



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

Paraná, 21 de marzo de 2019.

**Y VISTO**, en Acuerdo de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, integrada por la Dra. Cintia Graciela GOMEZ, Presidenta; la Dra. Beatriz Estela ARANGUREN, Vicepresidente, y el Dr. Mateo José BUSANICHE, Juez de Cámara, el Expte. N° 5131/2017/4/CA1, caratulado: **“LEGAJO DE APELACIÓN DE MALAJOVICH, IVAN GREGORIO EN AUTOS MALAJOVICH, IVAN GREGORIO POR INFRACCIÓN LEY 23.737”**, proveniente del Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad, y;

**DEL QUE RESULTA:**

La Dra. Cintia Graciela Gomez, dijo:

Que llegan estos actuados a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Iván Gregorio Malajovich, contra la resolución obrante a fs. 1/20 vta. del presente en cuanto procesa al nombrado por considerarlo *prima facie* responsable de los delitos de dación pública de instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes (art. 28 de la ley 23737), en tres oportunidades, en concurso real; siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5 inc. a) de la ley 23737); guarda de semillas



utilizables para idénticos fines (art. 5 inc. a) de la ley 23737) y tenencia simple de estupefacientes (art. 14 primera parte de la ley 23737); todos ellos en concurso real (art. 55 del CP) y de conformidad a los arts. 306 y 308 del CPPN. El recurso fue concedido a fs. 37.

En esta instancia, se celebra la audiencia oral preceptuada por el art. 454 del CPPN, de la que da cuenta el acta de fs. 46 vta., compareciendo en dicha oportunidad el Sr. Fiscal General, Dr. Ricardo Carlos María Álvarez y los letrados defensores, Andrés I. Bacigalupo y Franco Azziani Cánepa en defensa de Iván Gregorio Malajovich; quedando los autos en estado de resolver.

**Y CONSIDERANDO:**

I- a) Que el Dr. Bacigalupo, en honor a la brevedad, remite íntegramente al escrito recursivo y ratifica todo cuanto fuera materia de agravios.

Estima afectados derechos y garantías constitucionales de su defendido. Reseña los inicios de la causa y señala que el origen de ese avocamiento obedece a un criterio político criminal contrario a los precedentes de Tribunales superiores como el fallo





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

"Vita", entre otros; según la cual se sostiene que el verdadero fin es perseguir el narcotráfico.

Entiende que existe contradicción por parte del Estado por cuanto dicha información también se encuentra a disposición del público mediante internet y revistas de la temática.

Señala que advierte irregularidades en la recolección probatoria que deben ser subsanadas. Reseña el pedido de informes a Facebook, que indica que debe requerirse sólo con orden judicial, la cual fue concedida, pero destaca que se invocó el art. 12 inc. a) de la ley 23737, figura por la que después fue sobreseído.

Indica además una comunicación con el Juzgado, habiéndose comunicado la Fuerza con la escribiente, por la cual se aprueba la instrucción; y que luego con dicha información la Policía Federal elabora una nota por la cual solicita a las empresas de telefonía Telecom y Personal, la información sobre los titulares de los IP. Destaca para ello el decreto de fs. 98 por el cual el juez sólo ordena agregar y hacer saber. Estima que dicha medida debió ser ordenada judicialmente. Peticiona se excluya dicho



material probatorio, en base a la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Solicita se anule todo lo obrado a consecuencia de ello por violación a garantías constitucionales.

En subsidio, señala ausencia de violación al bien jurídico tutelado por parte del imputado. Critica la figura por la cual se lo procesa, argumenta en este sentido.

Con relación al procesamiento por el art. 14 primera parte de la ley 23737, alude al informe del médico de Cámara, estima que debe subsumirse en la segunda parte de dicho artículo y solicita la aplicación del precedente "Arriola".

Asimismo, con referencia a las plantas y semillas incautadas, debe ser encasilladas en el art. 5 inc. a) *in fine* de la ley 23737, y también se dicte la inconstitucionalidad de la normativa, con cita del precedente "Hintermeister" de esta Alzada.

b) Que por su parte, el Sr. Fiscal General, destaca que el caso presenta particularidades, relacionadas con el modo propuesto por quien padece la imputación. Analiza los hechos iniciales, que cubren casi el setenta por ciento de lo cuestionado por la





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

defensa. Destaca que él hubiera preferido planteos jurídicos más consistentes, referidos a la calificación jurídica.

Señala que en último momento la defensa controvierte aquello y, que a su entender el procedimiento es válido, puede tener algunos desajustes mínimos, pero se inicia en base a tareas de logística varias, rudimentarias, llevadas por la Fuerza.

Destaca que en tres encuentros, se realizaron actos compatibles con el art. 28 de la ley 23737, se podrá discutir con posterioridad si efectivamente ocurrieron esas reuniones, y si se instruyó realmente a los concurrentes. Sin perjuicio de ello, por el momento se presume por cuanto los propios involucrados lo citan en las redes sociales, lo que cabe asumirlas como razonable, aunque necesitará fortalecer esta hipótesis.

En cuanto al cambio de calificación, según el secuestro de plantas todo cabe indicar que es importante, argumentando en torno a la relevancia y destaca que cabe atender al contexto.

Señala que el auto de procesamiento tiene una debilidad, pues la tarea logística que se llevó



adelante, que fue auscultado y que en todo ese transcurso el juez reconoce que no se puede imputar fines de comercialización, más allá de la cantidad.

Analiza la posibilidad de la tenencia para cultivo personal, señalando el análisis de laboratorio y los dichos del encausado en relación al cultivo, sugiere la necesidad legislativa de una figura de cultivo simple. Estima que no cabe atribuir el cultivo agravado, por cuanto en algunos pasajes el a quo descarta el fin de comercialización.

Considera que el auto recurrido deberá confirmarse en todas sus partes, que es válido, pero efectúa reparos en torno a la figura endilgada de cultivo, por la que estima más propicia al caso la de cultivo atenuado.

c) Que la defensa hizo uso de su derecho a réplica.

II- Que al imputado Iván Gregorio Malajovich se le atribuyó en ocasión de recibirle declaración indagatoria en fecha 2/08/2018, que *"...impartió instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, y preconizó acerca del uso de estupefacientes, tratándose de tres hechos en concurso real cometidos en el marco de los*





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

*“talleres” de cultivo integral de cannabis o de cultura cannábica, en los siguientes días y horarios: el 14 de abril de 2017 en la sede de la Asociación Civil Barriletes, ubicada en calle Courreges N°189; el día 16 de julio de 2017 en “Pandora Multiespacio”, ubicado en calle Domingo Comas N°270, y el 27 de mayo de 2018 en “casa Mainumbí” sita en calle Gualeguaychú N°836, todos de Paraná”.*

Dichos hechos, a su vez, concurren en forma real con los siguientes: “Que en fecha 31 de julio de 2018, siendo las 12.45 horas aproximadamente y en ocasión en que personal de la Policía Federal Argentina diera cumplimiento a las órdenes de allanamiento dispuestas mediante Oficios N° 1527/18 y 1528/18 emitidos por este Juzgado Federal N°1 de Paraná, Secretaría Penal N°1, para el local comercial “El Esqueje” sito en calle 25 de Mayo N°1087 de la ciudad de Paraná, y para el domicilio emplazado en Boulevard Sarmiento N°653, casa N°2 de la ciudad de Paraná, se constató la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes, la tenencia de estupefacientes y la guarda de semillas para producir estupefacientes por parte de Iván Gregorio Malajovich, conforme el siguiente detalle: en el local comercial,



se localizó marihuana en la cantidad de diez gramos dentro de una lata metálica, diez gramos de cogollos de marihuana, y semillas de la misma sustancia. Mientras que en la vivienda del nombrado se localizaron 15 macetas con plantas de marihuana de distintos tamaños dentro de un gacebo de color negro con cierres con sistema eléctrico, de ventilación e iluminación en su interior, otras 18 macetas con plantas dentro de un gacebo similar al antes descrito, cogollos de plantas de marihuana contenidos en 13 tarros de vidrio transparentes, gajos de plantas de marihuana secándose colgados en una cuerda cuyo peso ascendía a 220 gramos, y picadura de marihuana contenida dentro de un recipiente abierto en la cantidad de 50 gramos; como asimismo 9 troqueles presuntamente de material estupefaciente LSD, siendo habidos dos de ellos dentro de un recipiente metálico y los 7 restantes dentro de otro recipiente del mismo material; y plantas de marihuana dentro del cesto de residuos cuyo peso ascendía a 155 gramos. Asimismo se localizaron efectos tales como teléfonos celulares, una notebook, envoltorios de papel de seda, armadores, picadores, filtros de agua, vaporizadores, mecheros, reguladores de humedad, pipas, temporizadores,





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

unidades de lana de roca, insecticidas, entre otros efectos que se describen con precisión en las actas de allanamiento”.

Que los hechos relatados se subsumieron provisoriamente en los arts. 28 y 12 inc. a), 5 inc. a) y 14 de la ley N°23737 y art. 55 del Código Penal.

Que con dicho marco el magistrado sobreseyó al nombrado por la presunta preconización acerca del uso de estupefacientes -art. 12 inc. a) de la ley 23737-, y se lo procesó por los demás hechos por los que fue indagado, esto es: dación pública de instrucciones acerca de la producción y fabricación, elaboración o uso de estupefacientes (art. 28 de la ley 23737) en tres oportunidades, en concurso real; siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5 inc a) de la ley 23737); guarda de semillas utilizables para idénticos fines (art. 5 inc. a de la ley 23737) y tenencia simple de estupefacientes (art. 14 1º parte de la ley 23737); todos ellos en concurso real y decretó el embargo de bienes en la suma de \$150.000. Contra dicho procesamiento se alzó la defensa apelante, dando lugar a esta instancia.



III- Que la primer cuestión venida a resolver, tal como fuera planteada por la defensa, debe analizarse considerando el criterio de este Tribunal en relación a que *“la nulidad es un recurso extremo, que no debe responder a un criterio meramente formalista. Dicho criterio se consustancia con la idea de que la misma corresponde ser declarada en la medida que afecte algún derecho constitucional (L.S.Crim. 2.000-II-980; entre otros)”*.

Que, siguiendo tal tesitura se advierte que el núcleo del planteo nulificante que insta la defensa se vincula a supuestas inobservancias durante el procedimiento inicial, en torno a la necesaria intervención del juez federal, señalando actos que serían a su entender irregulares y producidos en violación de garantías constitucionales.

En este devenir, se advierte de la compulsa de lo obrado hasta el momento en las actuaciones que, primigeniamente fueron delegadas por el magistrado en la Fiscalía conforme autoriza el art. 196 del CPPN; quien instruyó medidas tendientes a dilucidar los extremos que se presentaban como presuntamente ilícitos en un primer momento de la investigación criminal; ordenando a la Fuerza Federal la





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

profundización de las pesquisas en varias oportunidades, lo cual se advierte *prima facie* ajustado a derecho, no observándose vicio invalidante alguno en este sentido.

Que en relación al pedido de informes a Facebook, al que también alude la defensa, se advierte que ha sido canalizado en estricta observancia de la normativa procesal aplicable y respetando las garantías del debido proceso, al ser ordenada y correctamente delimitada dicha medida en su objeto, causa y delitos investigados con intervención del juez federal -cfrse. fs. 50/71 de las actuaciones principales obrante escaneado en CD elevado a esta Alzada-, sin que el posterior sobreseimiento por algunas de la figuras investigadas conlleve a la nulidad de las actuaciones.

Lo mismo puede predicarse de lo obrado por la prevención al agregar dicho informe así como la consulta telefónica que habría efectuado al Juzgado -fs. 79- asentada por el funcionario policial Comisario Valdez, Jefe de División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina, a fin de recibir instrucciones para continuar la investigación,



actuaciones que por el momento han de ser consideradas válidas.

Que, de tal modo, ha de recordarse que en todo caso, es en la etapa del juicio donde corresponderá realizar una mensuración ajustada sobre los medios de prueba con los que se cuenta (cfr. L.S. Crim. 1998-II-625 y 630; entre muchos otros).

Que, asimismo, es de destacar las prerrogativas de las Fuerzas policiales y de seguridad emanadas de los arts. 183 y sgtes. del CPPN, quienes tienen el deber de investigar -aun por iniciativa propia- delitos de acción pública e impedir que los hechos sean llevados a consecuencias ulteriores.

Que, en base a lo expuesto, *“sólo cabe acudir al instituto de las nulidades cuando por resultar anormal el desenvolvimiento del proceso, tal irregularidad resulte trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendiéndose por tales el ejercicio de la defensa en juicio o los principios básicos del proceso”* (C.F. San Martín, Sala I, LL del 31/V/99, f. 98.804, citado por D' Alhora, Francisco J.; *“Código Procesal Penal de la Nación - Anotado. Comentado. Concordado”*, 5° Edic. correg., ampl. y





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

actualizada; Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 285), nada de lo cual se ha demostrado en el caso.

Que, por lo expuesto, en este punto habrá de ser rechazado el recurso interpuesto por la defensa.

IV- Que en relación al agravio por ausencia de afectación al bien jurídico tutelado por el art. 28 de la ley 23737, figura por la cual se lo procesa, se recuerda la jurisprudencia del Tribunal en orden a los requisitos que deben mediar para el dictado del auto de procesamiento, la cual es conocida y sigue en un todo los lineamientos de la disposición ritual que lo contempla.

En otros términos, reunidos los extremos del art. 306 del CPPN el mismo resulta procedente, y que el precepto citado no contiene la exigencia de que se acredite fehacientemente la comisión de un delito, sino que existan "elementos de convicción suficientes" sobre el mismo. Luego, si en esta etapa se debieran analizar exhaustivamente la concurrencia de todos los elementos se tornaría innecesaria la etapa del juicio, que por su naturaleza está llamada a ser el ámbito del referido debate.

Con dicho marco, cabe atender a las circunstancias que se estiman probadas -con el grado



requerido por la instancia- señaladas por el Sr. juez *a quo* en su resolutorio y que fueran atribuidas al encausado en su acto indagatorio, que permiten colegir la materialidad de los tres sucesos que encuadrarían en la figura del art. 28 de la ley aplicable.

En esta línea la figura discutida, del art. 28 primera parte, de la ley 23737 establece que *“será reprimido con prisión de 2 a 8 años el que públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes”*.

Que el carácter público de este tipo de delitos constituye la posibilidad de llegar a conocimiento de un número indeterminado de personas, lo que puede asociarse en términos más amplios a la divulgación de algo a los fines de conseguir *“adeptos”, “seguidores”,* siendo lo relevante de esta figura que el bien jurídico tutelado es la salud pública.

Que asimismo al ser una figura de peligro abstracto, no resulta determinante el efecto causado en los potenciales destinatarios de la conducta, por lo que, el juicio de subsunción de las conductas -conforme fueran atribuidas en la indagatoria, en tres





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

hechos en concurso real- deviene por el momento acertado, sin perjuicio de lo cual podrá ahondarse en la recolección de elementos probatorios que fortalezcan esta hipótesis.

Por el momento, tal como indicara el Sr. Fiscal General, es dable presumir que aquellos "talleres" o encuentros cuya promoción se efectuaba por redes sociales, se realizaron y que su objeto fue el de impartir instrucciones relativas a la producción y elaboración de estupefacientes, lo que se desprende de las publicaciones de los propios involucrados en dichos medios de comunicación. En esta línea lo predominante del caso, que permite autorizar la subsunción bajo esta figura no es la posición política e ideológica del encausado respecto al *cannabis*, sino que lo que torna penalmente relevante la conducta ha sido la dación pública de instrucciones acerca de la elaboración de sustancia estupefaciente, mediante la organización y publicidad en redes sociales de tales talleres.

Por lo expuesto, los agravios expresados en relación a este punto habrán de ser rechazados y confirmado el auto recurrido.



V- Que sentado ello, los restantes agravios de la Defensa se dirigen a cuestionar la subsunción jurídica de los sucesos que ha efectuado el Sr. Juez a quo, en referencia a los arts. 5 inc. a) y 14 primera parte de la ley 23737, entendiendo que aquellas deben mutar a su formulación atenuada.

Que sobre este tema he sentado reiteradamente que en los recursos deducidos contra el auto de procesamiento la cuestión concerniente a la calificación de la conducta, atento a su provisoriedad, resulta -en principio- ajena a esta instancia.

Y que, *"para ello, se atiende especialmente, a que... la cuestión es propia, en el caso, del llamado principio 'iura novit curia', dado que los hechos... fueron comunicados siempre... de un modo amplio, preservando su derecho de defensa, por lo que el progreso de la causa, permitirá, en su caso, que la intimación sea rectificadora"* (cfr. L.S.Crim. 2013-I-0431, entre muchos otros).

Sin embargo, he dicho también que si la revisión de la calificación jurídica tuviera alguna incidencia en la modificación de una situación de privación de libertad, ello constituiría motivación





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

suficiente para dar tratamiento a la cuestión en esta instancia.

En el caso, la eventual mutación de las figuras penales endilgadas al imputado carece de entidad para excepcionar dicha regla, atento la situación de hecho -libertad- en la que aquel se encuentra.

En efecto, la circunstancia de que el sustrato fáctico fuera correctamente comunicado al imputado (cfr. declaración indagatoria escaneada obrante en Sistema Lex 100), viabiliza la eventual revisión de la calificación legal de su intervención en el momento procesal correspondiente, salvaguardando el derecho de defensa y, paralelamente, asegurando el principio de congruencia.

Por lo expuesto, corresponderá rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa y confirmar la resolución apelada.

La **Dra. Beatriz Estela Aranguren**, dijo: Y VISTOS:... CONSIDERANDO: I-..., II-..., III-..., IV-Que, he de disentir con el voto de mi distinguida colega preopinante en relación a los hechos encuadrados en el art. 28 de la ley 23.737.



Al respecto, la mencionada figura penal en su primera parte establece: "El que públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, será reprimido con prisión de dos a ocho años...". Tal como puede advertirse de lo establecido en el tipo penal, la impartición de instrucciones sobre el uso de estupefacientes debe ser llevada a cabo de manera "pública".

Debe destacarse que éste requisito se cumple cuando existe la posibilidad de que la difusión y/o impartición de instrucciones sea conocida y recibida por un destinatario indeterminado o por alguien no convocado personalmente (confr. Gonzalo Salama Rietti G. "Instigación pública a cometer delitos ¿atentado a la libertad de expresión? En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, t. 10-A, año 6, Ed. Ad-Hoc, p. 292). De ello se deriva que el concepto de "pública" no se refiere a la dirección de la conducta (de difusión o impartición de instrucciones) a muchas personas, sino a que **no exista una consciente limitación en el círculo de destinatarios** que venga a establecer una especie de relación personal entre éstos y el instigador (Sebastián Soler, "Derecho Penal





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

Argentino", T. IV, Ed. Tea, Bs. As., 1992, p. 704, en relación al delito de instigación a la comisión de delitos del art. 209 del CP).

En seguimiento de tales premisas, y analizadas las presentes actuaciones, considero que dicho extremo de publicidad no se encuentra configurado.

Tal como surge de las constancias, el acceso a la información presuntamente brindada por el imputado a través de los tres talleres que habría impartido (el 14 de abril de 2017 en la sede de la Asociación Civil Barriletes; el 16 de julio de 2017 en "Pandora Multiespacio", y el 27 de mayo de 2018 en "casa Mainumbí", todos de Paraná), no era indiscriminada, sino sólo posible previa voluntad de un tercero de adquirir dicha información. Ello habida cuenta de que resultó necesaria una conducta activa, por parte del receptor, de inscribirse y asistir a los talleres para acceder a los contenidos.

Lo expuesto revela que la impartición de instrucciones cuestionada no era en rigor abierta a un número indeterminado de individuos y, por lo tanto, no era pública, según la exigencia del tipo penal en juego. Como se dijo, la información se hallaba



restringida al círculo de personas que asistieron al taller.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el requisito de "publicidad", señalando que: "...no se refiere a que la instigación se dirija a muchas personas, sino a que no exista una limitación en el círculo de destinatarios, debiendo remarcarse que el acceso al contenido de una página de internet no es posible sin la expresa voluntad de adquirir la información allí existente" (CNCP, Sala 4º, 11/4/2005 -Vita Leonardo G.; Lexis N° 1/1005602, sup. Penal LL, agosto 2005, p. 43).

Asimismo se ha señalado: "...La mera acción de colocar en una página de Internet un aviso que informaba sobre la existencia de otra página donde se muestran los distintos usos de la marihuana no puede considerarse un elemento suficiente como para sostener la imputación subsumida en el tipo penal previsto por el artículo 28 de la ley 23.737..." (CNFed. Crim. y Correc., sala I, 13-3-2002, in re "V., L.G. y otro", L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, del 6-5-2002).





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

En el mismo sentido ha resuelto la Cámara Federal de Córdoba, Sala B, en autos FCB 4080/2016/2/CA1, fallo del 03/08/17.

Por todo lo expuesto, al no encontrarse corroborado en el caso el elemento típico de la publicidad para la generalidad de terceros, considero que la conducta endilgada a Malajovich de impartir instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, en el marco de tres talleres de cultivo integral de cannabis, resulta atípica, por lo que debe dictarse el sobreseimiento a su respecto (art. 336 inc. 3 del CPPN).

V- Que, corresponde dar tratamiento a los restantes agravios dirigidos a cuestionar la subsunción jurídica de los demás hechos imputados encuadrados en los arts. 5 inc. a y 14 primera parte, de la ley 23.737. En concreto, la defensa solicita sea modificada la calificación jurídica por las figuras de siembra o cultivo de plantas destinadas a producir estupefacientes para consumo personal -art. 5 anteúltimo párrafo de la Ley 23.737- y tenencia para consumo personal -art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737- y, para el caso de que el Tribunal estimara



viable dicha modificación, peticiona la despenalización de tal conducta.

Que sobre este tema se ha sentado reiteradamente que en los recursos deducidos contra el auto de procesamiento, la cuestión concerniente a la calificación de la conducta, atento a su provisoriedad, resulta -en principio- ajena a esta instancia.

Y que "para ello, se atiende especialmente, a que... la cuestión es propia, en el caso, del llamado principio 'iura novit curia', dado que los hechos... fueron comunicados siempre..., de un modo amplio, preservando su derecho de defensa, por lo que el progreso de la causa, permitirá, en su caso, que la intimación sea rectificadora" (cfr. L.S.Crim. 2013-I-0431, entre otros).

Se ha entendido también, excepcionalmente, que si la revisión de la calificación jurídica tuviera alguna incidencia en la modificación de una situación de privación de libertad, ello constituiría motivación suficiente para dar tratamiento a la cuestión en esta Instancia; como también si la posible revisión de la calificación jurídica pudiera dar lugar a la desvinculación definitiva del imputado de los hechos





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

que se le reprochan, siempre que ello sea posible de realizarse en esta Alzada sin la necesidad de incorporar nuevos elementos de valoración a los ya existentes, ni que ello implique un análisis propio de la instancia de debate o juicio (cfr. L.S.Crim. 2013-II-0797, entre otros).

Ello importa entonces, en este caso, exceptuar el principio general y dar tratamiento a los agravios esgrimidos por la defensa.

Sentado aquello, es dable señalar que las calificaciones propugnadas por la defensa prevén una pena de un mes a dos años de prisión cuando -art. 5 ante último párrafo de la ley 23.737-, por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal. Asimismo el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, prevé la misma pena cuando por la escasa cantidad de estupefacientes y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para consumo personal.

Que, en relación a la figura endilgada del art. 5 inc. a de la ley 23.737, del análisis del material probatorio colectado surge que se



secuestraron plantas Cannabis Sativa contenidas en treinta y tres macetas y semillas de tal especie vegetal en un envoltorio de nylon, las que resultan utilizables para la producción de estupefacientes.

En base a ello, entiendo que la cantidad de plantas incautadas es significativa y representa una amenaza cierta al bien jurídico protegido. Lo mismo ocurre con las semillas, las que, según la pericia química, presentan viabilidad del 100 %. Considero que ello impide suponer -por el momento- que el cultivo y siembra de plantas y la guarda de semillas estaban destinados -inequívocamente- al consumo personal del imputado.

Por lo expuesto, entiendo que el encuadre legal escogido por el Juez a-quo del delito del art. 5 inc. a- de la ley 23.737 luce acertado y debe ser confirmado, debiendo rechazarse la distinta calificación propuesta por la defensa del art. 5 anteúltimo párrafo de la ley 23.737 y rechazar los agravios expuestos sobre el punto.

Que, en relación a los hechos encuadrados en el art. 14, primera parte, de la ley 23.737, advierto del análisis de la causa que se ha secuestrado una importante cantidad de marihuana, tanto en forma de





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

picadura como de flores o cogollos, gajos en fase de secado y ramas; y que además fueron secuestrados nueve troqueles de estupefaciente L.S.D.

En base a la cantidad y calidad de las sustancias halladas (marihuana y L.S.D.) entiendo que por el momento el tóxico secuestrado no puede ser considerado inequívocamente para consumo personal, debiendo asimismo destacarse que los elementos secuestrados que se destinarían habitualmente para el consumo (picadores, pipas, armadores, etc.), fueron hallados en el local comercial que sería propiedad del imputado y estarían destinados a la venta.

Por todo lo expuesto, considero que la figura del art. 14, primera parte, escogida por el Juez luce acertada, toda vez que los elementos probatorios no permiten concluir que nos encontramos inequívocamente ante una tenencia para consumo personal.

Al respecto se ha sostenido que "...debe considerarse como tipo básico la figura de tenencia simple y a las dos restantes como calificantes de la misma, esto es, a la figura que reprime el consumo personal como atenuada y al tipo que pena el comercio como agravado. Así, una tenencia que no puede



acreditarse que era para comercializar, ni tampoco se pruebe que estaba destinada al consumo personal, deberá ser encuadrada en la figura de tenencia simple de estupefacientes" (C.C.C. Fed., Sala I, jurisprudencia citada en: *Régimen legal de estupefacientes*, García Vitor - Goyeneche, pág. 114).

Por todo lo expuesto, merituando el cuadro probatorio a la fecha reunido, es que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución obrante a fs. 1/20, en cuanto decreta el procesamiento de Iván Gregorio Malajovich, por el delito de siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5 inc. a de la ley 23.737), guarda de semillas utilizables para idénticos fines (art. 5 inc. a de la ley 23.737) y tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737).

El **Dr. Mateo José Busaniche**, dijo: Que adhiere a la solución propuesta por la Dra. Aranguren.

Que en mérito al resultado del Acuerdo que antecede, por mayoría, **SE RESUELVE:**

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Iván Gregorio Malajovich, y decretar el sobreseimiento del nombrado





## Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE PARANÁ  
FPA 5131/2017/4/CA1

por el delito enrostrado de dación pública de instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, (art. 28 de la ley 23.737); y confirmar la resolución obrante a fs. 1/20vta. del presente, en cuanto decreta el procesamiento del nombrado por el hecho por el que fuera indagado de siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes (art. 5 inc. a de la ley 23.737), guarda de semillas utilizables para idénticos fines (art. 5 inc. a de la ley 23.737) y tenencia simple de estupefacientes (art. 14, primera parte, de la ley 23.737), por los argumentos expuestos en los considerandos precedentes (art. 455 del CPPN).

Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y bajen.

BEATRIZ ESTELA ARANGUREN

CINTIA GRACIELA GOMEZ  
DISIDENCIA PARCIAL

MATEO JOSÉ BUSANICHE

ANTE MI

ANDRES PUSKOVIC OLANO  
SECRETARIO

