



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

SENTENCIA N° 73/18

En la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, a los veintiséis días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se constituye el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Paraná integrado por la Sra. Vocal titular, Dra. Noemí Marta Berros, asistida por la Sra. Secretaria del Tribunal, Dra. Beatriz María Zuqui, para dictar sentencia en juicio unipersonal en esta **Causa FPA N° 11010060/2013/TO1** caratulada “**MALAJOVICH DAYENOFF, Iván Gregorio s/Infracción Ley 23.737**”, por tratarse el presente del supuesto contemplado en el Libro III, Título II, Capítulo IV del CPPN -juicio abreviado- (art. 9 inc. “b”, Ley 27.307 y art. 32 apartado II, inciso 2º, CPPN, modificado por Ley 27.307).

En la audiencia realizada, que prevé el **art. 431 bis del CPPN**, intervino en representación del **Ministerio Público Fiscal**, el **Sr. Fiscal Auxiliar, Dr. Leandro Ardoy**; la representante de la querrela (AFIP-DGA), **Dra. Rosa Warlet**, mientras que en la defensa técnica del imputado **Malajovich** actuó su abogado particular de confianza, el **Dr. Andrés Ignacio Bacigalupo**.

I). El imputado

La presente causa se sigue a **IVÁN GREGORIO MALAJOVICH**, argentino, sin sobrenombre o apodo, DNI N° 31.724.919, nacido en la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, el día 27 de julio de 1985, de 33 años de edad, de estado civil divorciado de Natalia Belén Satler, no vive en pareja y tiene un hijo menor de edad (de 10 años), con estudios terciarios incompletos (Administración hotelera), de ocupación comerciante (titular del negocio “El Esqueje”, sito en calle 25 de Mayo 1087 de Paraná), hijo de Daniel Alberto Malajovich, empleado, y de María Laura Dayenoff, docente, con domicilio real en calle Sebastián Vázquez N° 385, Depto. N° 18, de esta ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos.

El procesado manifestó que no padece de ninguna enfermedad que le impida entender lo que sucede en la audiencia.

II). La imputación

De conformidad al requerimiento fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 147/149, se le imputa a **Iván Gregorio MALAJOVICH** la autoría del **delito de contrabando de importación** de semillas de marihuana, agravado por haber

ocultado mercadería que debía someterse a control aduanero y que por su

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



#29981857#222456168#20181126092538427

naturaleza, cantidad y calidad, puede afectar la salud pública, en grado de tentativa, descripto y reprimido por los **artículos 864, inc. "d", agravado por el art. 865, inc. "h" del Código Aduanero** y en función de los **arts. 45 y 42 del CP**.

Ello, toda vez que, siendo aproximadamente la hora 11:50 del día **18 de marzo de 2013**, el imputado **Iván Gregorio Malajovich** se hizo presente en la sede de la Aduana de Paraná (Entre Ríos), para retirar la encomienda N° RR66241784 4 ES en la que el nombrado figuraba como destinatario, siendo su remitente, "*Ma. Aurora Lema Campanillo, c/Cocinilla, N° 32 - 30120, Murcia, España*", y que rezaba la leyenda: "*3 Agendas, valor imponible 12.00 – 1 USB Key, valor imponible 3.00*".

Al realizarse la apertura de la encomienda en presencia de **Malajovich**, se constató la presencia de semillas para producir estupefacientes –marihuana-, dispuestas en cincuenta (50) blisters de cartón conteniendo tubos Ependorf con una (1) semilla cada uno, de los cuales nueve (9) tubos contenían cinco (5) semillas cada uno, paquete que tenía inscripto en su adverso "*Jamaica Seeds*", "*Medical Cannabis Seeds*" y en el reverso "*Jamaica Seeds*", "*Medical Cannabis Seeds*", "*Not for sale to minors*", "*Souvenir and collector seed only*", "*Not form germination where prohibited*", ascendiendo a un total de ochenta y seis (86) semillas de marihuana. En sede judicial, se determinó pericialmente que las mismas tenían una viabilidad germinativa del 100%.

III). El acuerdo de las partes para juicio abreviado

Fijado así el hecho en el documento acusatorio que abrió la etapa plenaria, en fecha 8 de noviembre del corriente año 2018, las partes celebraron la negociación para la aplicación del instituto del juicio abreviado, que prevé el **art. 431 bis del CPPN**. Según el documento suscripto por las partes, en el despacho del Sr. Fiscal Auxiliar, **Dr. Ardoy**, al que concurrió el imputado **Malajovich**, asistido por su defensor, **Dr. Bacigalupo**, y la parte querellante AFIP-DGA representada por la **Dra. Warlet**, se convino la calificación legal y la sanción punitiva a aplicar al encartado.

Según surge del "**Acta para juicio abreviado**" en que se concretó dicho acuerdo (fs. 188/189), el titular de la acción penal dio a conocer al procesado el hecho que se le atribuye en calidad de autor, así como la prueba de cargo





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

existente en su contra y la calificación legal correspondiente, mediante la lectura de la requisitoria fiscal de elevación de la causa a juicio obrante a fs. 147/149. Luego de efectuársele todas las aclaraciones correspondientes, el imputado expresó su libre deseo de acogerse al beneficio del art. 431 bis del C.P.P.N, para la realización de un *juicio abreviado*, a cuyo fin reconoció su responsabilidad en el suceso tal como le fuera imputado, su grado de intervención en calidad de autor (art. 45, CP) y la calificación legal del mismo en el delito de **contrabando simple de importación** (art. 864 inciso “d”, Código Aduanero), consintiendo se le impongan las penas de **dos (2) años y seis (6) meses de prisión de cumplimiento condicional**, más las costas del juicio y las siguientes **penas accesorias**: inhabilitación especial de seis (6) meses para el ejercicio del comercio, inhabilitación especial absoluta por doble tiempo que el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público y pérdida de concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare (art. 876 –respectivamente- incisos “e”, “h” y “d”, conforme el art. 1026, ambos del Código Aduanero).

En el acta para juicio abreviado referida, el defensor del encartado, **Dr. Bacigalupo**, dejó sentado que *“en relación a la cuestión de la pena de inhabilitación para ejercer el comercio, manifestará su oposición, en ocasión de la realización de la audiencia de homologación”*.

Asimismo, se dejó constancia en el acta que la representante de la querellante particular AFIP-DGA, **Dra. Warlet**, prestaba su conformidad al acuerdo, suscribiéndolo al pie.

IV). La audiencia del art. 431 bis, CPPN

En el curso de la audiencia fijada a los fines de considerar el acuerdo y tomar conocimiento personal del imputado que se celebró ese mismo día 08/11/2018 (cfr. acta de fs. 190/192 vto.), luego de la lectura por Secretaría del acta para juicio abreviado referida, de la identificación del procesado compareciente, de la detallada explicación que la Sra. Jueza le hizo del hecho cuya responsabilidad aceptó, como de las implicancias de la decisión asumida, el imputado fue interrogado sobre si era plenamente consciente de lo que había

reconocido, si admitía voluntariamente la participación responsable que se le

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



asignaba en el hecho que se le atribuyó, si sabía que tal reconocimiento implicaba aceptar una sentencia condenatoria y la pena de prisión de cumplimiento condicional convenida, si ratificaba libremente –en definitiva- el acta que había suscripto y cuya lectura había realizado la Sra. Secretaria del Tribunal, a todo lo cual el imputado **Iván Gregorio Malajovich** respondió que la aceptación del acuerdo era expresión de su libre voluntad y que estaba de acuerdo con la pena convenida por el hecho que había reconocido.

Por Presidencia se interrogó a las partes acerca de los fundamentos por los que mudaron la calificación legal, acordándola sin la agravante del inciso “h” del art. 865, C.A..

En uso de la palabra el representante del MPF –**Dr. Ardoy**- explicó que –según lo pactaron- la mercadería que se intentó importar es materia prima para producir estupefaciente, pero que *per se* no tiene aptitud para afectar la salud pública, en razón de lo cual el hecho atribuido no encuadra en el supuesto agravado que prevé dicha norma. Dicha postura fue compartida y a ella adhirió el defensor **Dr. Bacigalupo**. Por su parte, la **Dra. Warlet**, en representación de la querrela, afirmó que la pretensión de la AFIP-DGA quedaba satisfecha con la condena, en tanto ella la habilitaba a aplicar las penas accesorias cuya determinación está a cargo de su representada.

En uso de la palabra, el **Dr. Bacigalupo** dejó sentada su postura en relación a las sanciones accesorias a la pena privativa de la libertad establecidas por el art. 876, C.A.. Sobre este tópico, planteó la inconstitucionalidad de la pena accesoria fijada por el inciso “e” del art. 876 (la inhabilitación especial para el ejercicio del comercio) pues ella –en el caso concreto- vulnera tres principios constitucionales: de culpabilidad, de proporcionalidad y de intrascendencia de la pena.

Expresó que los ingresos de su defendido provienen del ejercicio del comercio, concretamente del local comercial que tiene establecido en nuestra ciudad desde hace más de cuatro años, debidamente inscripto en el órgano recaudador. Con ello provee a la satisfacción de sus necesidades, al pago de la cuota alimentaria para su hijo menor, así como al pago de los impuestos y el propio monotributo a la AFIP. Si a la inhabilitación absoluta por doble tiempo que





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

el de la condena para desempeñarse como funcionario o empleado público del inciso “h” de dicho artículo, se le adiciona esta inhabilitación especial para el ejercicio del comercio por 6 meses del inciso “e”, se le ocasionaría un daño gravísimo pues se lo expulsaría hacia una franja de precariedad laboral, con trascendencia hacia la persona de su hijo menor y de su propio bienestar, constituyéndose en un castigo desproporcionado a la magnitud del hecho –cuya antijuridicidad es formal, pero no material-, erigiéndose en una pena que no satisface ninguna finalidad preventiva. En razón de ello, dejó solicitado se lo exima de esta pena accesoria del art. 876 inciso “e”, Ley 22.415.

Corrida vista al MPF, el **Dr. Ardoy** manifestó que acompañaba el planteo de la defensa, con la salvedad de que –a su criterio- no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la referida norma legal, acudiendo al concepto de derrotabilidad de las normas. Entiende que el legislador, cuando previó esta pena accesoria, tuvo en cuenta otros supuestos diversos al hecho que nos ocupa. Es indudable –dijo- que esta pena accesoria trascendería de la persona del imputado, dada la naturaleza alimentaria de los ingresos provenientes de su actividad laboral: el ejercicio del comercio. Consideró que la culpabilidad es un concepto dinámico, que debe ser examinado al momento del hecho y al momento del juicio, teniendo en cuenta que a la fecha el imputado vive de la actividad comercial que encaró después del hecho que se juzga. Agregó que, por otra parte, dado el doble juzgamiento que nuestro ordenamiento prevé en materia de imposición de penas para el contrabando, se debe ser particularmente cuidadoso pues el hecho no configura un contrabando mayor.

En uso de la palabra, la **Dra. Warlet** –por la parte querellante AFIP-DGA- expresó que no tenía instrucciones al respecto e insistió en que su representada queda satisfecha con la condena en razón de que ello la habilita a sustanciar y aplicar –en sede administrativa (cfme. art. 1026, C.A.)- la multa que establece el inciso “c” del art. 876: 4 a 20 veces el valor en plaza de la mercadería objeto del delito. Interrogada acerca del monto de dicha multa, la letrada afirmó que el aforo de la mercadería ascendía a \$ **2.638,17**, por lo que 4 veces su valor resulta una suma cercana a los \$ 11.000,°° de multa.



Solicitada la palabra por la defensa, el **Dr. Bacigalupo** dejó planteado que compartía los argumentos expuestos por el MPF y que, por tanto, el planteo de inconstitucionalidad antes señalado lo dejaba formulado en subsidio.

Por Presidencia, se interrogó a las partes acerca de las razones por las que acordaron una pena carcelaria superior en 6 meses al mínimo de la escala (2 años). El **Dr. Ardoy** expresó que tuvo en cuenta como agravante la maniobra empleada en el hecho pues el imputado, al ser interrogado por los funcionarios aduaneros, insistió en que la encomienda contenía agendas, reforzando el ocultamiento. A su turno, el **Dr. Bacigalupo** explicó que, aunque entendía que no podía superarse el mínimo de la escala, dada la praxis propia del juicio abreviado, durante la negociación con la Fiscalía que tuvo lugar, resignó dicha pretensión con la finalidad de lograr el acuerdo al que se había arribado.

Por Presidencia, se dejó planteado que, en principio, el acuerdo podría ser homologado por entender que no se necesita un mejor conocimiento del hecho que el que le proveen las constancias probatorias de la instrucción, las que resultan suficientes y han sido obtenidas conforme las reglas del debido proceso, pero que adelantaba –desde ya- que, en su caso, no advierte razones para que la pena a imponer exceda el mínimo de la escala. Se dio así por finalizada la audiencia y se pusieron los autos a despacho para resolver, comunicando a las partes que la sentencia sería emitida en el término de ley, con notificación a las partes.

La Sra. Jueza de Cámara, integrante unipersonal del Tribunal, dejó planteadas las siguientes cuestiones a resolver, de conformidad al art. 398 del CPPN:

PRIMERA: ¿Están acreditadas con las constancias de la instrucción la materialidad del hecho objeto del acuerdo de partes y la autoría que en él se atribuye al procesado Malajovich?

SEGUNDA: En caso afirmativo, ¿es correcta la calificación legal asignada que se propone? El imputado, ¿es penalmente responsable?

TERCERA: En su caso, ¿la pena carcelaria acordada corresponde al encuadramiento legal suministrado, qué resolver respecto de las penas

accesorias, las costas y restantes cuestiones implicadas?





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

A LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. NOEMÍ M. BERROS DIJO:

I) La abreviación del juicio

El concepto de juicio abreviado ha sido vertido en diversos precedentes del Tribunal (desde "Villagra", Expte. N° 1031/03, L.S. 2003, T° II, F° 86, entre muchos otros), en los que se admitió que este instrumento procesal permite la incorporación de la prueba producida en la etapa preliminar al acto definitivo del proceso -la sentencia-, siempre y cuando ella haya sido obtenida conforme las reglas constitucionales y legales. De este modo se promueve la celeridad procesal que, en definitiva, opera en favor del imputado a quien se le reconoce el derecho a obtener una pronta definición de su situación, como así también tiende a la simplificación excepcional del procedimiento penal, siempre que ella opere sin mengua de las garantías constitucionales.

Ahora bien: como la conformidad prestada por el imputado en el acuerdo *para* juicio abreviado que ha suscripto no significa admitir sin más la confesión como *probatio probatissima* ni el desplazamiento de la actividad probatoria, pues el tribunal conserva la potestad de rechazarlo si no hay suficiente prueba del hecho, deviene entonces imprescindible analizar los elementos de convicción que fueron recibidos en el curso de la investigación jurisdiccional en sede instructorial a fin realizar su valoración a la luz de los principios rectores que rigen el sistema de la libre convicción o sana crítica racional, para verificar entonces si efectivamente –o no- se hallan configurados y acreditados los extremos tanto objetivos como subjetivos de la atribución delictual admitida por el encartado y atinentes a esta primera cuestión bajo tratamiento, porque sólo sobre una respuesta afirmativa a ella podrá reposar una sentencia condenatoria.

II) El cuadro probatorio reunido durante la instrucción

Corresponde describir los elementos admitidos e incorporados al debate, portantes de datos probatorios, que fueran introducidos conforme los arts. 382 y conchs. del CPPN, con la finalidad de reconstruir crítica e históricamente la génesis del procedimiento, como todas las secuencias de lo actuado.

II.a) Documental

A fs. 1 se agrega Actuación Administrativa N° 12507-66-2013 realizada por

la AFIP, informando que en fecha 18 de marzo de 2013, ante el retiro de una

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



encomienda postal internacional, se procedió a la atención de **Iván Gregorio Malajovich Dayenof**, quien concurrió a la Aduana Paraná con el aviso de recepción de encomiendas que le remitiera el correo Argentino.

A fs. 2 se agrega el acta N° 53/2013 (AD PARA) labrada el 18 de marzo de 2013 en la Aduana Paraná, con la intervención de dos testigos de actuación: Gregorio Sebastián Mazzoni y Elías Raúl Seip.

Se consigna que el agente aduanero Roberto Mario Cacciopoli atendió a **Iván Gregorio Malajovich Dayenof**, quien concurrió para proceder al retiro de la encomienda N° RR66241784 4ES (N° interno 410) procedente de España, de 0,095 kg remitente "*Ma. Aurora Lema Campanillo – c/Cocinilla N° 32 – 30120 – Murcia – España*".

Se procedió a la apertura de la encomienda en presencia del interesado, poseyendo la misma etiqueta verde con descripción del contenido "*3 agendas, valor imponible 12.00 – 1 USB Key, valor imponible 3.00*", y se verificó que la mercadería contenida en dicho envío consistía en cincuenta (50) blisters de cartón poseyendo cada uno un contenedor de plástico con semillas de *cannabis* dentro del mismo. Los blisters expresan en su adverso: marca de producto "*Jamaica Seeds*", "*Medical Cannabis Seeds*" y en el reverso "*Jamaica Seeds*", "*Medical Cannabis Seeds*", "*Not for sale to minors*", "*Souvenir and collectors seed only*", "*nor for germination where prohibited*", www.jamaicasedds.com.

A fs. 3 obra copia del aviso de recepción de encomienda del Correo Argentino, procedente de España, a nombre de Iván Dayenof, con domicilio en calle Sebastián Vázquez N° 385 departamento 18º, encomienda internacional ordinaria (N° 417844) con un peso de 95 gramos.

A fs. 5/6 se anexan tomas fotográficas de las leyendas del blíster mencionadas precedentemente.

A fs. 7/9 se agrega nota N° 093/2013 (AD PARA), suscripta por el Administrador de la Aduana Paraná, Osvaldo Trossero y dirigida al Juez Federal de esta ciudad, Dr. Leandro D. Ríos, en la que se eleva denuncia del hecho y Actuación N° 12507-66-2013, considerando que el hecho constatado podría configurar el delito aduanero contemplado por el art. 866, C.A. y art. 6 de la ley





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

23.737 en concurso real con la infracción aduanera del art. 983 ap. 1, pto. b, ley 22.415.

A fs. 153 obra constancia actuarial de ingreso del expediente y de los efectos secuestrados y reservados en el Tribunal, con remisión al oficio N° 1256/17 obrante a fs. 152.

II.b). De informes

A fs. 52/53 bis se agrega informe de vida y costumbres realizado por la PFA respecto de **Iván Gregorio Malajovich Dayenof**, en el que se detalla que tiene estudios universitarios incompletos, trabaja en forma particular, vive en una vivienda propiedad de su madre; manifestando los vecinos que tienen un buen concepto del nombrado.

A fs. 69 el RNR informa en fecha 23/05/2014 que **Iván Gregorio Malajovich Dayenof** no registra antecedentes penales.

II.c). Periciales

A fs. 17/21 se agrega pericia química n° 4026 realizada por GNA suscripta por el Comandante Daniel Aníbal Vázquez y la Primer Alférez Mónica M. B. Rico. El material remitido consiste en 41 tubos Ependorf conteniendo 1 semilla cada uno y 9 tubos con 5 semillas cada uno: total **86 semillas**. Se concluye que del análisis botánico realizado y comparado con material indubitado, se encuentra correspondencia con **semillas de *cannabis sativa***.

A fs. 38/39 se agrega pericia química realizada por la PER que informa que las semillas contenidas en los estuches remitidos poseen características morfológicas que corresponden a marihuana (fruto aquenio ovoide) y, en cuanto a su poder germinativo, se dictamina que el 100% de las mismas son viables.

A fs. 72 se agrega pericia química de la muestra de orina correspondiente a **Iván Gregorio Malajovich Dayenof** informando que se detectaron metabolitos indicativos del consumo de marihuana.

A fs. 77 y vto. se agrega pericia del médico de Cámara, Dr. Armando González, en la que se informa que el examinado no presenta índices médico-psicológicos de tener una conducta adicta al consumo de estupefacientes, pero sí de ser un consumidor ocasional, alimentadas por la personalidad de base que

presenta, que lo convierte en un vulnerable ante situaciones de consumo de

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



estupefacientes. El peritado admite ser fumador de marihuana desde los 16 años y niega el consumo de otros estupefacientes. Se aconseja tratamiento psicológico antiadicción, el que rechaza.

II.d). Testimoniales recibidas durante la instrucción

Durante la etapa instructorial, brindaron su testimonio el funcionario aduanero **Roberto Mario Cacciopoli** (fs.33 y vto.) y los testigos civiles de actuación –dos empleados de la Aduana- **Gregorio Sebastián Mazzoni** (fs. 34 y vto.) y **Elías Raúl Seip** (fs. 35 y vto).

El funcionario **Cacciopoli** manifestó que, ante la presentación del usuario en el hall de la Aduana, quien atiende las encomiendas postales internacionales, advirtió presuntos indicios del contenido de la encomienda y derivó la atención al declarante. Esos indicios derivaban de la procedencia española de la encomienda, el poco peso y el sonido. Dijo que *“en un 90% de los casos las encomiendas de este tipo provienen de España”*. Le solicitó al usuario la documentación y procedió a abrir la encomienda. Se detectó que contenía semillas de *cannabis sativa* con algunos escritos o expresiones que figuran en el acta, como que era para uso medicinal, no para germinación o que la germinación estaba prohibida. Ante ello se citó a testigos hábiles y se procedió a su recuento en presencia del usuario.

Mazzoni declaró que fue convocado como testigo. Que el personal de la Aduana le preguntó al muchacho qué había en la encomienda y éste contestó que era una agenda *“y no sé qué otra cosita más”*. Dijo que se hizo la apertura y se encontraron unos cartones verdes con unos tubitos con semillitas. Eran varios tubitos y la encomienda era un paquete chico.

Por su parte, el testigo **Seip** dijo que cuando llegó al salón al que fue convocado, la encomienda ya estaba abierta. Eran unas cápsulas con una o dos semillitas que, por lo que decían, era marihuana.

II.e). Declaración indagatoria de Iván Gregorio Malajovich

En oportunidad de su primer comparendo indagatorio (fs. 58/59), el imputado **Malajovich** se abstuvo de declarar. Declaró y ejerció positivamente su defensa material en las ampliaciones indagatorias de fs. 89/90 y fs. 125/126 vto.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

A fs. 89/90, el imputado expresó que se hace cargo de las semillas de *cannabis* que le habían mandado, que las había comprado con el fin de cultivarlas para consumo personal. Dijo que hace uso regular de *cannabis*, no solo lúdico sino medicinal, para relajarse, para meditar y para fines terapéuticos y psicológicos personales. Que también la consume a través de aceites y tinturas canábicas. Aclaró que *“no es solo fumarse un porro con amigos”*, que no solo lo usa para eso. Dijo que es una persona tranquila, no agresiva, que hace deportes, que no ha tenido problemas en ningún lado, que está intentando ser un buen padre y que jamás ocasionaría un daño. Agregó que el hecho que se le imputa no tiene que ver con la realidad, que quiere que se lo juzgue por lo que fue: el intento de adquisición de semillas de *cannabis* medicinales para cultivo destinado a consumo personal, pues no compró las semillas con fines de comercialización.

Luego, a fs.125/126 y vta., declaró que *“respecto del hecho por el cual se me acusa, tenencia de semillas con fines de comercialización, aclaro que las semillas no eran para comercialización sino de uso privado para cultivo para autoabastecimiento conforme expliqué en la declaración anterior”*. En cuanto a la acusación por contrabando, dijo que nunca ocultó el contenido de la encomienda, que *“vino con esa descripción de lo que contenía desde España, yo no lo mandé al paquete, lo mandaron desde España”* y que cuando fue a retirar lo que había comprado que eran semillas, nunca intentó engañar al personal de Aduana acerca del contenido del paquete.

Explicó que el pedido lo hizo por una página de internet *“que tiene un carrito de venta, uno selecciona lo que va a comprar, pone los datos de la tarjeta de crédito y adónde quiere recibirlo. Es una tienda online. Pero los medios que utilizan ellos para el envío y los datos es una cuestión de ellos. Y vuelvo a aclarar que las semillas no eran con fines de comercialización sino de utilización para consumo personal. Es una página de un banco de semillas oficial a la cual puede acceder cualquiera, incluso la información está en los blisters donde vienen las semillas y la propia página”*. E insistió: *“yo no sabía cómo iban a ser remitidas las semillas. Lo que hice fue hacer el pedido, dar los datos de la tarjeta y comparecer a la Aduana cuando me llegó la carta que me tenía que presentar para hacerme*

del paquete”.

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



En la audiencia del art. 431 bis, CPPN, ratificó su confesión acerca de la autoría del hecho que se le imputaba y suscribió el acta para juicio abreviado, acordando igualmente la calificación legal y las penas convenidas.

III). Valoración probatoria de los hechos

El cuadro probatorio reunido es sencillo y permite acreditar con certeza el sustrato fáctico que ha sido objeto de este proceso y tener por probado el suceso a probar materia de juzgamiento.

Conforme lo acreditan las actuaciones administrativas N° 12507-66-2013, el acta N° 53/13 (AD PARA) y lo recrearon testimonialmente los testigos **Cacciopoli, Mazzoni y Seip**, ha quedado comprobado que el día **18 de marzo de 2013** el imputado **Iván Gregorio Malajovich** concurrió a la Aduana Paraná, portando el aviso del Correo Argentino (cfr. fs. 3) para retirar la encomienda RR 66241784 4 ES de la que era destinatario, procedente de Murcia, España, y cuyo remitente era María Aurora Lema Campanillo.

Era un paquete pequeño, con un peso de 95 gramos y que portaba una leyenda en la que se consignaba que su contenido consistía en tres (3) agendas.

Los funcionarios aduaneros sospecharon que dicha encomienda contenía mercadería prohibida en razón de tres indicios: su procedencia (España), su bajo peso y el sonido que producía el contenido del paquete, según lo declaró el funcionario **Cacciopoli**. Éste aclaró que el 90% de las encomiendas con este tipo de mercadería proceden de España.

La mercadería había sido importada pues había ingresado a territorio aduanero y sorteado exitosamente, sin ser detectada, la aduana de entrada a nuestro país y había sido transportada por el Correo Argentino hacia la aduana de destino (Paraná), la del domicilio del destinatario. Y, como es reglamentariamente de rigor, antes de su liberación a plaza, se procedió a la apertura de la encomienda en presencia de su destinatario, en el caso, del imputado **Malajovich**.

Así, al proceder a su apertura, se comprobó que la encomienda no contenía agendas, sino solamente 50 blisters, con tubos Ependorf: 41 tubos contenían 1 semilla cada uno y 9 tubos contenían 5 semillas cada uno, haciendo

un total de 86 semillas, presuntamente de la especie *cannabis sativa* pues los





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

blisters ostentaban la leyenda de la marca “*Jamaica-Seeds. Medical Cannabis Seeds*” y el sitio web www.jamaicaseeds.com.

Se dejó constancia de ello en el acta N° 53/13 labrada en su consecuencia, con la intervención de dos testigos de actuación (**Mazzoni y Seip**), dando así satisfacción a los recaudos que establece el art. 138, CPPN, para la instrumentación de los actos irreproducible, secuestrándose el material.

La pericia química practicada en sede judicial por GNA (cfr.fs. 17/21), confirmó que se trataba de semillas de **cannabis sativa (marihuana)** y, a su vez, la pericia realizada por la PER determinó, en relación a su poder germinativo, que el 100% de dichas semillas era viable.

La incontrastable evidencia del hallazgo, en el interior de la encomienda destinada a **Malajovich** y procedente de España, de esas 86 semillas de *cannabis sativa*, con viabilidad germinativa del 100%, acreditan con el grado de certeza que es menester el carácter de **autor** (art. 45, CP) que inviste el imputado en el hecho.

Estos extremos –relativos a la materialidad y autoría del encartado en el comprobado suceso- han sido reconocidos por **Malajovich**, quien al declarar en sede instructorial (fs. 89/90 y fs. 125/126 vto) confesó, en forma lisa y llana, que había comprado por internet -en una tienda on line de un banco de semillas oficial que es de libre acceso-, las semillas en cuestión, cuyo destino era el autocultivo para su consumo personal.

Por otro lado, **Malajovich** se declaró consumidor regular de marihuana con finalidad lúdica o recreativa y medicinal, con fines terapéuticos y psicológicos personales. Esta circunstancia ha quedado asimismo corroborada por sendos informes periciales: la pericia química de fs. 72 que acredita la presencia en orina de metabolitos indicativos del consumo de marihuana y la pericia médica de fs. 77 que dictamina que, aunque no es adicto, **Malajovich** es consumidor de dicha especie estupefaciente.

Finalmente, la aludida evidencia se encuentra cristalizada por el expreso, voluntario y libre reconocimiento efectuado por el imputado respecto del hecho de su autoría que se constató ese día 18 de marzo de 2013, al aceptar con el

asesoramiento técnico de su defensor, someterse al instituto plasmado por el art.

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



431 bis del CPPN y suscribir el acta para juicio abreviado labrada, la que personalmente ratificó en la audiencia *de visu* celebrada.

Corresponde, en consecuencia y por los fundamentos expuestos precedentemente, dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión planteada en relación a sendos interrogantes –materialidad y autoría-.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. NOEMÍ M. BERROS DIJO:

I) La calificación legal

I.a). En el acuerdo al que ha arribado el titular del Ministerio Público Fiscal y el imputado **Malajovich**, con la asistencia de su defensor técnico, el Dr. Bacigalupo, el que concitó la adhesión de la parte querellante particular (AFIP-DGA) representada por la Dra. Warlet, el hecho fue encuadrado en la figura penal del **contrabando simple de importación por ocultación**, que describe y reprime el **art. 864 inciso “d” del Código Aduanero, ley 22.415, sin la agravante del inciso “h” del art. 865, C.A.**, con que la causa había venido a esta etapa plenaria.

Sabido es que el Código Aduanero (ley 22.415) regula, en sus arts. 863 y 864, la modalidad simple del delito de contrabando. En el art. 863, a través de una fórmula amplia (mediante ardid o engaño) que es un tipo de captación o de recogida, y, en el art. 864, mediante una fórmula casuística que enumera cinco supuestos (incisos “a” a “e”) que revisten características operativas de excepción y que podrían dificultar la determinación del ardid o engaño empleado por el autor, los que operan como tipos penales especiales o específicos de contrabando simple (cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Delito de contrabando*, Editorial Universidad, Bs.As. 1987, p. 91).

En el caso, comparto con las partes, en que de ningún modo concurre la agravante del **inciso “h” del art. 865, C.A**, figura ésta que previene –con una pena mayor: 4 a 10 años de prisión- cuando la mercadería consistiere en “*sustancias o elementos no comprendidos en el art. 866 (estupefacentes) que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la salud pública*”.

Va de suyo que las semillas de *cannabis* no son, desde ya, estupefacentes

en los términos del art. 77, párrafo 9º, CP, modificado por la ley 26.394 (B.O.

Fecha de firma: 20/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

29/08/08). Ello, no solo porque no contienen el principio activo del Omega 9 Tetrahidrocannabinol o THC –que es el elemento psicoactivo de la marihuana con idoneidad para producir la dependencia física o psíquica de que habla la norma-, sino porque tampoco se hallan contempladas en las listas que periódicamente elabora el P.E.N..

Se trata, en todo caso, de elementos naturales o materia prima para producir el estupefaciente (marihuana) que, por su naturaleza, características y tampoco –en el caso- por su cantidad tienen *per se* aptitud para afectar de algún modo la salud pública.

La ciencia, el sentido común y las máximas de la experiencia nos indican en forma certera que su inocuidad al respecto luce palmaria, pues sabido es que, para que dicho efecto perjudicial para la salud pública pudiera eventualmente producirse deberían dejar de ser *semillas* y transformarse en estupefaciente; para ello, deberían sembrarse, germinar y cultivarse, la planta de *cannabis* crecer y florecer, y ser una planta *hembra* de modo que sus cogollos contuvieran aquel principio psicoactivo (THC) y poder transformarse, por tanto, en el estupefaciente marihuana.

El dispositivo del **inciso “d” del art. 864, C.A.**, en que las partes subsumieron la conducta de **Malajovich**, castiga con una pena de prisión de 2 a 8 años la acción de quien *“Ocultare, disimulare, sustituyere o desviare, total o parcialmente, mercadería sometida o que debiere someterse a control aduanero, con motivo de su importación o exportación”*.

I.b). Pues bien: puesta a examinar dogmático penalmente con detenimiento la figura en cuestión de conformidad al cuadro probatorio reunido de modo de verificar si la disposición del art. 864, inciso “d”, C.A., como premisa mayor del razonamiento subsuntivo, acoge cabalmente (o no) la premisa menor fáctica que se tuvo por acreditada, surgen a mi criterio algunos inconvenientes insuperables que vedan subsumir la comprobada conducta del imputado **Malajovich** en el referido tipo penal.

El bien jurídico protegido en la materia está constituido por el adecuado ejercicio de la función de control del tráfico internacional de mercadería

(exportaciones e importaciones) asignado a la Aduana para aplicar las



restricciones directas (prohibiciones) o, en su caso, las restricciones indirectas (tributos) que correspondieren a la operación de que se trate.

Ello así, el delito de contrabando se configura con cualquier acto u omisión tipificado por la ley que impida o dificulte el adecuado ejercicio de las funciones de control que las leyes acuerdan al servicio aduanero.

Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, la figura escogida del **inciso “d”, art. 864, C.A.**, exige como acciones comisivas la *ocultación*, *disimulación* u otras maniobras análogas en cuanto a su significación engañosa, de modo de burlar el control pero sometiendo la mercadería al control aduanero.

En el caso, dada la remisión desde España de dicha mercadería mediante el régimen especial de envíos postales (arts. 550 a 559, C.A.), a criterio de la Fiscalía (cfr. requisitoria de elevación a juicio de fs. 147/149), como del juez instructor al emitir el procesamiento (cfr. auto de fs. 127/137), la conducta de **Malajovich** recalca en aquella figura *“en tanto ocultó mercadería que debía someterse a control aduanero con motivo de su importación, bajo la apariencia de ser 3 agendas dentro de la encomienda, tratándose de semillas de marihuana...”* (cfr. fs. 135 vto).

Esto es, según ese criterio, la maniobra de ocultamiento estaría configurada por aquella leyenda estampada en el paquete-encomienda (3 agendas) y descriptiva de su contenido, que no coincidía con su contenido real (86 semillas de *cannabis*).

Efectivamente, conforme se consigna en el Acta N° 052/2013 (AD PARA) (cfr. fs. 2), la encomienda dirigida a **Malajovich** y procedente de Murcia-España, poseía una etiqueta verde con descripción del contenido: *“3 agendas, valor imponible 12:00 – 1 USB Key, valor imponible 3.00”*.

Al ser abierta por la autoridad aduanera, se verificó que no contenía agendas sino un total de 50 blisters de cartón, con un tubo Ependorf cada uno, con un total de 86 semillas de *cannabis sativa*. Los blisters expresaban en su anverso la marca del producto: *“Jamaica-Seeds”, “Medical Cannabis Sedds”* (cfr. fs. 6) y en su reverso *“Jamaica-Seeds”, “Medical cannabis seeds”, “Not for sale to minors”, “Souvenir and collectors seed only”, “Not for germination where*





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

prohibited”, con el añadido de la página web de la tienda on line: www.jamaicaseed.com y el correo electrónico: “*info@jamaicaseeds.com*”.

“**Ocultar**” significa esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista; a su vez, “**disimular**”, significa ocultar algo con astucia para que no se vea o para que parezca distinto de lo que es (cfr. Diccionario de la RAE).

Siendo así, desde la propia letra de la ley, no parece razonable inteligir que aquella leyenda estampada en la encomienda a modo de descripción de su contenido (3 agendas) configure –en punto a tipicidad objetiva- la concreta maniobra engañosa que la figura requiere, con aptitud para burlar (impedir o dificultar) el control aduanero.

Esta anticipada conclusión se patentiza a poco que advirtamos que, dado el régimen especial de envíos postales elegido en el caso para la importación de la mercadería, a los fines de su libramiento a plaza (en la aduana de destino, Paraná, la del domicilio del destinatario) de conformidad al art. 557, C.A., esto es, para ser entregada a su destinatario y para que por tanto **Malajovich** recibiera y pudiera retirar la encomienda a él dirigida, el art. 80, inc. 1º, del Dec. 1001/82 –reglamentario de dicho artículo de la ley 22.415-, establece que “*al momento de presentarse el destinatario..., el agente aduanero deberá: a) acreditar la identidad del destinatario o la de su representante autorizado...; b) abrir el envío en presencia del interesado y verificar y determinar el régimen legal que a la mercadería correspondiere*”.

Siendo por tanto que la ley y su reglamentación exigían al personal aduanero (“*el agente aduanero deberá*”) abrir la encomienda en presencia de **Malajovich** en la Aduana Paraná, aquella descripción de su contenido –aunque es cierto que faltaba a la verdad- se exhibe en forma clara como marcadamente inidónea para el aludido ocultamiento y consiguiente burla al control aduanero.

“*La ocultación –se ha dicho- comúnmente se lleva a cabo de la forma que en el argot aduanero se conoce como ‘envaine’, es decir, ocultamiento entre las ropas, o mediante la utilización de dobles fondos en maletas, bolsos, valijas, etc.*” (MEDRANO, Pablo H.; *Delito de contrabando y comercio exterior*, Lerner Libreros, Bs.As., 1991, p.331).



Pero es el caso que el paquete-encomienda que nos ocupa, de proporciones pequeñas y con un peso de 95 gramos, no tenía doble fondo y solo contenía esos 50 blisters, sin ningún otro efecto o elemento que los tapara, los envolviera siquiera o los encubriera a la vista disfrazando la verdad. Es más, como solo contenía esos blisters con tubos con semillas sin nada siquiera que los protegiera, fácil fue a los aduaneros percibir el 'sonido' que ellos producían en el interior de la caja, que fue uno de los indicios mencionados por el testigo **Cacciopoli** y que sembraron la sospecha.

Se ha probado, por tanto, que las semillas no estaban escondidas, ocultas ni disimuladas al interior de dicho paquete, pues se mostraban como tales a simple vista y a la primera observación del funcionario aduanero que inexorablemente habría de abrir la encomienda antes de despacharla y liberarla a plaza entregándosela a **Malajovich**. Estaba a la vista inclusive la marca de las semillas y su especie: "*cannabis seeds*".

Ello nos indica, por tanto, la absoluta inidoneidad de aquella leyenda sobre su contenido (3 agendas) para configurar la acción típica de ocultar o disimular que describe la figura penal y por tanto su ineptitud para engañar a los agentes aduaneros e impedir o dificultar el debido control por parte de la Aduana.

A mayor abundamiento se ha expresado que "*Si no hubo ocultación, utilización de doble fondo, 'envaine', presentación de mercaderías en envases comunes o especiales de otras o acondicionamiento de las mismas entre efectos de peor especie o inferior calidad, disimulación, sustitución, o cualquier otra maniobra que implique encubrir a la vista o disfrazar la verdad, el hecho nunca podrá superar un encuadre infraccional...*" (MEDRANO, P.; *p.cit.*, p. 335). Sobre esto volveré más abajo.

Pero, además, en punto a tipicidad subjetiva, tratándose de una figura dolosa, ella exige un acto atribuible al imputado, la intervención personal, sabida y querida, por parte de **Malajovich** en el mentado ocultamiento o, al menos, un acuerdo de su parte o plan común con esa finalidad de ocultamiento concertado con el remitente de la encomienda. Solo así concurrirá el *dolo*, que es voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

Mas, en la causa, este extremo subjetivo tampoco ha sido acreditado. Respecto de este tópico, la versión expuesta por el imputado al declarar en instrucción se exhibe como verosímil, altamente plausible y en correspondencia con un criterio de realidad auscultado desde las máximas de la experiencia y el sentido común.

Malajovich declaró: *“Yo nunca oculté el contenido que tenía la encomienda o el paquete, vino con esa descripción de lo que contenía desde España, yo no mandé el paquete, lo mandaron desde España. Yo cuando fui a retirar lo que había comprado que eran semillas, en ningún momento intenté engañar al personal de Aduana acerca del contenido. Y de hecho cuando me dijeron que tenían que abrir el paquete tampoco me opuse”*.

Y agregó: *“al pedido lo hice de una página de internet que tiene un carrito de venta, una selecciona lo que va a comprar, pone los datos de la tarjeta de crédito y adónde quiere recibirlo. Es una tienda on line. Pero los medios que utilizan ellos para el envío y los datos es una cuestión de ellos... Es una página de un banco de semillas oficial a la cual puede acceder cualquiera, incluso la información está en los blisters donde vienen las semillas y la propia página va guiando sobre cómo hacer la compra... yo no sabía cómo iban a ser remitidas las semillas. Lo que hice fue hacer el pedido, dar los datos de la tarjeta y comparecer a la Aduana cuando me llegó la carta que me tenía que presentar para hacerme del paquete”* (cfr. ampliación de indagatoria a fs. 125/126 vto).

La explicación exuda lógica y sentido común, y responde a las máximas de la experiencia con estricto apego a un criterio de realidad.

Ello así, probado como está el concreto contexto y la modalidad de adquisición o compra *on line* de las semillas por parte de **Malajovich** -según se desprende incluso de la prueba documental anexa (acta de fs. 2 y documental de fs. 3, y 5/6)-, la que fue efectuada a través de una página de internet (www.jamaicaseeds.com, leyenda ésta estampada en los blisters), esto es, de modo absolutamente despersonalizado, sin contacto o trato directo y/o personal con el vendedor y remitente de la mercadería, tal como ocurre en estas compras *on line*, se desvanece cualquier elucubración acerca de la existencia de algún



el vendedor o la tal “Ma. Aurora Lema Campanillo” que, en la encomienda, figura como remitente de la mercadería.

Ello, a la postre, realza la verosimilitud de la versión suministrada por el encartado en el sentido de que no sabía que las semillas que compraba *on line* le serían remitidas en una encomienda con la falsa descripción de que ella contenía tres agendas; leyenda que –claro está- fue estampada en el paquete-encomienda por quien lo envió y no por su destinatario: el imputado.

No empece a ello que el testigo Mazzoni haya declarado que el imputado respondió al requerimiento del agente aduanero afirmando que el envío “era de una agenda y no sé qué otra cosita más”, pues dicha circunstancia no fue corroborada testimonialmente por Cacciopoli, funcionario que atendió al imputado y que fue quien supuestamente le hizo esa pregunta. Sin perjuicio de que si ello fuere cierto, esa *mentira* carece de aptitud para *engañar* al agente aduanero o para disuadirlo de cumplir la exigencia reglamentaria de abrir la encomienda que le impone el art. 80 inc. 1º, Dec. 1001/82.

Es, en definitiva, la verosimilitud y plausibilidad de la contra-hipótesis defensiva derivada de la propia defensa material ejercida por el imputado y corroborada por las constancias documentales agregadas a la causa la que veda tener por confirmada la hipótesis acusatoria en punto a la tipicidad subjetiva de la figura endilgada.

Por ello, las concretas circunstancias comprobadas de la causa, en un todo de conformidad al cuadro probatorio reunido, inhiben considerar abastecidas tanto la tipicidad objetiva como subjetiva de la figura del art. 864, inc. “d”, Ley 22.415, deviniendo –en consecuencia- su conducta como **atípica** del contrabando endilgado y acordado en el acta-acuerdo.

I.c). Mas, aun adscribiendo a una inteligencia contraria a la hasta aquí expuesta, esto es, aunque se considerare que –en el caso- el tipo objetivo y el subjetivo del contrabando simple del art. 864, inciso “d”, C.A. se encuentran colmados y satisfechos, resta examinar que, como anticipé y lo tiene dicho **Medrano**, “en muchos precedentes judiciales, en esta materia, se punen como *contrabando verdaderas infracciones al régimen de equipajes*” (MEDRANO, Pablo





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

H.; *op.cit.*, p. 332); en el caso de autos, una mera infracción aduanera o transgresión al régimen especial de envíos postales.

Como ha expresado el mencionado autor, en postura que se comparte: *“Las infracciones aduaneras se diferencian de los delitos aduaneros, especialmente del contrabando, por constituir un injusto culpable de menor entidad... En el contrabando el sujeto debe desplegar una conducta engañosa altamente reprobable y peligrosa para el bien jurídico, que en la hipótesis específica del contrabando en consideración (art. 864, inc. “d”, C.A.) se traduce en un obrar con ocultación, disimulación, etc. Si en el caso concreto, no se obró arteramente como lo exige la ley, aun cuando la mercadería fuera de importación prohibida, su valor exceda notablemente el límite de la franquicia autorizada (...), su cantidad supere el tope permitido o se declare ante el funcionario encargado de la revisión del equipaje que aquello que transporta son efectos personales propiamente dichos o ‘incidencias’ de viaje (‘souvenirs’), cuando en realidad no lo son... no podrá tenerse por configurado el delito de contrabando, sino tan solo una infracción al régimen de equipaje”* (Ibidem, p.334/335, el subrayado no es del original).

Lo propio puede decirse en relación al caso que nos ocupa, en que la mercadería ingresó no mediante el régimen de equipaje sino utilizando el régimen especial de envíos postales.

Es más, la información recogida en la causa a través de los medios de prueba incorporados y lo que resultó de la audiencia de *visu* celebrada a los fines del art. 431 bis, CPPN, nos indica que, el caso de autos, debe considerarse que existe una contravención o infracción aduanera y no un delito aduanero. *Prima facie* y concretamente, se trataría de la **infracción de contrabando menor** prevista y reprimida por el **art. 947, párrafo 1º, C.A.**

Esta norma legal establece que *“En los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865 inciso “g”, 871 y 873, cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de Pesos Cien mil (\$ 100.000,°°), el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor y se aplicará exclusivamente una multa de dos (2) a diez (10) veces el valor en plaza de la mercadería y el comiso de ésta”* (ley 22.415, modificada por la ley



25.986, vigente al momento del hecho. A la fecha de esta sentencia, dicho monto se elevó a la suma de \$ 500.000,°, cfme. ley 27.430, B.O. 29/12/17).

Ello así –repito- aunque se consideraren configurados los recaudos típicos de la figura del art. 864, inciso “d”, C.A., este Tribunal no podría soslayar que legalmente existe un límite cuantitativo que separa el delito de contrabando de la infracción de contrabando menor, de modo que si el valor en plaza de la mercadería es inferior a aquella suma no podrá nunca considerarse que la conducta es delictiva sino que se trata de un hecho contravencional, ajeno por tanto a todo reproche jurisdiccional penal.

Al decir de **Vidal Albarracín**, la característica principal de esta infracción del art. 947, C.A., reside en que tiene la estructura del tipo penal del delito de contrabando (arts. 863 y 864, C.A.), del que solo difiere en el valor en plaza de la mercadería en infracción y que, en contraposición, se podría denominar ‘*contrabando mayor*’ (cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor G.; *Delito de contrabando*, Edit.Universidad, Bs.As., 1987, 2° ed.actualizada, p. 127/129).

Esto es, el tipo objetivo del delito de contrabando reclama la superación de ese monto que la norma del art. 947 estipula, la que configura una condición objetiva de punibilidad, por debajo del cual la conducta infractora no es delito penal sino que debe considerarse infracción aduanera de contrabando menor.

Durante la instrucción y pese a la intervención de la AFIP-DGA como querellante particular, no se documentó el aforo de la mercadería objeto de la causa. Mas, durante la audiencia de *visu*, fue la **Dra. Warlet**, representante de la parte querellante quien –ante un requerimiento formulado por Presidencia- informó con precisión que dicho aforo ascendía a la suma de **\$ 2.638,17**, monto éste –fuerza es destacarlo- marcadamente inferior al previsto (\$ 100.000,°) por la norma del art. 947, C.A. y por debajo del cual el hecho deberá considerarse infracción aduanera de contrabando menor y no delito de contrabando simple.

Siendo así, si tenemos en cuenta que, a los fines de considerar el hecho como infracción o como delito, el valor en plaza de la mercadería será el que fije la autoridad aduanera con relación al momento de constatación del ilícito (cfme. art. 952, C.A.), debemos atenernos al aforo fijado por la Aduana e informado en la audiencia por su representante, por lo que no cabe hesitar en que el comprobado





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

hecho de autoría de **Malajovich** no es delictivo sino que se subsume, sin fisuras, en la infracción aduanera de contrabando menor.

Ello así, sin perjuicio –claro está- de que el mencionado hecho concurriera idealmente (cfme. art. 911, C.A.) con la infracción aduanera que, como transgresión al régimen de envíos postales, previene el art. 983, inciso 1°, apartado “b”, Ley 22.415 -según lo señaló la Aduana en su nota de fs. 7/9-, por verificarse que la mercadería “no fuere de la admitida en carácter de envío postal”.

En definitiva, luce incontrovertible que el hecho comprobado de autoría del encausado **Malajovich** no encuadra en una figura penal, dada su constatada atipicidad en relación al delito de contrabando de importación por ocultación (art. 864, inc. “d”, C.A.) en que las partes erróneamente acordaron subsumirlo y su carácter meramente contravencional, en razón de todo lo cual corresponde **absolver** al imputado.

I.d). A todo evento, luego del precedente examen, no puedo menos que poner de resalto que la solución a la que arribo se rebela como una conclusión (no) aplicatoria de la ley penal que satisface las exigencias de corrección.

En efecto: el encuadramiento delictual que las partes habían convenido en el acta para juicio abreviado elevado a este Tribunal se presentaba claramente, a mi criterio, como una grave *anomalía* normativa, inconciliable con una interpretación armónica, no contradictoria, coherente y conglobante del conjunto de nuestro ordenamiento normativo.

Ello así pues, conforme el acuerdo, se presentaba a la conducta del encartado como una infracción a la ley 22.415 consumada (formalmente), pero no agotada (materialmente), pues las semillas no fueron liberadas a plaza por la oportuna intervención de la autoridad aduanera que lo frustró y, en su consecuencia, ellas nunca estuvieron en poder del imputado, pese a lo cual esa conducta resultaba pasible de un castigo penal.

En cambio, si el hecho se hubiere agotado, si **Malajovich** hubiere logrado su propósito de “*hacerse del paquete*” y hubiere sido descubierto por la prevención teniendo en su poder y bajo su dominio las semillas de *cannabis* que

había comprado por internet, su comportamiento no le sería penalmente



reprochable, pues en este último caso, esa *tenencia de semillas* no configuraría una acción penalmente típica en tanto no infringe la ley 23.737.

O, dicho de otro modo, esa conducta infractora (de la ley 22.415) *no agotada* sería pasible de una pena de prisión y, en cambio, esa misma conducta materialmente *agotada* sería no punible para la ley 23.737.

La anotada *anomalía* normativa salta a la vista, desde que la primera sería punible pese a provocar un conflicto de menor intensidad y al menor grado de desvalor jurídico de su contenido infractor y, en cambio, la segunda sería penalmente impune, con vulneración del principio de proporcionalidad que rige la relación entre la gravedad del hecho y su consecuencia jurídica.

Téngase en cuenta que, aunque el confesado destino de las semillas hubiera sido –como lo declaró el imputado– el cultivo para el autoabastecimiento de marihuana para su consumo personal, la *tenencia de semillas* para producir estupefacientes es atípica en relación a la figura del art. 5°, inciso “a”, Ley 23.737 que solo describe y castiga la *guarda de semillas* para ese fin, pero no su *tenencia* que es algo distinto.

Y, va de suyo también, que si el imputado hubiera sido sorprendido *teniendo* en su poder semillas que aún no había sembrado o cultivado, tampoco su conducta encuadraría siquiera en la figura atenuada del art. 5°, penúltimo párrafo, Ley 23.737 (incorporado por la ley 24.424).

Por los fundamentos expuestos, concluyo en que no cabe hesitar que corresponde absolver a **Iván Gregorio Malajovich** por el delito de contrabando simple de importación por ocultación (art. 864, inciso “d”, C.A.) en que las partes acordaron encuadrar su conducta, dada su patente atipicidad penal.

I.e). Debo señalar finalmente que aunque –conforme lo vengo exponiendo– no he de homologar el acuerdo para juicio abreviado formulado por las partes, no corresponde proceder conforme lo estipula el inciso 4° del art. 431 bis, CPPN.

En el caso, no estamos en presencia de una discrepancia fundada con la calificación legal admitida en los términos del inciso 3° de dicha norma ritual, sino del convencimiento fundado y debidamente motivado de que la conducta enjuiciada atribuida al encausado no encuadra en una figura penal, dada su **patente atipicidad en relación al delito enrostrado y su irrelevancia jurídico penal.**





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE PARANÁ

Siendo ello así, lo que está vedado a esta magistratura es imponer una pena superior o más grave que la pedida por el MPF (cfme. art. 431 bis, inc. 5°, CPPN), mas no imponer una pena más leve o, en su caso y como en el presente, absolver al encartado porque su conducta se ha revelado atípica.

Máxime si –como en el caso- no se necesita de un mejor conocimiento del hecho que el que nos proporciona el cuadro probatorio colectado durante la instrucción y para comprobar dicha atipicidad no es necesaria la realización del debate (cfme. art. 361, CPPN, aplicable por analogía *in bonam partem* al presente).

Elementales principios de economía procesal y la garantía constitucional que asiste al imputado de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1, CADH y 14.3.c, PIDCyP, y art. 75 inc. 22°, CN), demandan resolver la cuestión de fondo en este acto sentencial sin favorecer diferimientos que solo conllevarían desgaste y dispendio jurisdiccional, así como un innegable perjuicio para el imputado que seguiría sometido a un proceso penal por un hecho acaecido hace ya casi 6 años.

Conforme lo concluido, el tratamiento atinente al segundo interrogante de esta cuestión relativo a la responsabilidad penal del encartado, deviene innecesario.

Así voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. NOEMÍ M. BERROS DIJO:

I). En relación al primer interrogante contenido en esta tercera cuestión (individualización de la pena a aplicar), su tratamiento deviene igualmente innecesario por el modo en que se ha concluido en las cuestiones precedentes. Lo propio ocurre respecto del planteo de inconstitucionalidad o derrotabilidad de la norma del art. 876 inciso “e”, C.A., que establece la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del comercio, debatido durante la audiencia del art. 431 bis, CPPN.

II). En cuanto a las demás cuestiones implicadas, dado el resultado al que se ha arribado y con fundamento en el art. 531, CPPN, procede declarar de oficio las costas de la causa.

Corresponde asimismo remitir copia de la presente al Administrador de la

Aduana Paraná.

Fecha de firma: 26/11/2018

Firmado por: NOEMI MARTA BERROS, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: BEATRIZ MARIA ZUQUI, SECRETARIO DE CAMARA



Así voto.

Por todo ello, el **TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE PARANÁ**, con integración unipersonal, dictó la siguiente:

SENTENCIA:

1º). NO HOMOLOGAR el acuerdo para juicio abreviado presentado por las partes y, en su consecuencia, ABSOLVER a **Iván Gregorio MALAJOVICH**, demás datos personales obrantes en autos, por el delito descrito y reprimido por el **art. 864 inciso “d”, del Código Aduanero (ley 22.415)**, esto es, contrabando simple de importación por ocultación, por no encuadrar su conducta en una figura penal, de conformidad a los fundamentos expuestos.

2º). IMPONER las costas de oficio conforme lo resuelto (art. 531, CPPN).

3º). COMUNICAR la presente –con copia- al Administrador de la Aduana Paraná.

REGÍSTRESE, publíquese, notifíquese, líbrense los despachos del caso y, en estado, archívese.

NOEMI MARTA BERROS

Ante mí:

