobre quien no pesa sospecha alguna de comisión de este tipo de delitos, podría tratarse de un ilícito provocado, lo cual no está autorizado en nuestro sistema legal. Es decir, no se admite la instigación, que la policía ponga en la mente de alguien la idea de vender droga para probar que lo hace (sobre el particular véase el desarrollo al tratar el agente provocador).

Actividades encubiertas puntuales de este tipo, hasta la sanción de la ley 27.319 en el año 2016, no tenían regulación legal

<sup>135</sup> En un caso en que hubo varios controles positivos previos, la casación costarricense consideró que “en el operativo final igualmente se les logra comprar droga, se detienen y se recuperan los billetes marcados, así mismo se les halla droga en el congelador, de la misma que vendían, por lo que no existe duda alguna de que existía una actividad ilícita y fue bien comprobada [...] el fallo se encuentra bien fundamentado, y por la relativa sencillez del caso no requiere una profundización mayor” (TCP Costa Rica, S. 275, 12/3/2010). El método de la compra policial es muy utilizado y aceptado en los Estados Unidos (LEE: ob. cit., pp. 79, 145 y ss).

específica en nuestro país,<sup>136</sup> pero han sido aceptadas por las más altas instancias judiciales de nuestro país, como el caso “Fiscal c/ Fernández”<sup>137</sup> de la Corte Suprema que tratamos en el punto de los agentes encubiertos. Otros fallos también han sostenido la validez legal de operaciones policiales encubiertas destinadas a probar delitos, como ocurrió con el caso de un policía que se introdujo a un cyber para verificar violación a la ley de propiedad intelectual;<sup>138</sup> o la compra de un arma sustraída,<sup>139</sup> siempre que no signifique el ingreso a una morada mediante engaños.<sup>140</sup> Asimismo se ha sostenido que no es delito el hecho de que policías convenzan a un tercero para que entregue gratuitamente a otro estupefacientes, a efectos de proceder a la detención del último, “...toda vez que la conducta atribuida a los imputados no pudo generar siquiera una afectación de peligro potencial al bien jurídicamente protegido por la norma, en tanto perseguía exclusivamente su aprehensión”.<sup>141</sup>

También la casación nacional se ha expedido sobre una investigación por clonación de celulares verificada por particulares de una empresa telefónica que llegaron al imputado a través de un aviso publicitario y se mostraron interesados en adquirir sus servicios ocultando obviamente su verdadero propósito, con posterior intervención policial en el negocio pactado. Sobre el particular, los

<sup>136</sup> Otras legislaciones lo prevén, como por ejemplo la ley 143/2000 sobre prevención y represión del tráfico ilícito de estupefacientes en Rumania (GIUREA, Laurentiu: “Special methods and techniques for investigating drug trafficking”, *International Journal of Criminal Investigation*, vol. 3, n° 2, p. 138).

<sup>137</sup> CSJN, F-400-XXII, 11/12/1990, LL, 1991-B, 190.

<sup>138</sup> CNCP, Sala II, “Medina”, 11/5/2007.

<sup>139</sup> “Lejos de constituir un acto aislado huérfano de sustento legal, se inscribió en la mecánica adquisitivo probatoria de la actividad preventora llevada a cabo en el marco de una investigación con pleno control jurisdiccional. Es válida porque la conducta de los agentes estuvo clara y eficazmente dirigida a facilitar la administración de Justicia, sin erigirse en agente provocador del delito que ya con anterioridad se había cometido” (CNCP, Sala I, “Bruzzone”, 29/3/2000).

<sup>140</sup> Un fallo señaló que “[...] es nula la persecución penal llevada a cabo contra una persona a la cual se le imputa la comercialización de indumentaria de marcas falsificadas si, en el marco de las tareas de investigación vinculadas con la sustracción de prendas originales, un policía ingresó en el domicilio del imputado simulando interés en adquirir dicha mercadería y ocultando su calidad de agente de las fuerzas de seguridad ya que, el acceso de un agente policial a un domicilio, bajo el engaño de su titular, configura un allanamiento domiciliario incompatible con la garantía de inviolabilidad de domicilio” (CNCCF, Sala I, “C., R.M.”, 3/12/2009, LL, 23/2/2010).

<sup>141</sup> CNCP, Sala I, “Muó”, 3/10/2005.

jueces descartaron una actividad provocativa o instigada, señalando que “no fueron los particulares o los agentes del estado los que determinaron, crearon, implantaron o pusieron en la mente de los imputados la decisión de actuar como lo hicieron. Se trata de verificar si la actuación de los funcionarios han violado alguna de las garantías que protegen a los ciudadanos o incluso, si han sido esos agentes quienes en definitiva actuaron instigando ilícitamente a la comisión de un delito por parte de quienes luego serían imputados”.<sup>142</sup> De los fundamentos de otro fallo se desprende la permisibilidad de esta práctica en una cuestión análoga. Fue cuando se invalidó la compra de medicamentos ilegales ofrecidos por internet en el interior de un inmueble al que —en virtud de una denuncia del Anmat— accedieron los investigadores simulando ser interesados en la compra de los elementos, porque ingresaron al domicilio. Pero al mismo tiempo se agregó que nada impedía al instructor obtener la correspondiente orden de allanamiento para efectuar el procedimiento —se compraron medicamentos con fines probatorio y se filmó la escena—; como así también que no se trató de un caso de agente encubierto designado por juez competente para los delitos previstos ni se trató del mero seguimiento de una operación consensuada entre particulares.<sup>143</sup> En definitiva, este precedente lo que cuestionó del procedimiento fue el ingreso al domicilio sin orden, pero no la compra en sí del medicamento y la filmación que respaldaba documentalmente la operación.

Debe tenerse en cuenta que la compra controlada no encuadra en lo que es la figura del agente encubierto, porque la nota característica es que este se infiltra (se introduce) en una organización con cierta permanencia, algo que claramente no ocurre en la compra controlada, por lo que no se le aplica el régimen de aquella. Por eso se ha señalado que “lo definitorio de la labor propia de los agentes encubiertos, no es la infiltración, “sino la entrada y permanencia — más o menos intensa, más o menos estable— en un determinado

<sup>142</sup> El núcleo de esta consideración radica en valorar la propensión delictiva del sujeto previa a la intervención de los agentes, es decir, en su original “predisposición a cometer el delito” (CNCP, Sala II, “Russo”, 16/10/2009).

<sup>143</sup> Se cita el caso “Russo”, reg. 15.352.2 —al que aludimos precedentemente— (CNCC, Sala IV, 22/10/2010, JPBA, t. 148, F. 452, pp. 295/299).

entorno u organización criminal”.<sup>144</sup> Sobre el particular puede verse el desarrollo que se hace al tratar el agente encubierto.

Sin embargo, uno de los problemas que presenta este método es la renuencia y desconfianza de ciertos operadores judiciales en aceptarlo, por lo cual se corre el riesgo de que, no obstante los pronunciamientos señalados, pueda haber tribunales que en algún momento del proceso invaliden lo actuado.<sup>145</sup>

En el ámbito de la Provincia de Córdoba se suma otro posible planteo de invalidez. La actividad de un policía preguntándole a un sospechoso si tiene droga para vender y este diciéndole que sí, puede llegar a ser considerado un interrogatorio ineficaz de acuerdo a la disposición de la Constitución local, que en su art. 40, *in fine* establece que “carece de todo valor probatorio la declaración del imputado prestada sin la presencia de su defensor”.

Desde el punto de vista jurídico, no es oponible a esta situación la ineficacia señalada que consagra la Constitución de la Provincia, toda vez que en una venta de drogas flagrante generalmente no hay manifestaciones del imputado reconociendo o confesando un hecho pasado, sino que forman parte de la comisión misma del ilícito, y por ende no están alcanzadas por la cláusula constitucional. Es decir, es lógico y legalmente posible valorar los dichos de las personas emitidos durante la comisión del hecho que tiene un discurso como elemento constitutivo (p.ej., las amenazas, la estafa, la extorsión, etc.). De lo contrario, se llegaría al absurdo de concluir que está prohibida la apreciación de lo hablado en una coacción grabada o una defraudación captada experimentalmente, por el hecho de que no hubo un abogado presente que asistiera a quien comete el delito.

<sup>144</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Infiltración policial y agente encubierto*. Comares, Granada, 2001, p. 20.

<sup>145</sup> En esta línea, se invalidó un procedimiento policial en el marco de la investigación de venta de mercaderías con marcas falsas, en el cual un policía simuló ser cliente y adquirió un producto (CNFCC, Sala I, “Levy”, 19/7/2007, LL, *Suplemento Penal*, septiembre 2007, pp. 64/67). Para ello se basó en que los delitos en que puede actuar un agente encubierto son excepcionales y que su actuación fue como provocador. El error de este fallo radica en que lo hecho por el policía era posible que lo hiciera cualquier persona, es decir, solo observó y verificó una actividad pública que no afectó ni la intimidad ni la propiedad ni otro derecho constitucional del acusado. Asimismo, la empresa delictiva no había sido creada por el agente que la constató.

En la breve pero fructífera existencia del fuero de lucha contra el narcotráfico de la Provincia de Córdoba, se ha empleado excepcionalmente este método con resultados positivos, en situaciones que no permitían la utilización de otras técnicas de investigación para conseguir las pruebas.<sup>146</sup>

Cuando no está regulada legislativamente, la adquisición policial puede hacerse sin orden fundada del juez.<sup>147</sup> Pero en el régimen de la ley 27.319 del año 2016 se encuentra contemplada a cargo del “agente revelador”, para lo cual se exige que lo disponga el juez (sobre el procedimiento ver el desarrollo que hacemos al tratar la regulación de los agentes encubiertos en la tercera parte). Surge la duda acerca de si esta exigencia de orden jurisdiccional se aplica a los regímenes procesales de las provincias que han desfederalizado el segmento menor de los delitos con estupefacientes, y en las cuales rigen sistemas acusatorios donde el fiscal puede ordenar y practicar todos los actos que no están reservados a los jueces de control o garantía. El requisito de que la compra policial a cargo del agente revelador sea autorizada por el juez, es una disposición de naturaleza procesal. La regla general es que las normas de esa clase no son oponibles a todas las jurisdicciones, por cuanto sabido es que las provincias conservan todos los poderes no delegados a la Nación en la formación constitucional, y precisamente legislar sobre procedimientos, administración y organización judicial, compete a aquellas, por lo que las disposiciones formales contenidas en leyes sustanciales solo rigen para el procedimiento federal.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Véase ROMERO, G. Sebastián: “La experiencia de la desfederalización en la Provincia de Córdoba, en Fuero de lucha contra el narcotráfico” en *Fuero de lucha contra el narcotráfico*, 2ª ed., Alveroni, Córdoba, 2013.

<sup>147</sup> “No toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (v.gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, no precisan de ese previo pláacet judicial” (TSE, STS 1546-277, 6/4/2016).

<sup>148</sup> Por eso el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha resuelto de esta manera respecto de otras leyes nacionales que contienen disposiciones tanto sustantivas como procesales. Así, en relación a la ley 24.390 de plazos de la prisión preventiva sostuvo que “las medidas de coerción son materia conservada por las Provincias, conforme a la distribución de competencias establecida en la Constitución de la Nación (arts. 121 y 126). De allí, que el Código Procesal Penal regula la procedencia, cese, duración máxima y recurribilidad de la prisión preventiva (arts. 282 a 284), de modo compatible con las reglas constitucionales.

Más aún en este caso que se trata de una norma procesal que no regula un medio de prueba, sino una medida de investigación, y está diseñada para sistemas procesales como el federal de tipo mixto, ya que la propia ley prevé que la pueda disponer el juez de oficio, algo improcedente en el acusatorio.

La autorización de hacer una compra controlada es un acto procesal, consistente en una medida de investigación para obtener el elemento de prueba, pero no es la evidencia en sí; por lo tanto es materia procesal reservada a las provincias. De allí que a nivel provincial no se requiera el mandato jurisdiccional para la compra controlada, pudiendo disponerla el Fiscal, salvo que la instrucción esté a cargo del juez o la legislación local haya previsto expresamente que sea este órgano quien la autorice. Cuando esta estrategia de investigación se generaliza puede generar anticuerpos de los vendedores de drogas, que generalmente saben cómo se los investiga, ante lo cual toman como recaudo comprarle solo a la clientela conocida, para asegurarse así de que un extraño no vaya a ser un policía. Como la resistencia de bacterias a los antibióticos amerita cambiarlos, lo mismo ocurre con las técnicas de investigación que empiezan a perder efectividad.

En el derecho comparado también se observa la admisibilidad de este tipo de técnicas. En Estados Unidos, en el caso “Lewis v. US”<sup>149</sup> —un agente estatal se presentó en un lugar haciéndose pasar por comprador de estupefacientes y fue invitado a pasar a la vivienda por el vendedor—, la Corte Suprema dejó sentada la validez de la actividad, en base a que el agente no había visto ni escuchado nada que no hubiese estado previsto por el acusado y querido como parte del negocio ilícito. Así, se ha señalado que cuando policías —o también particulares que colaboren con ellos— fingen ante personas sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito de drogas la voluntad de adquirir alguna cantidad para que, en caso de respuesta favorable, poner de relieve la comisión delictiva, resulta admisible como técnica de investigación, pues lo que se provoca no es más que la obtención de la prueba del delito, pero no el delito como tal; pero “distinta es la situación del policía que provoca,

Como consecuencia, no resultan aplicables las disposiciones procesales de la ley nacional, toda vez que ellas integran el Código Procesal Penal de la Nación” (S. n° 87, 16/9/2003, “Juri”).

<sup>149</sup> 385 U.S. 206 (1966).

induce un delito con la finalidad de poder probarlo, que recibe el más rotundo rechazo y es propia de los regímenes autoritarios.<sup>150</sup>

El mismo autor destaca que en Alemania “la praxis policial no deja de dar ejemplos de actuaciones en que agentes de policía ocultando su identidad, simulan operaciones de tráfico de drogas con la finalidad de desenmascarar a sus autores y obtener pruebas para condenarlos, y esto se realiza sin requerir previa autorización judicial”; y frente a los embates defensivos, la respuesta de la jurisprudencia “ha sido, sin embargo, desfavorable a las pretensiones de los recurrentes, pues a su juicio los agentes cuya actividad se limita a una compra ficticia de estupefacientes (*scheinaufkäufer*) no tienen la condición de agentes encubiertos, ni resulta preciso por ello que su actividad se sujete a los requisitos legales” (de los encubiertos).<sup>151</sup> Gascón complementa estas ideas señalando que “la posición de la jurisprudencia ha sido objeto de una acogida mayoritariamente favorable por parte de la doctrina, que también considera inaplicables, por innecesarias e injustificadas, las reglas legales especiales a las que aquí estamos denominando “infiltraciones de corta duración”. Por eso, es posible recurrir a ellas

<sup>150</sup> GASCÓN INCHAUSTI: ob. cit., pp. 29 a 31. Cita el aval del Tribunal Supremo español en cuanto se trata “de la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales, por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas” (Sents. De 3/2/1999, RAJ 409; 3/3/1998, RAJ 2344, entre otras).

<sup>151</sup> “Siguen resultando admisibles, al margen de la regulación legal del *verdeckter Ermittler*, determinadas operaciones encubiertas de la policía, en las que sus agentes ocultan su condición e incluso se valen de una cobertura (*legende*). El referente jurisprudencial básico, a tal efecto, es la sentencia del BGH de 7 de marzo de 1995 (BGHE St, t. 41, n° 12, pp. 64 y ss.), que se esfuerza en delimitar los criterios que permiten distinguir entre operaciones encubiertas que deben sujetarse a las previsiones legales, y aquellas otras que son posibles en virtud de la habilitación genérica para investigar que conceden a la policía y al fiscal. En concreto son tres los criterios de distinción propuestos: 1) El tipo de tarea que haya de desempeñar el agente: si se trata solo de unas pocas y concretas actuaciones de investigación. 2) El número de personas a las que haya que engañar acerca de la identidad del agente policial. 3) Si resulta previsible que haya de mantenerse en secreto la identidad del agente durante el proceso penal que se desarrolle como consecuencia de la investigación” (GASCÓN INCHAUSTI: ob. cit., pp. 166 y ss.).

incluso para la investigación de hechos que se encuentran fuera del catálogo”.

Es recomendable que esta técnica de investigación se utilice de manera subsidiaria cuando no es posible emplear otra más convencional por las particulares dificultades que presente el terreno de la averiguación. Por ejemplo, en sitios de imposible observación externa (pasillos, lugares con guardias), o modalidades de venta implementadas para sortear los métodos comunes de acreditación (bunker, taxiventa,<sup>152</sup> etc.).

## 6. Combinación de métodos

La posibilidad de combinar lo mejor de distintas estrategias de investigación, puede llevar a resultados positivos en términos de mejor aprovechamiento de recursos, éxito y eficacia de la actividad persecutoria. En este sentido, es posible que al sistema de los controles a compradores, le sea agregado el anteriormente expuesto (compra policial filmada), con el siguiente plan: se inicia la pesquisa con el primero, es decir, con la observación domiciliaria y la requisa a “clientes del kiosco”. Obtenido un resultado positivo (compradores a los que se les encuentra droga en la requisa), se solicita una orden de allanamiento. Una vez que ya ha sido expedida, antes de ejecutarla, se realiza la compra policial filmada, como manera de asegurarse que efectivamente haya estupefacientes en el domicilio en ese momento. La ventaja de este mecanismo es que, además de fortalecer la actividad probatoria, si llegara a ser invalidada la compra policial, no caería todo el procedimiento, toda vez que se configurarían claras excepciones a las exclusiones probatorias. En efecto, para que sea de aplicación la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, es necesario que no haya una fuente probatoria legal independiente y que el descubrimiento final hubiese sido

<sup>152</sup> Modalidad frecuente en ciertos lugares, mediante la cual el cliente llama a un taxi o remis (legal o irregular), el vehículo lo busca, en el recorrido “el pasajero” le compra la droga al chofer y luego desciende. Si se lo intenta probar con intervención de comunicaciones, solo se captarán pedidos de taxi comunes y corrientes; y con observaciones difícilmente se logre divisar la transa, que se hace en la intimidad del rodado en tránsito (por ejemplo, en Ibiza los taxis “piratas” que venden drogas funcionan con grupos de whatsapp, ilustrándose con chats que poco y nada evidencian sobre la verdadera actividad —*Diario de Ibiza*, 27/5/2018, p. 14—).

necesaria consecuencia de la prueba ilícita.<sup>153</sup> En el caso que nos ocupa, podemos advertir que en el hipotético supuesto de que se declarara nulo o ineficaz el acto de la adquisición oficial de droga, se mantendrían en pie tanto los controles previos —que puedan acreditar la comercialización— y el resultado del allanamiento dispuesto por el juez, ya que ni uno ni otro dependen necesariamente de la compra policial. Los controles a compradores, porque son anteriores; y el allanamiento porque se trata de una medida que se ejecuta en base a la orden de registro domiciliario emanada de un magistrado en base a los válidos controles previos a clientes.

La casación federal confirmó una condena que combinaba filmaciones de los “pasamanos”, detención en flagrancia impidiendo que se llegara a consumir el último de estos movimientos, e inmediato allanamiento.<sup>154</sup>

### 7. El testimonio de compradores

La irrupción del fallo “Arriola” de la Corte Suprema (25/8/2009) declarando inconstitucional la persecución y punición de la tenencia de drogas en pequeñas cantidad para consumo personal cuando se verifique en un marco de intimidad, trajo como consecuencia procesal el intento de capitalizar este criterio tratando de obtener una declaración testimonial del comprador, para incriminar al vendedor. Inclusive el propio máximo tribunal lo sugiere en sus fundamentos cuando dice: “si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden

ser llamados como testigos” (voto del Dr. Fayt)”. “El procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso (voto del Dr. Zaffaroni). Entonces parece haber una habilitación jurisprudencial de la Corte Suprema para recibir testimonio a los compradores. Por ejemplo, si se está vigilando un domicilio donde se sospecha que hay venta de drogas, y al observar que alguien va a comprar se lo sigue, se lo requisa y se le encuentra un papel de cocaína en el bolsillo (parecido a lo que sucedió en “Arriola”), ya sea que no se impute por la tenencia al “cliente” o que luego se lo sobresea, se le recepta testimonio sobre lo sucedido. Desde el punto de vista legal es posible porque al no tener responsabilidad penal no hay riesgo de autoincriminación. La experiencia en la justicia federal indica que la mayor parte de las veces esta vía probatoria no tiene resultados útiles. En efecto, es sumamente frecuente que las personas que han sido sorprendidas en flagrancia realizando una adquisición de estupefacientes, sean renuentes a reconocerlo en una declaración, y menos a señalar quién fue el autor de la venta (v.gr., dicen que se los entregó otra persona que no identifican). Mayores chances de lograr un testimonio veraz se da si el cliente ha sido filmado o fotografiado cuando hizo la adquisición, porque en este caso la contundencia del documento limita las posibilidades de la mentira (p. ej., negando que fue a ese domicilio del imputado, etc.).

Distinta ha sido la situación en el fuero de lucha contra el narcotráfico de la Provincia de Córdoba, toda vez que el testimonio de los “clientes” ha tenido buenos resultados en muchos casos en los cuales han declarado sobre circunstancias de la venta (cuándo, dónde, quién, tipo de droga y cantidad, precio, etc.). Existe una explicación para entender por qué lo que no funcionó bien en la jurisdicción federal sí lo hizo en la provincial. Se trata de la diferencia que existe en el procedimiento inicial, que en la órbita ordinaria está judicializado mediante la intervención del Ayudante Fiscal como autoridad del Ministerio Público a cargo de la Unidad Judicial que tiene a su cargo labrar el sumario, dirigiendo y documentando los primeros pasos de la investigación. Como los

<sup>153</sup> Las excepciones en juego son las llamadas “fuente independiente” y el “descubrimiento inevitable”, sobre las cuales se puede profundizar en HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 89 y ss.

<sup>154</sup> “Corresponde recordar que Jennifer Altamirano logró hacerse del dinero que le dio un tercero y, cuando se disponía a buscar el material estupefaciente para entregárselo al comprador, fue interrumpido el iter criminis por la intervención de la fuerza policial que realizaba el allanamiento. Queda claro que se seguía el mismo modus operandi que efectuaban el resto de los condenados, recibían primero el dinero y luego entregaban la droga” (CFCP, Sala IV., reg. n° 2253, 22/11/2016, “Altamirano”).

testimonios que se reciben no necesitan ratificación posterior y pueden ingresar por su lectura para fundar la sentencia, cobran mayor importancia y validez probatoria. Y teniendo en cuenta las circunstancias en que se reciben con inmediatez al hecho (ya que se le suele receptar la declaración al adquirente apenas ha sido trasladado por la policía a la Unidad Judicial tras ser descubierto en flagrancia comprando droga), en esos primeros momentos puede haber mayores posibilidades de que proporcione una versión de los hechos que no sea producto de una preparación o una evaluación meditada de la conveniencia o inconveniencia de decir la verdad.<sup>155</sup>

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha considerado que la invalidez de la requisita al comprador no se extiende al testimonio recibido en la audiencia de debate “dando cuenta de actividades de venta de estupefacientes por parte de la imputada y su pareja” en tanto “no constituye una consecuencia formal ni material del secuestro del estupefaciente, vale decir, no es “fruto” del acto presuntamente viciado como sí lo es, en cambio, la pericia química realizada sobre el material cuya incautación fue declarada nula”.<sup>156</sup>

Ahora bien, el problema de este testigo *sui generis* es que, hasta que no se despenalice la tenencia de estupefacientes para consumo personal, se lo hace declarar bajo juramento sobre un hecho típico en el que se sospecha participó. Si bien no corre riesgo de una persecución penal, lo cierto es que puede tener otros motivos para no reconocerlo (pérdida del trabajo, conflictos familiares, vergüenza social, etc.). Entonces surge el interrogante acerca de qué ocurre si se niega a declarar o si miente. No podría perseguírsele penalmente por esas conductas porque involucran figuras delictivas que requieren un sujeto activo que sea ajeno a la participación de la conducta sobre la que se lo interroga. Señala Maier que las dudas sobre la aplicabilidad de la regla de la garantía que prohíbe la coacción para obligar a declarar contra sí mismo aparecen fuera del procedimiento penal, cuando se trata de extender su operatividad a situaciones que no implican la persecución

<sup>155</sup> Sobre el funcionamiento práctico en la realidad, puede ampliarse en ROMERO: ob. cit.

<sup>156</sup> “La presencia en el lugar, y por ende el conocimiento que tenía de los hechos investigados y su declaración al respecto, se deriva de prueba independiente al secuestro invalidado como lo son los testimonios de los policías” (TSJ Córdoba, Sala Penal, S. n° 456, 25/11/2014, “Rodríguez”).

penal ya promovida o el peligro de verse perseguido penalmente. Agrega que las dudas han surgido, cuando, por ejemplo, es preguntado en un procedimiento penal o distinto del penal sobre un aspecto que compromete su posible persecución penal, o también, cuando sin correr el riesgo referente a una persecución penal, sí lo corre respecto de otro interés que se ve perjudicado o se puede ver perjudicado.<sup>157</sup>

<sup>157</sup> Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 672/4. Advierte que la doctrina parece no intuir las clases diferentes de casos generales que interesan a la regla o están vinculados, y cita como excepción a autores del derecho penal al tratar el falso testimonio (SPOLANSKY, Norberto: “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad”, *LL*, 1970, 140:701; SPINKA, Roberto: “La exención de declarar contra sí mismo y la capacidad para ser testigo”, *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985).