

La investigación del delito de narcomenudeo

Ignacio Albornoz¹

SUMARIO: I.- El fallo en cuestión; II.- El criterio de la Corte; III.- La naturaleza del delito; IV.- Conclusión; V.- Bibliografía destacada.

RESUMEN: El presente trabajo parte de un fallo judicial del Tribunal Oral nro. 2° de Rosario y toma en consideración las cuestiones vertidas en el mismo para efectuar un breve análisis acerca de la investigación del delito de narcomenudeo.

PALABRAS CLAVE: Sospecha – Narcomenudeo – CSJN – Requisa - Tribunal Oral

I.- El fallo en cuestión

El fallo sobre el cual parte este trabajo, fue dictado por el Tribunal oral Federal de Rosario nro. 2, el día 29 de marzo del corriente año. En el mismo, se condenó a A.N Correa, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, multa de \$100 y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia simple de estupefacientes, previsto en el art.14, primer párrafo de la ley 23.737. Debido a que el penado no contaba con antecedentes penales previos y la cantidad de droga secuestrada al momento del hecho era escasa, las partes llegaron a un juicio abreviado, arribándose a la pena en cuestión.

En cuanto al hecho, se relata que el día 5 de agosto, personal policial se encontraba realizando tareas de patrullaje preventivo en la localidad de Villa Gobernador Gálvez, provincia de Santa Fe, cuando se observa a un individuo que

¹ Estudiante de Derecho (UNR)

al ver al personal uniformado emprende la fuga a veloz carrera. Luego de una breve búsqueda se da con el mismo y al detenerlo se le practica un registro palpable, momento en el cual el mismo sujeto confiesa tener dentro de su ropa interior envoltorios de estupefacientes. En este acto, se secuestra un total de 22 bolsas pequeñas con cocaína en su interior, y cuatro envoltorios de marihuana, que fueron encontrados una vez registrado el interior del domicilio en donde se lo encontró. Además, un revolver calibre 22.

Dejando de lado la decisión a la cual arribó el Tribunal, y también aquella que tomaron las partes de llevar a cabo un juicio abreviado, quiero detenerme sobre ciertas consideraciones vertidas en el fallo. Si bien se hará alusión a los hechos y a la pena, no será desde un punto de crítica sobre el monto de la misma o el trámite del juicio, sino más bien sobre lo considerado por las partes y el juez sobre la investigación.

a. El delito de narcomenudeo

El delito de narcomenudeo es aquel entendido como, la tenencia de pequeñas cantidades de estupefacientes que se comercializa bajo un esquema más rudimentario que el comúnmente conocido en el delito de narcotráfico a gran escala. Esto debido a que tiende a ser comercializado mediante la modalidad de “delivery”, o bien en lugares que además de funcionar como puntos de venta, comúnmente son el propio domicilio del vendedor.

Por su parte, estas mismas características del delito, lo posicionan como una actividad bastante “común” dentro de la criminalidad, dado que no requiere de un sistema sofisticado para ser practicado. En tal sentido, si bien el narcomenudeo nace del propio delito de narcotráfico, a razón de que el producto comercializado no es producido por el pequeño vendedor, sino más bien revendido, para incurrir en el primero no se requiere de una gran inversión de dinero, producción u ocultamiento del material, ni tampoco recurrir a personas que se encarguen del lavado de dinero producido, como sí ocurre en el segundo. Esto es lo que a su vez genera que un gran número de personas lo practiquen.

Por otro lado, es un delito que ha ido en aumento en el último tiempo, ya que por un lado, puede ser considerado como el inicio de cualquier organización o grupo que desee llevar a cabo la venta de estupefacientes. Pero por el otro, debido al grave aumento de la pobreza, el desempleo, y la marginalidad, también se ha ido posicionando como una actividad a la cual muchos recurren como “la única opción”. No quiero decir con ello, que este sea un delito propio de determinadas

clases sociales, sino más bien atenerme a los datos de la triste realidad de nuestros días.

b. La investigación

El fallo que se trae a colación, ha introducido en él, la cuestión de la investigación del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Puntualmente, el Fiscal General llevó a cabo la recalificación de la conducta al coincidir con el defensor en el hecho de que, por carecerse de una investigación previa, no haberse secuestrado ningún elemento que comúnmente se utiliza para el fraccionamiento y estiramiento del estupefaciente y debido a que la cantidad de material ilícito secuestrado era escasa, debía modificarse la calificación a una tenencia simple.

En este punto, es dable partir de la base de que el penado fue detenido en su domicilio, lugar en el cual se llevó a cabo un registro pero no se encontró ningún otro elemento de interés para la causa, más que los cuatro envoltorios de marihuana. Esto nos permite por un lado, entender que quien poseía en este caso el material ilícito evidentemente no lo producía en su domicilio, y por el otro, que es esa la propia razón que permite descartar la tenencia para comercialización, y encuadrarla como uso personal.

Ahora bien, es claro que la cocaína normalmente es adquirida por medio de otra persona que la comercializa en grandes cantidades, dado que a diferencia de la marihuana no es normal que sea el propio consumidor el que la produzca. Y como en este caso, no existe siquiera prueba de esa producción, podemos afirmarlo con cierta seguridad. Sin embargo, no puedo coincidir con las partes en que esto permitiría descartar la finalidad de comercialización. Primero, porque no puede creerse que una persona que utiliza estupefacientes - de cualquier tipo- los lleve consigo en la vía pública dentro su ropa interior y en 22 diferentes bolsas que dan un total de 11,8 gramos de cocaína². Me permito pensar, que aún en esa cantidad ningún consumidor elegiría guardarla en numerosos envoltorios para luego consumirla, incluso sabiendo que de ser detenido podría dar apariencia de venta.

Respecto del hecho de no haber existido una investigación previa, ni haberse encontrado elementos utilizables para la producción, entiendo sería de una

²Son en realidad pequeños envoltorios de bolsas de nylon.

complejidad notoria probar que el material tenía como fin la comercialización sin invertir la carga de la prueba.

Por ejemplo, reparemos en un supuesto en el cual se lleva a cabo un secuestro de una cantidad considerable de estupefacientes en la vía pública o en una ruta nacional por medio de un retén policial. Esto es algo muy común, que siempre tiene una misma característica: la sospecha del personal policial. En este sentido, cuando se requisan personas o automóviles por medio de un procedimiento de este tipo, no existe obviamente una investigación previa, por tanto es difícil probar que existe un fin de comercialización, sino que lo que se hace es, especular desde un punto de vista lógico, que por la cantidad y la forma en la cual se encuentra almacenada – por ejemplo, un “ladrillo de marihuana” escondido bajo uno de los asientos- es dable descartar un consumo personal.

Siguiendo esta línea, la fiscalía dispone en estos casos de una sola posibilidad, que es refugiarse en el tipo legal, y atenerse a la cantidad total de estupefacientes, permitiéndole de este modo prescindir de probar un fin de venta. No es que se invierte la carga de la prueba, sino que la norma por sí sola, al considerar la cantidad de material ilícito, da certeza de que no será utilizada para consumo personal.

Ahora bien, si nos preguntamos que es por tanto, lo que diferencia al caso hipotético del considerado por el Tribunal oral de Rosario, simplemente es la cantidad. Al igual que en el fallo en cuestión, no hay secuestro de elementos utilizados para el fraccionamiento y estiramiento del materia ilícito, ni tampoco existe una investigación previa, y lo que ha permitido la requisa es la sola sospecha del personal policial.

II.- El criterio de la Corte

Si bien existen infinidad de casos que podrían ser considerados en este punto, recurriré a uno en especial dictado por la propia CSJN, en el cual se convalidó la facultad de las fuerzas de seguridad y del personal sito-sanitario para controlar el transporte de paquetes considerados sospechosos en las rutas nacionales.

En el hecho, personal sanitario detuvo un vehículo de transporte de pasajeros de larga distancia a los fines de inspeccionar su carga, y encontró una caja remitida como encomienda, dentro de la cual había, entre otras cosas, “un envoltorio compacto recubierto con cinta de embalar, que tenía una inscripción de una marca

comercial de una confitería y del que emanaba un fuerte olor a marihuana. Ante tal situación, el oficial policial que se encontraba presente en el lugar procedió a abrir el envoltorio y corroboró que se trataba de 845,6 gramos de marihuana”³. En este caso, si bien la diferencia en la cantidad secuestrada en este hecho, y el tratado por el Tribunal oral de Rosario, es notoria, no podemos dejar de notar que se trata del mismo delito de narcomenudeo, dado que no es posible considerar que un envoltorio de menos de 1 kg de marihuana puede ser calificado como narcotráfico a gran escala. Incluso el cómo era transportado el elemento ilícito, demuestra una similitud en lo rudimentario de este tipo de mercado.

Por su parte, la sentencia condenatoria de este hecho fue impugnada por la defensa pública oficial, y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar al recurso, anulando todo lo actuado en la causa y absolviendo al acusado. Para ello, “consideró inválido el procedimiento de apertura de la encomienda sin la intervención de la autoridad jurisdiccional que la normativa procesal requiere para resguardar la inviolabilidad de la correspondencia. Además, sostuvo que la requisita se había realizado sin que se verificara el grado de sospecha y la situación de urgencia que la normativa procesal requiere para autorizarla sin previa orden judicial”. Luego, ante el recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General, la Corte lo declaró admisible y entendió que “la normativa específica en materia de sanidad agroalimentaria facultaba expresamente a los funcionarios de la barrera zoofitosanitaria a inspeccionar todo vehículo y, particularmente en lo que hace al transporte público de pasajeros, para revisar todo bulto, equipaje, contenedor, paquete o encomienda⁴, ello como medida de prevención destinada a evitar el traspaso de la plaga de la Mosca de los Frutos a las áreas protegidas”. A su vez, el Alto Tribunal sostuvo que “se halló un objeto que,

³Stancatti, Oscar s/causa n° 462/2013. Págs. 1 y 2.

⁴ “El transporte de estupefacientes, de plantas y semillas destinadas a su elaboración como así también de las materias primas utilizables con el fin de elaborarlos, es uno de los tipos penales que podría calificarse como característico y de larga data dentro de la ley de drogas. Se considera “transporte” siempre que se efectivice dentro del mismo estado, caso contrario podrá ser considerado contrabando calificado de importación o exportación de estupefacientes, o bien configurarse la figura de la introducción. También configura transporte de estupefacientes la acción de enviar droga a través de encomiendas. El transporte debe haber sido sin autorización o con destino ilegítimo por cuanto la finalidad de una acción delictiva se sustenta en la capacidad de la voluntad de prever”. Miguel Ángel Asturias, Mariano Nicolás Lema. Régimen penal de estupefacientes, ley 23.737 comentada y anotada. Pág.50. Ed. Hammurabi, 2021.

según surge de las constancias de la causa, estaba embalado de la manera en que suelen embalsarse los estupefacientes, tenía la consistencia compacta que suele tener ese tipo de sustancias y olía como marihuana”⁵. En definitiva, la Corte entendió que los funcionarios no habían actuado por fuera de la normativa que regula su accionar y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Si tomamos en cuenta el fallo dictado por la Corte, vemos nuevamente las mismas características, la sospecha del personal policial, la falta de investigación previa, la inexistencia de elementos utilizados para el fraccionamiento y estiramiento del material, y la imposibilidad de probar que exista un fin de comercialización. Sólo nos queda la cantidad de estupefaciente secuestrada. Ante ello, la norma pareciera desobligar al Ministerio Público de probar todo fin, y el hecho de transportar una cantidad por fuera de lo considerado “normal” para el consumo personal, alcanza y sobra para una condena.

Por otra parte, es dable detenernos un momento en el criterio del Alto Tribunal expuesto en este caso, dado que si bien el personal – según entendía facultad para inspeccionar los equipajes del transporte, la Sala II entendió que no existía en el caso concreto, situación de urgencia para que el personal no requiera de autorización judicial previa. En tal sentido, es sabido que en la actualidad, ante lo que se conoce como “delitos de flagrancia” el personal policial cuenta con cierta facultad para tomar decisiones en el momento en que se produce el hecho, sin embargo, cada vez que debe ir más allá de sus potestades se le exige requerir, no sólo autorización del fiscal o juez de instrucción, sino también poner en conocimiento a la autoridad judicial para que sea ella quien ordene los pasos a seguir. En el caso concreto, no podemos entender que el personal en cuestión haya ido más allá de sus facultades, dado que en primer lugar, tal como lo entendió la Corte, contaban con potestad para revisar los equipajes, pero a su vez, si bien lo siguiente en el hecho se debió a la sola sospecha, lo único que se hizo fue inspeccionar qué contenía el material. Es decir, si cuentan con facultad de detener a una persona ante el delito flagrante, podemos deducir que también pueden inspeccionar un elemento que guardaba apariencia de estupefaciente. Incluso creer que sí existía emergencia, dado que las inspecciones llevadas a cabo tienen justamente ese fin. Si ante cada uno de ellos, el personal policial debiera solicitar autorización judicial previa para abrir un equipaje, no solo se vería perjudicado el

⁵ Ver cita en el punto 3. Págs. 3 y 4

derecho de los pasajeros al libre tránsito, sino que la tarea preventiva e incluso la judicial se verían claramente afectadas por la pérdida de tiempo.

III.- La naturaleza del delito

Como se sostuvo desde un principio, el delito de narcomenudeo presenta grandes dificultades investigativas por su propia naturaleza, dado que impide ser probado a ciencia cierta. En tal sentido, tal como se entendió a partir del fallo del Tribunal Oral de Rosario, la falta de una investigación previa es uno de los grandes obstáculos para asegurar el fin de comercialización. Sin embargo, no es que ello resulte menos gravoso para las garantías constitucionales, dado que muchas veces éstas también están basadas en la entera sospecha del personal policial abocado a la investigación. Por ejemplo, si el mismo observase la concurrencia de personas ajenas al domicilio en horas de la noche, y pudiese llegar a ver que dentro del mismo – o en el patio trasero- hay plantas de marihuana, eso bastaría, al menos, para autorizar un allanamiento. Traigo como ejemplo, la decisión adoptada por la Cámara Federal de San Martín, Sala II, en la cual se sostuvo que “la observación policial sobre la vivienda denunciada permitió descubrir de inmediato que en uno de los patios traseros de la finca del encartado cultivaba plantas de cannabis sativa”. A su vez, se agrega “las características del hecho exigían la pronta intervención policial a efectos de que la prolongación de la investigación no frustrase la pesquisa. Con tal finalidad, se recabó el testimonio del oficial que había visto desde la finca lindera junto al morador las plantas de marihuana; agregándose horas después, la declaración del oficial interviniente, en cuanto a los movimientos de personas advertidos la noche anterior al allanamiento de la casa”⁶. En este punto, si bien existieron indicios que dieron lugar al allanamiento, y que luego confirmaron los dichos policiales, en este tipo de delitos parece ser inevitable partir siempre de una sospecha. El hecho de que el personal policial haya visto en el interior del domicilio la presencia de plantas de cannabis, da indicios, pero nada nos permite descartar que sean de consumo personal⁷. Lo mismo con la presencia

⁶Miguel Ángel Asturias, Mariano Nicolás Lema. Régimen penal de estupefacientes, ley 23.737 comentada y anotada. Pág.63. Ed. Hammurabi, 2021.

⁷“La Cámara Federal de General Roca dispuso el sobreseimiento de la persona acusada de tenencia y cultivo de estupefacientes, por realizarse los mismos dentro del ámbito de privacidad de su domicilio para su consumo personal y sin trascendencia de terceros. En cuanto a los hechos, el 12 de febrero de 2016, en el marco de un allanamiento ordenado por la justicia ordinaria de la provincia de Río Negro, se secuestraron sesenta y siete plantas de marihuana”. Gauna Alsina; Delitos Federales, págs.34 y 35. Ed Hammurabi, 2021.

de personas ajenas, si las mismas se comportan de una misma manera, entrando y saliendo en pequeños lapsos de tiempo como si fueran a buscar – o comprar- algo, nos permite especular, pero nada lo confirma. Obviamente, para el trabajo investigativo, es indicio suficiente, sin embargo, en el campo técnico de la justicia no siempre es así.

IV.- Conclusión

Habiendo llegado al final de este trabajo, la conclusión que puede abordarse no es para nada feliz. Por un lado, es claro que la investigación del delito de narcomenudeo da lugar a la especulación desde su inicio, y aún cuando se requiera cumplir con ciertas exigencias investigativas para así dar una mayor “seguridad” a la persecución del mismo, nada quita que se siga especulando en toda esa investigación. Por otro lado, también queda claro -y esto creo que es un avance – que, como ya mencione en otras oportunidades, la cantidad de estupefaciente secuestrada juega un papel importante en la mayoría de los casos. Tanto fiscales como jueces intentan evitar la persecución de pequeños vendedores, cuya detención nada impactaría a este mercado. Sin embargo, no creo conveniente la enorme contradicción que se puede observar cuando se decide judicialmente sobre este delito.

La Cámara Federal de San Martín al momento de decidir sobre un caso de narcomenudeo sostuvo “cabe tener presente que si bien fueron incautados en poder de las prevenidas distintos envoltorios conteniendo marihuana, psicofármacos y bajas cantidades de dinero, lo cierto es que mas allá de las referencias genéricas aportadas por los preventores, por el momento, nada obra en autos que de manera precisa las sindeque como vendedoras de sustancias ilícitas”⁸. En tal sentido, nótese que en el hecho se efectuó el secuestro de envoltorios con diferentes tipos de estupefacientes, sin embargo el Tribunal consideró que no se encontraba probada la acusación, a diferencia de por ejemplo, lo entendido por la cámara Federal de Córdoba: “a juzgar por los indicadores deducibles utilizados como medio para comprobar la finalidad de comercialización,

⁸ Agrega el Tribunal “En tales condiciones, el mentado hallazgo aún cuando constituya una sospecha de que lo secuestrado pudiera estar destinado a su venta, hasta ahora el cuadro indiciario así conformado no resultado idóneo para configurar una presunción suficiente que autorice atribuirles el tipo penal escogido, en virtud de la doctrina emergente de los arts. 2º y 3º del ritual”. Miguel Ángel Asturias, Mariano Nicolás Lema. Régimen penal de estupefacientes, ley 23.737 comentada y anotada. Pág.63. Ed. Hammurabi, 2021.

se ha de reparar en la forma en que se hallaba acondicionada la droga y el fraccionamiento de que fue objeto, así como el secuestro de los papel glaséy del capuchón de lapicera con restos de droga, elementos utilizados para hacer los llamados "raviolos", todo lo cual hace presuponer la intención de comercialización”⁹.

En definitiva, se entiende que el criterio mantenido por los distintos tribunales no es uniforme, y aun cuando la evaluación deba ser llevada a cabo de manera independiente en cada caso concreto, se torna urgente la necesidad de que exista un mismo camino, en el cual se continúe considerando la cantidad secuestrada y el impacto que podría o no tener la detención de un pequeño vendedor.

V.- Bibliografía destacada

- Miguel Ángel Asturias, Mariano Nicolás Lema, Régimen Penal de estupefacientes, ley 23.737 comentada y anota. Editorial Hammurabi, 2021.
- “CORREA, Alexis Nicolás s/Inf. Ley 23.737”, Tribunal Oral N°2 de Rosario.
- Fernando Gauna Alsina, Delitos Federales, tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los delitos usuales en la justicia federal. Estrategias de litigación. Editorial Hammurabi, 2021.
- Stancatti, Oscar s/causa n° 462/2013

⁹Miguel Ángel Asturias, Mariano Nicolás Lema. Régimen penal de estupefacientes, ley 23.737 comentada y anotada. Pág.66. Ed. Hammurabi, 2021.

