

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



Tal como adelantaba al comienzo de este análisis, es difícil establecer un criterio o estándares de validez de los motivos de sospecha para la requisita policial. Pero si algo puede rescatarse de esta entramada casuística son dos puntos centrales: *a)* Los motivos tienen que ser anteriores a la requisita y no pueden convalidarse por su resultado; *b)* Deben ser exteriorizaciones objetivas de la conducta que denoten sospecha.

Posiblemente los recientes cambios producidos en la integración de la Cámara Federal de Casación Penal generen modificaciones en algunos de los criterios sintetizados en este punto.

### 5. Requisas con canes

Los nuevos descubrimientos acerca de la capacidad olfativa de estos animales y la posibilidad que tienen de transmitir sus sentidos a los humanos, los han transformado en una poderosa arma en la lucha contra ciertos tipos de delitos, sea en su prevención como en la represión. Una importante utilización se da mayormente en los casos de requisas.<sup>739</sup>

Al respecto, analizando la inspección canina de maletas, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que el perro solo reacciona ante contrabando, su actuación no revela el contenido general, no es invasivo, discrimina y es relativamente inofensivo;<sup>740</sup> que las emanaciones de una valija están expuestas al público y carecen de protección constitucional.<sup>741</sup>

A la par de estas elaboraciones, se impusieron límites al desvío de equipaje para someterlo al olfateo y se cuestionaron las

del país” (CCCF, Sala I, 23/12/93, causa 917 “Hurtado Arce, B.) o extranjeros (CCC, Sala V, LL, 2001-F, 662; DJ, 2002-1-121) (LOPETEGUI, María Inés: “Requisita ante actitudes sospechosas”, LL, 2009-E, 203).

<sup>739</sup> La jurisprudencia ha convalidado esta práctica (véase HAIRABEDIÁN, Maximiliano: “Algunas consideraciones acerca del registro y la requisita. A propósito de la utilización de perros en la actividad policial”, en CAFFERATA NORES, José I. (comp.): *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Mediterránea, Córdoba, 2000, pp. 173 y ss.). Los atentados del 11 de septiembre del 2001 permitieron el aumento de las medidas sobre equipajes, por lo cual la discusión sobre revisión de equipajes con perros ha quedado superada (véase RUDSTEIN, David: “‘Touchy’ ‘Feely’. Is there a constitutional difference? The constitutionality of ‘prepping’ a passenger’s luggage for a human or canine sniff after *Bond v. US*”, *University of Cincinnati Law Review*, 191, 200-14 (2001).

<sup>740</sup> U.S. vs. Bronstein, 521 F. 2 d 459 (2nd Cir. 1975) cert. den. 424 U.S. 918 (1976).

<sup>741</sup> “State vs. Morrow” (Supreme Court of Arizona, 1981).

siguientes prácticas: *a)* tomar valijas de un vuelo que está por partir sin noticia de su dueño.<sup>742</sup> *b)* Que sin causa probable o sospecha, se saque un equipaje de la cinta transportadora si el viajero se retrasa.<sup>743</sup> *c)* que la retención de equipaje removido para olfateo exceda el horario de salida del vuelo.<sup>744</sup>

Considerar requisita o registro al acto en análisis, conllevaría a conclusiones absurdas; por ejemplo, exigir motivos suficientes para practicarlo cuando por lo general se lo realiza precisamente para determinar esos motivos. Y si hubiere motivos suficientes, en muchos casos carecería de sentido tener un perro entrenado para la tarea, ya que en esa situación la ley autoriza un ingreso o revisión total del sospechoso, lugar o cosa.

Igual solución ha dado la jurisprudencia norteamericana al establecer que el sometimiento de personas y cosas a los sentidos de un can no constituye una requisita. En el caso “Katz” (389 US 347 —1967—), precursor en la cuestión, la Corte elaboró la “*privacy doctrine*” y estableció que no cualquier intrusión configura un registro o requisita bajo la 4ª Enmienda, y agrega que es un registro, si viola la legítima expectativa de privacidad actual de una persona y si la sociedad está preparada para reconocer esa expectativa como “razonable”.<sup>745</sup> En “U.S. vs. Place”,<sup>746</sup> se sostuvo que “el procedimiento investigativo de sujetar equipaje a una prueba olfativa de un perro bien entrenado en narcóticos no constituye una requisita, en el significado de la 4ª Enmienda”. Tampoco considera

<sup>742</sup> “U.S. vs. Cooper”, 873 F. 2d 269 (11th Cir 1989).

<sup>743</sup> “State vs. Lasalla”, 536 So. 2d 1037, Fla 4thDCA, 1988.

<sup>744</sup> “Caraluzzi vs. State”, 409 So. 2d 1108 Fla 3 d DCA 1982.

<sup>745</sup> La Corte Suprema estadounidense delimita la expectativa de privacidad a partir de la disposición de las personas para asumir riesgos, como el de la pública exposición. En cambio, la Suprema Corte de Canadá, se refiere a las expectativas para definir estándares de personas con aspiraciones de disfrutar en una sociedad libre. Trata de conocer lo que los ciudadanos esperan de la sociedad en la que desean vivir, en lugar de exponer por prevención los riesgos que están dispuestos a correr (GARIBALDI: ob. cit., p. 370, citando a SLOBOGIN, Christopher: “Public privacy”, *Mississippi Law Journal*, vol. 72, 2002, pp. 17 y 18, n° 268). Muy didácticamente explica Garibaldi que se trata de dos posiciones esencialmente opuestas frente al problema, que revelan una cultura de prevención, donde prevalece el *hasta dónde estoy dispuesto a tolerar*, enfrentada con una visión más abierta, donde la preocupación se pone en positivo al predominar el qué es lo que aspiro a disfrutar. Actitudes que luego, aceptan dos respuestas también diversas: *hasta dónde estoy dispuesto a que llegues con lo que haces afectándome o ni se te ocurra que sobre eso me puedes perturbar*”.

<sup>746</sup> 462 US. 696, 706-07 (1983).

registro hacer olfatear un contenedor ubicado en un lugar público para confirmar la sospecha de presencia de drogas ilegales.<sup>747</sup> Uno de los fallos más citados, por sus fundamentos y cronología, fue “State vs. Morrow”.<sup>748</sup> En él se dijo que el olfateo de la valija del acusado no era una requisa, porque “las emanaciones de una valija son cosas que están expuestas al público y no están protegidas por la 4ª Enmienda”. En la misma dirección, en el caso “U.S. vs. Germosen-García”<sup>749</sup> donde la defensa había atacado la actuación de agentes de la DEA que en un aeropuerto sometieron equipaje al olfateo canino sin tener sospechas y hallaron estupefacientes. A este cuestionamiento el tribunal respondió que el uso del perro no constituía un registro, ya que la 4ª Enmienda protege contra la violación de una razonable expectativa de privacidad, la cual no se había visto afectada. También, en “U.S. vs. Brown”,<sup>750</sup> se estableció que el retiro de equipaje cargado en un avión para facilitar su olfateo no configuraba un secuestro, ya que no hubo intromisión en el interior de la valija, no se interrumpió la posesión de la misma por parte del sospechoso y no se retrasaron los horarios de viaje.

El olfateo del perro tiene como límite el cuerpo, cosa o lugar sobre el cual se ejercita, ya que es externo al objeto y esto contribuye a apoyar la validez de estas inspecciones sin orden judicial. Es correcta la tesis dominante en este sentido si se tienen en cuenta las características sensitivas de los perros. En efecto, su órgano olfativo es una “superficie húmeda (que) absorbe los olores que

<sup>747</sup> “State vs. Elkins”, Court of Appeals of Ohio, 1976. En igual sentido, “U.S. vs. Harvey”, 961 F. 2d 1361 (8th Cir. 1992) y “U.S. vs. Alpert”, 816 F. 2d 958 (4th Cir 1987).

<sup>748</sup> Supreme Court of Arizona, 1981. La Corte Suprema de aquel país en “Illinois v. Caballes” (543 US 405 —2005—) convalidó el secuestro de marihuana dentro de un vehículo, detenido por exceso de velocidad, circunstancias en las que un perro policial adiestrado, en un olfateo exterior, detectó la presencia de narcóticos. El Tribunal sostuvo que no se habían afectado derechos constitucionales porque fue sin prolongar el tiempo razonable que se requiere para hacer los trámites ordinarios propios de un incidente de infracción de tránsito y porque no hay una expectativa de privacidad razonable con respecto al transporte de sustancias ilícitas, por lo que no se exige una justificación especial para utilizar el can (GREENHALGH, William: *The Fourth Amendment Handbook*, 3ª ed., ABA, Chicago, 2010, p. 141).

<sup>749</sup> 712 F. Supp. 862 (1989).

<sup>750</sup> 884 F. 2d 1309 (9th Cir 1989).

flotan en el aire y los mantiene sobre las papilas perceptivas”,<sup>751</sup> “les permite captar pistas que se levantan del suelo y se transmiten en la corriente del aire”.<sup>752</sup> Estos estudios revelan que no es el olfato del can el que se introduce dentro del local, sino las emanaciones que salen hacia afuera y llegan a su hocico, lo cual descarta la invasión domiciliaria, salvo que se produzca el ingreso del can a un área protegida.<sup>753</sup> Por eso en un fallo se dijo que el olfateo de la valija del acusado no era una requisa, porque “las emanaciones de una valija son cosas que están expuestas al público y no están protegidas por la 4ª Enmienda”.<sup>754</sup>

También como argumento a favor de esta tesis se ha esgrimido que el animal entrenado solo actúa selectiva e inofensivamente sobre personas y bienes, transmitiendo únicamente información de relevancia criminal, cual es la determinación de estupefacientes

<sup>751</sup> PUGNETTI, Gino: *Guide to dog*, Simon & Shuster’s, Nueva York, 1980, pp. 42 y ss.

<sup>752</sup> Ídem, p. 172.

<sup>753</sup> Así lo resolvió la Corte de Estados Unidos en un caso en que declaró inválido el procedimiento que comenzó con un recorrido policial canino en el jardín de la morada del sospechoso. Se dijo que “el derecho de una persona a estar en su vivienda, libre de las intrusiones irrazonables por parte del Estado, tendría poco valor práctico si los agentes del Estado pudieran ingresar al porche de una vivienda o al jardín lateral y recolectar evidencia con impunidad. El derecho a estar en la vivienda se vería considerablemente disminuido si la policía pudiera entrar a la propiedad de una persona para observar cómo dicha persona descansa, o realiza cualquier otra actividad, a través de la ventana de afuera” (CSJ EE.UU., 26/3/2013, “Florida vs. Jardines”, trad. de Pablo Bernardini, *Actualidad Jurídica*, nº 207, 2015). En comentario a este fallo se ha señalado que toma en consideración que *el policía estaba tratando de obtener información de la comisión* de un delito concreto cuando entró hasta el porche de la casa; es decir, reprueba la intención que llevaba el policía, lo que convierte a su conducta externamente similar a las de los carteros, vendedores ambulantes o de cualesquiera particulares o funcionarios que se acercaran a ese lugar de la propiedad privada en un acto violatorio de la intimidad del domicilio, siendo esta característica subjetiva la que lo diferencia de aquellos actos similares externamente abarcados por el consentimiento tácito; “la discusión tiene un doble sentido, en primer término se discute si es objetivamente *trespass* o intrusión lo que hizo el policía, si se trata de un área constitucionalmente protegida por una expectativa de privacidad que emana de la misma y, en segundo lugar, si la intención del agente es relevante para marcar o establecer diferencias en el alcance de las conductas constitutivas de *trespass*” (en el caso la droga fue hallada oculta en unos arbustos del jardín donde la policía sabía por observaciones y escuchas que estaba allí) (VILLAR, Mario A.: “Olfato policial y protección constitucional del domicilio”, *Diario Judicial*, 5/4/2013).

<sup>754</sup> CSArizona, “State vs. Morrow”, 128 Ariz. 309, 312-13, 625 P.2d 898 (1981).

o explosivos. Es decir, deja fuera de sus señales los aspectos que hacen a la vida íntima. En esta dirección, correctamente se dijo que el uso del perro no constituía un registro, ya que la 4ª Enmienda protege contra la violación de una razonable expectativa de privacidad, que no puede verse afectada.<sup>755</sup>

La reacción positiva del perro es más que suficiente para generar la decisión de requisar (ya sea judicialmente o por la policía y fuerzas de seguridad en casos de urgencia), tanto cuando se lo haya hecho oler deliberadamente o de manera casual,<sup>756</sup> por el alto grado de seguridad que implica,<sup>757</sup> consecuencia del aparato olfativo notoriamente desarrollado. Es que el interior del hocico presenta un área receptora equivalente a la superficie externa de todo el cuerpo,<sup>758</sup> que le permite distinguir una sustancia de otra, percibir “rastros muertos” —es decir, la indicación de lugares en los

<sup>755</sup> “U.S. vs. Germosen-García”, 712 F. Supp. 862 (1989).

<sup>756</sup> Como sucedió en un caso en que estando un vehículo secuestrado en una dependencia policial, cuando un perro detector de narcóticos hacía ejercicios en sus proximidades, se descubrieron en su interior, más concretamente en el depósito de agua y en un doble fondo tras un espejo una cantidad adicional de hachís (TSE, S. 7014, resol. 1165, 24/11/2009).

<sup>757</sup> Respecto a una perra de la Policía de Córdoba, entrenada en la detección de explosivos, se midió un grado de seguridad del 99% (Diario *La Mañana de Córdoba*, publicación del 24/7/1997, p. 1). Otro tanto acontece con los perros que trabajan para la Aduana y que son adiestrados desde los ocho meses para detectar billetes escondidos en valijas, bolsos o hasta en vehículos, como ocurrió hace una semana, cuando una de las perras adiestradas detectó u\$s 30.000 en la rueda de auxilio de un BMW último modelo que se aprestaba a viajar en Buequebus rumbo a Punta del Este (KANENGUISER, Martín: “La Afip incautó millones con perros en puestos fronterizos”, *La Nación*, 20/12/2011).

<sup>758</sup> Conf. FOGLE, Bruce: *Dog care manual*, Dorling Kindersley, Londres, traducción al español de Javier Vergara, 1994, p. 18. Y PUGNETTI: ob. cit., pp. 42 ss. expone: “cualquier perro puede detectar la presencia de una gota de sangre en cinco litros de agua y puede fácilmente diferenciar el olor de la carne de cerdo, de vaca, oveja, caballo o conejo, por más que sean similares unos a otros. En el mismo sentido, el perro puede fácilmente distinguir los olores de personas distintas y puede seguir rastros aun cuando hayan sido tapados por sustancias de fuerte olor. Un perro rastreo sigue las huellas de olor dejadas por un individuo a quien busca. Si una persona en cierto punto comienza a andar en bicicleta, el perro será capaz de continuar siguiéndolo”. “En el humano, las células olfativas cubren un área total de cerca de cuatro centímetros cuadrados, en tanto que en un pastor alemán es de 150. El hombre tiene cerca de 5 millones de células olfatorias, en cambio un pastor alemán aproximadamente 200 millones. Si bien esto ya de por sí sugiere que la diferencia con el hombre es grande, los expertos sostienen que es aún mayor. Ejemplo de esa capacidad es ‘Paca’, perra pastor alemán de la Policía de Córdoba, entrenada en detección de explosivos, capaz

que hubo droga<sup>759</sup>— y hasta advertir estupefacientes cuando se ha intentado tapar su olor con otras esencias,<sup>760</sup> y de sus posibilidades de adiestramiento y comunicación con el hombre, lo cual ha dado resultados altamente satisfactorios en la experiencia policial, con escaso margen de error en la señal canina. Es más, un estudio de la policía nacional francesa, que trata la aptitud canina para reconocer personas, señala que efectivamente los perros son capaces de discriminar aromas y memorizar compuestos, como puede ser comparar muchos olores mezclados y descubrir los principales componentes a fin de reconocerlos entre otras mezclas. Agrega que generalmente los perros están entrenados para no marcar en caso de duda; y que para la valoración judicial de tales prueba, el guía debe ser capaz de explicar ante el tribunal los programas de entrenamiento y la forma de identificar el olor.<sup>761</sup>

Considerar el resultado positivo de la prueba como idónea para fundar una requisa o un registro, es la solución de la ju-

de percibir los vapores que despiden el trinitrotolueno o la nitroglicerina” (*La Voz del Interior*, publicación del 24/7/1997, 1ª Sección, p. 18).

<sup>759</sup> A punto tal que la jurisprudencia ha dado por acreditada esta existencia pasada a través de dicha prueba, como sucedió en una avioneta (TOCF N° 2, Córdoba, 11/9/2009, “Baldo”, *LL Córdoba*, noviembre 2009, 1078, conf. por CNCP, Sala I, 17/6/2011); o en una balanza de precisión (TSEspaña, A. 3121, resol. 585, 5/3/2009, considerándola junto a otros elementos, “prueba de cargo lícita y suficiente para entender racionalmente acreditada la actividad delictiva”). En materia de un secuestro extorsivo la casación federal ha considerado conforme a derecho el peritaje odorológico con la finalidad de determinar si en automóvil secuestrado estuvo la víctima, toda vez que “la defensa oficial fue puesta en conocimiento de la realización del peritaje y se abstuvo de asistir al acto de toma de muestras, por lo que su ausencia responde a una decisión propia de la parte y no a la existencia de un vicio en la actividad probatoria cuestionada, que ha garantizado adecuadamente el derecho de defensa en juicio... los restantes planteos relacionados a una supuesta contaminación de los habitáculos de los vehículos mencionados por la introducción de distintas personas, no resultan idóneos para cuestionar el resultado del peritaje” toda vez que el perito de oficio “sostuvo que la odorología criminalística permite obtener huellas olorosas y que la contaminación del lugar u objeto con olores ajenos no impide arribar a conclusiones válidas” (CFCP, Sala III, 30/10/2012, “Salgán”).

<sup>760</sup> En 1997 se secuestraron miles de kilos de cocaína destinada a Europa en un operativo bautizado “strawberry”. El nombre obedeció a que, para despistar a los canes, la droga había sido escondida en barriles que contenían pulpa de frutilla, no obstante igualmente fueron de utilidad.

<sup>761</sup> *L’Odorologie, Police Technique & Scientifique, CNRDF y Service Central D’Identité Judiciaire*, Francia, 1997.

risprudencia local<sup>762</sup> y comparada, reflejada en la expedición de órdenes judiciales de registro y requisita en base a la prueba en estudio y a declaraciones de validez de ese procedimiento cuando fue cuestionado.<sup>763</sup>

Como la medida de investigación en análisis no está regulada específicamente en los cuerpos normativos, para introducir el dato al proceso debe escogerse “el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable”.<sup>764</sup> Es adecuada la declaración testimonial del policía a cargo del can, deponiendo sobre las circunstancias del caso y del acto en particular, las cualidades del animal, fiabilidad, la probable intervención de otros perros y el resultado; en fin, todos los elementos útiles y pertinentes a la investigación.<sup>765</sup>

Evidentemente, por el principio de libertad probatoria, nada impide escoger otro medio para la incorporación del elemento, como podría ser un acta labrada por los funcionarios en cuya

<sup>762</sup> Entre nosotros, en un caso de control de ruta efectuada por Gendarmería donde se halló droga en un doble fondo de un baúl, la casación nacional sostuvo que “es suficiente sospecha para requisar un automóvil la percepción de un perro que dio señales de la existencia de droga en el rodado y reforzado por el olor que emanaba del baúl, pues ambos son motivos válidos que superan la metáfora del ‘olfato policial’ para objetivarse de manera unívoca” (CNCP, Sala II, 14/7/2008, “Gerstenkorn”). Otro tanto sucedió con un operativo de la misma fuerza durante el cual golpearon un tubo de gas sin escuchar resonancia y revisado por un “can de narcóticos hizo un marcado pronunciado” (Sala II, 8/3/2010, “Picerno”, RDP, n° 12, Abeledo-Perrot, diciembre 2010, p. 2137).

<sup>763</sup> “U.S. vs. Knox”, 839 F. 2d 285 (6th Cir. Ct. App. Tenn. 1988); “U.S. vs. Johnson” (U.S. Court of Appeals, 2nd Cir.); “U.S. vs. Pantazis” (816 F. 2d 361 (8th Cir. 1987); “U.S. vs. Painter” (U.S. Dist. Court, Missouri, 1979) y “U.S. vs. Meyer” (District Court of Puerto Rico, 1976).

<sup>764</sup> CAFFERATA NORES, José I.: *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 26.

<sup>765</sup> En “U.S. vs. Meyer” (536 F2d 963, 22/6/1976) una Corte de Apelaciones sostuvo que la declaración testimonial de un agente de la DEA, indicando que el perro estaba entrenado y había reaccionado positivamente a los narcóticos en el camarote del acusado, era suficiente para demostrar su fiabilidad y establecer la causa probable para ordenar el registro. En similar sentido la jurisprudencia local tiene dicho que “aparece adecuado, tanto la declaración testimonial del policía a cargo del can, el cual deponga sobre las circunstancias del caso y del acto en particular, las cualidades del animal, fiabilidad, la probable intervención de otros perros y el resultado, como un acta labrada por los funcionarios en cuya presencia se realizó la prueba olfativa con su resultado y circunstancias útiles” (TOCF N° 2, Córdoba, 11/9/2009, “Baldo”, LL Córdoba, noviembre 2009, 1078, confirmado por CNCP, Sala I, 17/6/2011).

presencia se realizó la prueba olfativa con su resultado y circunstancias útiles, o bien un informe.

## 6. Análisis preventivos de drogas en ámbitos especiales

La cuestión ha sido objeto de tratamiento específico por el derecho judicial de Estados Unidos. El caso más cercano en el tiempo fue “Safford Unified School vs. Redding”.<sup>766</sup> La exposición de los hechos resulta útil para la comprensión del asunto. Todo empezó en octubre del año 2003, en una escuela secundaria de la pequeña ciudad de Safford, Arizona, cuando Savana R., alumna de octavo grado y de 13 años de edad, fue convocada, en medio de una clase, a la oficina del Director. Previamente, en base a información proporcionada por otra alumna, el vicedirector había interrogado a una compañera de Savana, le había revisado los bolsillos y la billetera, y había descubierto varios comprimidos de medicamentos y una hoja de afeitar y con la presión del caso había señalado a Savana como quien se los suministrara. Al llegar a la dirección e informada de lo sucedido, negó la imputación y accedió a que le revisaran la mochila. Las autoridades no encontraron nada, pero el directivo ordenó que la llevaran a la enfermería para revisarla, donde una enfermera y una empleada hicieron que Savana se desnudara, sin que se le encontrara ningún elemento comprometedor.

La madre de la niña accionó invocando violación a la 4ta enmienda de la constitución norteamericana. En primera instancia no le hicieron lugar a su reclamo; tampoco en la apelación. En su voto por la mayoría, el juez Clifton reflexionó que, aunque los alumnos de las escuelas públicas gozan de diversos derechos constitucionales mientras asisten, dichos derechos “no se coextienden automáticamente con los derechos de los adultos en otras circunstancias”. La Corte de Apelaciones sostuvo que la requisita estaba justificada y que fue razonable practicarla de acuerdo con las sospechas que había en ese momento, por lo que satisfizo los requisitos del caso “Nueva Jersey versus T.L.O.” (Tracy Lois Odem), el principal caso sobre requisitas a estudiantes de la Corte Suprema,<sup>767</sup> en el cual se

<sup>766</sup> 25/6/2009. Información extraída en parte de *Harvard Law Review*, vol 123, noviembre 2009, N° 1.

<sup>767</sup> “New Jersey vs. TLO”, 469 U.S. 325, 15/1/1985. En una secundaria de Nueva Jersey el celador sorprendió a dos alumnas fumando. Llevadas a la dirección,