

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 I INTRODUCCIÓN

“El modo de contener los delitos y fomentar las virtudes es castigar al delincuente y proteger al inocente”.

MANUEL BELGRANO.

“La fallida guerra contra las drogas ha empoderado al crimen organizado, desestabilizado a los gobiernos, violado los derechos humanos y devastado vidas humanas por doquier”.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.

I. La problemática

Cuanto mayor es la escala del narcotráfico, mayor suele ser la complejidad y dificultad en su persecución, por muchas razones. Se entrecruzan las causas culturales, sociales, económicas, políticas, demográficas, psicológicas, que subyacen en el fenómeno, tanto en el uso de drogas prohibidas como en su tráfico. Confluyen la envergadura y volumen del comercio, el grado de organización, despliegue de violencia, el déficit de formación y capacitación de los agentes encargados de la investigación, la escasez de recursos humanos y materiales del Estado y la abundancia de los que tienen los grandes narcos —un buen ejemplo fue el ofrecimiento de Pablo Escobar de pagar la deuda externa de Colombia—, la corrupción,¹⁵⁸ la ausencia de una política criminal sostenida y coherente, el mo-

¹⁵⁸ Ya cuando se debatía la prohibición en 1924, el diputado Dickmann decía estar convencido “de que por más leyes que sancionemos cuando la policía es venal y cuando hay tolerancia de parte de los jueces, todas las leyes represivas son letra

delo de sistema penal, las dificultades procesales, etc. Ni hablar de los casos en los que el narcotráfico se interrelaciona y asocia con las peores formas de delincuencia, como el terrorismo¹⁵⁹ y la trata de personas, o bien infiltra o controla al Estado y sus instituciones o se emplea con fines políticos y bélicos. Ejemplos hay muchos, basta con recordar la financiación de la guerra de Indochina de 1947 con redes de tráfico de opio creadas por la inteligencia francesa, negocio que siguió después de terminado el conflicto en 1954; o el golpe de estado de los narcomilitares liderados por García Meza en 1980 en Bolivia, o Noriega en Panamá, los vínculos de las guerrillas colombianas con el narcotráfico, etc. Los términos narcodictadura, narcodemocracia, narcoguerrilla son lo suficientemente elocuentes en describir este tipo de alianzas.

De allí que se trata de un problema aun sin solución y sobre el que no existen recetas mágicas. Por eso no es un fenómeno aislado que afecte solo a un lugar o región, o clase social; sino que presenta características globales y transversales, y hasta ahora ningún país ha logrado reducirlo de forma tal que deje de ser una preocupación. En el contexto multidimensional actual, una política criminal a cargo de todos los poderes del Estado y que opere sobre la diversidad de causas, podrá ser considerada exitosa cuando logre contener —si el problema se ubica en niveles medios— o, mejor aún, reducir el fenómeno y disminuir las consecuencias negativas que tiene sobre la salud pública —bien jurídico directamente protegido en la regulación penal— y la seguridad pública.¹⁶⁰ Hay

muerta y se va a vender cocaína” (*Diario de sesiones del Congreso*, 18/9/1924, p. 65, citado por FEDERICO-RAMÍREZ: ob. cit., p. 78).

¹⁵⁹ Además de los lazos delictivos, como los mundialmente conocidos entre organizaciones armadas y carteles en Colombia, se han señalado similitudes operacionales entre el narcotráfico y el terrorismo, como la organización, actividades encubiertas ilegales muy sofisticadas, ramificaciones internacionales, cooperación entre países, por lo que se comparten muchas técnicas de investigación (Hess, *et al.*: ob. cit., p. 336). Aunque por cierto, la mentalidad e idiosincrasia de los terroristas suele ser muy diferente a la de los narcos y esto repercute en la investigación. Por ejemplo, el fanatismo de los primeros los hace renuentes a colaborar para obtener beneficios, en cambio la falta de valores e interés material de los segundos los vuelve más proclives.

¹⁶⁰ Expone De Aragón que aquellos modelos propuestos por Goldstein para explicar la relación de las drogas con la seguridad ciudadana (“The Drugs/Violence Nexus: A Tripartite Conceptual Framework”, *Journal of Drug Issues*, vol. 39, pp. 143/174, 1985), se observan claramente reflejados en los procesos por delitos comunes en la justicia criminal de la Provincia de Córdoba. “Así, no solo son

que estar atentos y precavidos de las frecuentes simplificaciones que se hacen, a veces con fines políticos. Corolario: serán meramente coyunturales e inidóneos aquellos anuncios o intentos de “solución” que de manera atractiva o propagandística prometan eficacia haciendo hincapié en solo unos pocos de los tantos aspectos involucrados. Quienes tenemos esta concepción creemos que la eficiencia no vendrá porque se aumente la pena a prisión perpetua al que vende droga (v. gr. en algunos países hay pena de muerte y sigue habiendo narcotráfico, tal el caso de China, uno de los grandes mercados de consumo), porque se encarcele al que la compra, ni menos que dependa del tipo de sistema procesal,¹⁶¹ sin perjuicio de reconocer que la calidad institucional en general, y del sistema penal y procesal en particular tienen incidencia.¹⁶²

Ni siquiera la legalización de las drogas hoy prohibidas puede terminar con esta criminalidad quitándole el negocio a la mafia del narcotráfico. Las propuestas más audaces en tal sentido se animan a regular la venta de marihuana, en tanto que las que se refieren a todas las drogas (p. ej., declaraciones de 2019 de “Pepé” Mujica y de Mario Layera, Director de la policía de Uruguay al concluir

mucho más frecuentes las internaciones provisionales de sujetos que por sus adicciones se han tornado peligrosos, o los relatos de víctimas sobre la irascibilidad y violencia desplegada por asaltantes “empastillados”, sino también la motivación económica al perpetrar delitos contra la propiedad para sustentar el consumo. Es sumamente preocupante a su vez, el incremento observado en la violencia “sistémica” relacionada al narcotráfico local. Los “ajustes de cuentas” derivados de deudas con distribuidores, y los homicidios y agresiones dentro de los diversos niveles jerárquicos de las organizaciones como medios de imponer, ejercer y mantener el poder” (De ARAGÓN, Ernesto: “Objetivos del Ministerio Público Fiscal frente a los procesos de cambio en la Justicia penal de Córdoba: un nuevo paradigma de persecución”, *Actualidad Jurídica*, n° 211, Córdoba, julio 2015).

¹⁶¹ Bajo otra concepción, la ex Procuradora General de la Nación consideraba que el sistema acusatorio “es el único eficaz para combatir el narcotráfico”, según informaba el portal oficial de noticias del Ministerio Público, *fiscals.gob.ar*, 27/4/2016.

¹⁶² “Desde 1999, año en que se inició el Plan Colombia, este país ha implementado una estrategia coordinada que incluye acciones militares y policiales contra los grupos armados ilegales y los traficantes, la reforma judicial, programas de desarrollo social y erradicación de cultivos. Estos esfuerzos tienen por objeto reducir la violencia y consolidar la presencia del Estado en áreas donde se encuentran tradicionalmente los cultivos ilícitos y se realizan otras actividades ilegales como la tala de árboles y la minería ilícitas. En este terreno el fortalecimiento de las capacidades institucionales sigue siendo crucial” (INSULZA: ob. cit.).

su jefatura en 2019), están lejos de concretarse ni precisan sus alcances. Y la criminalidad mayor —en término de ganancias y muertes violentas— está determinada por el tráfico de cocaína. Reconocer esto no significa ignorar o minimizar la importancia económica del mercado de la marihuana, ni su incidencia en la formación de grandes carteles (p. ej., México); aún así es una realidad, inclusive a nivel local, que con la cocaína los problemas se intensifican. Y si a esto le agregamos que aún permitiendo la venta legal de *cannabis*, esta tiene sus restricciones y requisitos (menores, cantidades, registros, concentración de THC, recetas, lugares, etc.), siempre va quedando una “puerta de atrás” —como le llaman en Holanda— que provee el segmento no permitido en la regulación. Y como dice un informe de la OEA, “la experiencia histórica es pródiga en ejemplos que muestran que en la medida que existan bienes y servicios demandados por la sociedad que permanecen prohibidos, existirán los incentivos para que prospere la actividad económica destinada a abastecerlos. Esa actividad económica, al estar asociada a una prohibición, automáticamente califica como ilegal y su práctica, de manera igualmente automática, como delito y en casi todas sus etapas como delito organizado”.¹⁶³

Algunos modelos de política criminal (p. ej., el colombiano de Estrategia integral de intervención contra el narcotráfico) que se jactan de haber logrado avances en la lucha contra el narcotráfico, se basan en la actuación sobre cuatro pilares estratégicos: reducir el uso (mediante controles, campañas al estilo de las realizadas con el tabaco y alcohol, asistencia especializada al adicto); reducir la disponibilidad (incautaciones); desarticular organizaciones y afectar la economía y rentas criminales. La política criminal dependerá también de la problemática que exista en cada lugar. Evidentemente no será la misma en un cantón suizo que en Sinaloa.

Se han ensayado distintos modelos de control de mercados de estupefacientes. A muy grandes rasgos, podemos encontrar los siguientes: a) *Punitivo*: penaliza todos los eslabones con la ley penal (p. ej., sistema de la ley argentina 23.737, aunque fuertemente morigerado desde el fallo “Arriola” de la Corte Suprema); b) *Mixto o combinado*: despenaliza el consumo —deja de ser delito la tenencia con esa finalidad— pero reprime la venta. Uno de los ejemplos mundialmente conocidos es Portugal, donde los estupefacientes

¹⁶³ INSULZA: ob. cit.

son ilícitos pero a partir del año 2000 con el plan de Joao Goulao despenalizaron la posesión de todas las sustancias en dosis destinadas al consumo, medida acompañada de una fuerte política sanitaria de calidad, pública y gratuita, y de campañas educativas;¹⁶⁴ c) *Legalización segmentada y controlada*: autoriza el consumo y las micro ventas bajo ciertas condiciones y restricciones en torno a tipo de drogas —generalmente marihuana—, cliente, lugares de venta y consumo, manteniendo la respuesta penal para los mayoristas (p. ej., modelo Holanda); y d) *Legalización completa*: regula (no lo libera) todo el proceso: producción, elaboración, distribución, venta y consumo de ciertas sustancias. El ejemplo mundial es Uruguay con la marihuana, que autorizada oficialmente se siembra, cultiva y comercializa, mediante una red de clubes canábicos y otros entes (v. gr., expendio en farmacias) con registro de usuarios. Por la trascendencia mundial de esta política audaz y original, la vecindad geográfica y todo lo que tenemos en común los argentinos con los uruguayos, bien vale detenernos unas líneas para describir algunas particularidades del sistema que implementaron. El país ya había sido pionero en la región al despenalizar el consumo de estupefacientes varias décadas atrás. Pero el proceso de legalización de la cadena fue un salto osado signado por una fuerte polémica, inclusive dentro del propio partido gobernante.

¹⁶⁴ “Hoy la policía portuguesa no detiene a nadie que lleve consigo una cantidad de droga inferior a la dosis contemplada para 10 días de consumo personal —un gramo de heroína, de MDMA, o de anfetamina; dos gramos de cocaína, o 25 gramos de cannabis—. En lugar de ello, aquellos que son interceptados con cantidades consideradas de uso personal son citados ante los llamados “comités de disuasión”, creados por psicólogos, abogados y profesionales sociales. La mayoría de los casos se quedan en nada más que en una advertencia, mientras que a aquellos individuos que hayan comparecido demasiadas veces ante el comité, se les sugiere que arranquen un tratamiento. Este puede presentar distintas formas, desde terapias motivacionales a prescripción de medicamentos, pasando por terapias con sustancias como la metadona”. En declaraciones de Goulao, el arquitecto del plan nacional, “la gente consume drogas por dos motivos —ya sea para potenciar el placer o para combatir el desasosiego— y el tipo de sustancias que se consumen y el tipo de personas que las toman tiene mucho que ver con la calidad de vida de un país”. Agrega que “las políticas de reducción de riesgos no tienen nada que ver con abandonar a la gente a su suerte o con creer que no se recuperarán”. Las estadísticas de la experiencia lusitana indicaron disminución del consumo y de enfermedades y muertes asociadas (OAKFORD, Samuel: “El ejemplo de Portugal: todas las drogas despenalizadas, desde la marihuana hasta la heroína”, 22/1/2018, <https://www.vice.com/es/article/zmqkj3/portugal-despenalizacion-total-de-las-drogas>).

Además, la sociedad estaba mayoritariamente en contra, según encuestas. El mismo presidente Mujica que lo impulsó, había tenido anteriormente posturas refractarias sobre los consumidores y relativamente desinteresadas acerca del problema. Un interesante e informado libro sobre el fenómeno, agrega los siguientes datos:¹⁶⁵

El primer proyecto de regulación lo había presentado el diputado Luis Lacalle Pou, hijo del ex presidente, de tendencia conservadora, pero había quedado cajoneado. Mujica, que “nunca había fumado un porro” en la campaña decía que había cosas más importantes para discutir; venía de la izquierda sesentista que por aquel entonces eran rígidos frente a lo que consideraban “desviaciones impropias de los valores del hombre nuevo” (el movimiento tupamaro del que formó parte y el partido comunista podían expulsar o sancionar a sus miembros si consumían drogas o por motivos de la vida privada, como la orientación sexual). Hasta el comienzo de su presidencia, influido por las ideas de Makarenko, un pedagogo ruso precursor de la disciplina soviética, creía que para enfrentar los abusos de estupefacientes, podía ser eficaz internar a drogadictos, aun compulsivamente, y enviarlos a “picar piedra” a cuarteles u otros terrenos estatales; y a las críticas respondía que “son maricas, son blandengues”, que “un tratamiento por medio de un régimen de trabajo no es ningún pecado, aunque a mucha gente la suene mal la idea de mandar personas a picar piedras en pleno siglo XXI”. Sin embargo, ya en la presidencia y con el problema candente del narcotráfico y las adicciones que concentraban gran atención y preocupación pública, Mujica tuvo un giro, apoyado por su ministro de confianza Fernández Huidobro, y entusiasmado con las ideas del premio Nobel de Economía Milton Friedman. Este liberal representante de la Escuela de Chicago hacía décadas que estaba a favor de la legalización de las drogas. Tomaban como ejemplo real lo ocurrido con la ley seca. Friedman consideraba que con la legalización Estados Unidos tendría la mitad de prisiones, la mitad de reclusos, 10.000 homicidios menos al año, barrios con más oportunidades para los pobres. Tenía una visión económica pragmática según la cual la marihuana, por su volumen y peso, era fácil de interceptar, esa presión hacía que su precio subiera y se volvía más difícil obtenerla, por lo que la gente se volcaba a consumir drogas más duras y baratas como el crack. Además opinaba

que como las drogas son un negocio caro y riesgoso, sobreviven los carteles más grandes y fuertes, y eso es el sueño del monopolista, que el Estado persiga a los competidores y mantenga alto el precio de los productos: “es como estar en el cielo”, afirmaba el nobel. Además, consideraban que la legalización podía ser eficaz para combatir el “efecto góndola” por el cual, al acudir al mercado ilegal de la marihuana, el consumidor se topa también con la oferta de otras drogas ilegales. Mujica finalmente impulsó el proyecto de legalización con incertidumbre: “lo que estamos inventando en el Uruguay no tiene certificado de que va a dar resultado; lo que ya tiene certificado de defunción es lo que hemos venido haciendo”. La idea tuvo muchas resistencias, las sociedades de psiquiatría alertaban que el uso de marihuana era un problema de salud mental, y que la legalización llevaba a los jóvenes a pensar que no era tan grave, lo que provocaría un aumento difícil de revertir. Mujica avanzó igualmente hacia la meta que se había propuesto hasta lograrlo con la aprobación de la ley de 2013 e implementación en los años siguientes. En el camino hubo otros estados que siguieron la misma política (en 2012 Colorado y Washington previo plebiscitos ampliamente mayoritarios a la legalización).

Dejando de lado los distintos modelos de control y retomando la cuestión penal, una nota característica que tienen la mayor parte de las investigaciones por narcotráfico, es que generalmente se trabaja de manera simultánea a la comisión del delito. Esto marca una diferencia importante en la averiguación de delitos que ocurrieron en el pasado y se agotaron. Y constituye una ventaja. Juntar las pruebas y descubrir al autor de un hecho que ya se cometió presenta intensificadas las dificultades propias de toda reconstrucción histórica, dependiendo el éxito de múltiples factores, entre ellos la existencia de vestigios, huellas, rastros, impresiones que la maniobra haya dejado en personas, lugares, cosas, etc. En casos donde no hay ni siquiera “un hilito” para comenzar a tirar y que permita el esclarecimiento, es más que azaroso el resultado. La experiencia demuestra que lamentablemente existen los “crímenes perfectos”. Por eso la investigación penal es una obligación de medios más que de resultados, aunque esto muchas veces es incomprendido. En materia de narcotráfico se puede investigar en tiempo real, porque generalmente el negocio ilícito y sus maniobras se extienden en el tiempo. Como expresa la Guía de buenas prácticas de lucha contra el tráfico de drogas de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, esto “implica modificar el paradigma tradi-

¹⁶⁵ MÜLLER SIENRA-DRAPER: ob. cit., pp. 31, 56, 139, 140 y 147.