

LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRABANDO MENOR - SUS CONSECUENCIAS

POR GUILLERMO VIDAL ALBARRACÍN (H)

SUMARIO

- I. Concepto de la infracción de contrabando menor
- II. Fundamento del tratamiento más benigno
- III. Análisis a la luz de la teoría del delito
 - a. Elementos del tipo objetivo vs. Causas de exclusión de punibilidad
 - b. El límite monetario previsto en el art. 947 del Cód. Aduanero
- IV. Consecuencias prácticas de nuestra postura
 - a. Irrelevancia del conocimiento del autor respecto al valor de la mercadería
 - b. Constitucionalidad de la distinción efectuada por el legislador respecto el tabaco y sus derivados
 - c. Aplicación retroactiva de la reforma de la ley 25.986 como ley penal más benigna:

I. CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN DE CONTRABANDO MENOR

Cuando el valor de la mercadería objeto de ciertos supuestos de contrabando no supera un tope monetario, el hecho se considerará infrac-

ción de contrabando menor¹.

Tal como se sostuvo en otras oportunidades², su característica principal reside en contener la estructura del tipo penal del delito de contrabando doloso, del que sólo difiere en el valor en plaza de la mercadería en infracción.

1. El artículo 947 del Código Aduanero establece que:

"En los supuestos previstos en los artículos 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.

Cuando se trate de tabaco o sus derivados el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de PESOS TREINTA MIL (\$ 30.000).

Cuando se trate de las mercaderías enunciadas en el párrafo anterior, el servicio aduanero procederá a su decomiso y destrucción".

2. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo "Delitos Aduaneros", con la colaboración de Guillermo VIDAL ALBARRACÍN (H.), 2da. edición actualizada, Ed. Mave 2006, págs. 243 y ss.

De tal manera, el tope monetario que fija la norma permite otorgarles a ciertas hipótesis de contrabando un tratamiento más benigno.

Esto significa que, con respecto al delito de contrabando simple (arts. 863 y 864), al ahora único supuesto de contrabando calificado regulado en el inc. g) del art. 865³ y su tentativa (arts. 871 y 873), el valor de la mercadería objeto del delito juega como elemento moderador de la sanción a aplicarse y permite otorgarle al ilícito el tratamiento de una infracción aduanera⁴.

II. FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO MÁS BENIGNO

Desde mucho tiempo atrás el Derecho Penal Aduanero consideró el valor de la mercadería en infracción a los fines de darle al delito de contrabando un tratamiento punitivo más benigno.

Así, si se analiza su evolución, se advierte que hasta la sanción de la ley 25.986 no existía discusión en cuanto a que el fundamento para otorgarle al delito el tratamiento de una infracción, era **la insignificancia económica de la mercadería objeto del contrabando**⁵.

En tal sentido, si la mercadería tenía un valor igual o inferior a cinco mil pesos (\$ 5.000) se consideraba al delito cometido como un supuesto infraccional.

La ley 25.986, publicada en el Boletín oficial el día 5 de enero de 2005, elevó dicho límite monetario hasta cien mil pesos (\$100.000) e introdujo como novedad un importe distinto, menos de treinta mil pesos (\$ 30.000), cuando se trata de tabaco o sus derivados.

Si bien dicha reforma se inspiró en la idea de una actualización por el cambio de las condiciones fácticas – principalmente económicas –, al momento de su dictado su fundamento varió.

3. La ley 25.986 (BO 5/1/05) excluyó el inc. a) del art. 865, dentro de los supuestos aplicables.

4. Al respecto VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo siempre destacó que "la redacción del artículo 947 sustituyó la expresión "el hecho constituirá infracción aduanera", que contempla su norma antecedente – art. 194, párr. 1º, Ley de Aduana, texto ley 21.898 –, por la fórmula "el hecho se considerará infracción aduanera", queriendo significar que, por su estructura, la conducta es delictiva y, a través de una ficción legal, se la considera infracción a efectos de aplicarle un criterio punitivo más benigno" (VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo "Delitos ... Obra citada, pág. 245).

5. El origen de esta variante denominada "contrabando menor" lo encontramos en la ley 14.129. Dicha ley estableció que cuando el valor de la mercadería objeto del contrabando no excediera de m\$N 1.000 los jueces podían sustituir la pena privativa de libertad por la de multa.

Luego, la ley 14.391, en su art. 3º, inc. 3º, modificó el régimen, pues no sólo elevó el límite monetario, sino que la pena dejó de ser alternativa y sujeta a la discrecionalidad del juez. Así, ordenó que en los casos en que el valor de la mercadería objeto del contrabando no excediera m\$N 3.000, estimado sobre la base de los precios corrientes de plaza (esto es importante porque antes no se precisaba si era el valor de aforo o el de plaza, que generalmente es mayor), los hechos no constituirían el delito previsto en el art. 187 con pena privativa de libertad, sino una infracción aduanera. Seguidamente, la ley 17.138 actualizó el monto del valor de la mercadería (que no excediera de m\$N 50.000).

La ley 21.898 innovó sobre el sistema y mediante una actualización anual buscó darle mayor dinámica. Así, modificó el art. 194 de la Ley de Aduana, fijando ese límite cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando fuese menor de \$ 400.000 y aclarando que dicho importe se actualizaría anualmente en forma automática al 31 de octubre de cada año de conformidad con la variación de los índices de precios al por mayor (nivel general) elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos u otro organismo oficial que cumpliera sus funciones. Esta actualización surtiría efectos a partir del 1º de enero siguiente.

Finalmente, el Código Aduanero, además de sustituir la expresión "el hecho constituirá infracción aduanera" por "el hecho se considerará infracción aduanera", recogió ese procedimiento de actualización automática, señalándose en su Exposición de Motivos, al comentar el art. 953, que "Con ello se pretende superar las distintas interpretaciones jurisprudenciales tendientes a evitar las consecuencias que planteaba el desajuste del tope fijo que rigió desde la sanción de la ley 17.138 hasta que entró en vigor la ley 21.898, provocado por la desvalorización monetaria". No obstante, como la actualización era anual, siguieron los desajustes que la jurisprudencia intentó corregir a través de una actualización mensual (Basado en el principio constitucional de igualdad ante la ley, se le dio una interpretación dinámica a los arts. 952 y 953 del Código Aduanero y se le aplicó al tope monetario una actualización mensual por el INDEC (CPEco Sala II 21/11/85, reg. 393, Fs 612/613 Año 1985. Posteriormente la CSJN, no aceptó ese criterio judicial, porque significaba reformar la ley (CSJN in re "Bogado, Alberto A-10/10/93 LL 22/3/94).

Posteriormente se buscó una solución legal con del dictado de la ley 24.415, que fijó el tope monetario previsto en el art. 947 del Cód. Aduanero en \$ 5.000.

Todo lo expuesto conforme el análisis efectuado en artículo de VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo y BONZÓN RAFART, Juan Carlos, "Los límites monetarios en los regímenes Penal Tributario y Aduanero", publicado en la Rev. de la Asociación de Estudios Fiscales, nro. 1, agosto de 2005.

Ello se advierte fácilmente si se tiene en cuenta que cuando se estableció el monto de cinco mil pesos (\$ 5.000), el mismo resultaba equivalente a cinco mil dólares (u\$s 5.000) y por ende, su actualización, basada en la salida del sistema de convertibilidad, debía alcanzar un monto de aproximadamente quince mil pesos (\$ 15.000) – esto es, el equivalente a u\$s 5.000 – y no de cien mil pesos (\$100.000) como finalmente se fijó⁶.

De tal manera, resulta claro que su fundamento excede la idea de una actualización (cuestión coyuntural basada en la pérdida del valor de la moneda) y guarda más relación con una finalidad de descompresión de los juzgados de frontera, que se encontraban superados por causas de contrabando de poca relevancia.

Tal postura se corrobora de manera expresa si se analizan los fundamentos del señor diputado Roberto R. Iglesias que acompañaron el proyecto que luego se transformaría en la ley 25.986. Allí, se señala que "A los efectos de imprimir mayor prontitud a las distintas instancias, tanto administrativas como judiciales que contempla la ley, se modifican los límites entre el contrabando mayor⁷ y el contrabando menor: se aumenta de cinco mil a cien mil pesos, salvo para el caso del tabaco, que se incrementa en treinta mil. Esto permite que se resuelvan en sede administrativa una serie de circunstancias que antes recargaban directamente el trabajo de la justicia".

Idéntica cuestión y con mayor precisión jurídica, surge del texto del mensaje N° 1326 de remisión del proyecto firmado por el ex presidente Néstor C. Kirchner. Allí se destaca que "elevando tanto el monto previsto como condición objetiva de punibilidad por debajo del cual

el contrabando es considerado menor, así como también la escala penal prevista para el delito de contrabando. Lo expuesto precedentemente tiende a lograr una mayor celeridad en la tramitación de las causas por contrabando más relevantes, por el alivio de trabajo que las reformas propuestas implicarían para los tribunales de Justicia. Paralelamente, el incremento del monto de la multa para el contrabando menor permitirá que dicho ilícito, juzgado en la órbita administrativa, tenga una rápida solución y se desaliente la comisión del mismo".

Por todo ello, cabe concluir que la ley 25.986 modificó el límite monetario previsto en el artículo 947 del Código Aduanero, para lograr una mayor celeridad en la tramitación de las causas por contrabando más relevantes, a través del juzgamiento en la órbita administrativa de ciertos supuestos.

III. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO

El límite monetario de la figura en comentario puede ser considerado como un elemento del tipo o bien como una condición objetiva de punibilidad (mejor dicho, una causa de exclusión de punibilidad⁸).

Dejaremos de lado el justificativo de la insignificancia en la afectación del bien jurídico tutelado, pues el nuevo importe de cien mil pesos (\$ 100.000), al menos en lo económico, pareciera superar dicho principio denominado de "bagatela"⁹.

Ante de brindar nuestra opinión al respecto, resulta necesario repasar brevemente ambos con-

6. Es probable que haya incidido el querer asimilarlo al régimen penal tributario, a través de la figura del art. 1° de la ley 24.769, aunque éste importe no está en relación con el valor de la mercadería, sino con el monto evadido.

7. Consideramos que es un error hablar de contrabando mayor y contrabando menor, pues hace pensar que un hecho se convertirá en contrabando cuando se supera una suma determinada.

8. Las condiciones objetivas de punibilidad se refieren a las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, mientras que las causas de exclusión se vinculan con circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad (es una diferencia de carácter puramente formal).

9. Además, cabe destacar que para la aplicación del principio de insignificancia no siempre resulta adecuado vincularlo al monto del contrabando pues puede no tener relación con el bien jurídico tutelado.

ceptos.

a) Elementos del tipo objetivo vs. Causas de exclusión de punibilidad:

Las causas de exclusión de la punibilidad (o de la pena) son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de la punibilidad, y se ubican fuera del injusto y de la culpabilidad (otros presupuestos de punibilidad).

ROXIN, quien distingue entre causas personales de exclusión de la punibilidad¹⁰, causas materiales (objetivas) de exclusión de la punibilidad y causas de supresión de la punibilidad¹¹, señala que se tratan de casos en los que, en una ponderación realizada por el legislador, diversas finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena¹².

Así, citando a BLOY señala: "El grupo de disposiciones cuya función consisten en hacer prevalecer intereses extrapenales pone de manifiesto el enlace del Derecho penal con las necesidades del conjunto de la sociedad, que, aparte de expresarse en el interés en el óptimo funcionamiento de la Justicia penal, se manifiesta también en otras finalidades. La concurrencia de diversas prioridades hace preciso un equilibrio, que se concreta en impedimentos de la punición - ajenos al sistema desde la perspectiva del Derecho penal - en la medida en que deban ceder las finalidades perseguidas por la justicia penal" y en cuanto a su naturaleza indica que "en cuanto a sus efectos pertenecen al Derecho penal, lo que no sucede en cuanto a las consideraciones en las que se basan"¹³.

En similar sentido, pero sin limitarlas a finalidades extrapenales, JESCHECK explica que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen al tipo del

injusto ni al de la culpabilidad, constituyen presupuestos materiales de la punibilidad y sólo resulta relevante la concurrencia o no concurrencia de aquéllas, sin que el dolo o la culpa se refieran a aquéllas. Son puras causas de restricción de la pena, por lo que tampoco deben ser criticadas desde el principio de culpabilidad. Para este autor "es cierto que normalmente el merecimiento de pena por parte del hecho implicará la necesidad de pena, pero existen supuestos en los que, antes de que pueda conocerse la necesidad político criminal de la pena, debe producirse, además, un particular deterioro de los valores del orden protegido por el correspondiente precepto penal"¹⁴.

De tal manera, atento que las causas de exclusión de punibilidad se encuentran fuera de las categorías del injusto y de la culpabilidad, el conocimiento o desconocimiento del autor a su respecto resultará irrelevante para el derecho penal.

Por el contrario, cabe destacar que será un elemento del tipo si se entiende que integra el tipo penal (por ejemplo la cuantificación del resultado) y por tal motivo resulta necesario que el autor conozca aquella circunstancia (asimismo, el error sobre la cuantía del valor de la mercadería resultará relevante y constituirá un error de tipo, con las consecuencias que ello acarree).

b) Limite monetario previsto en el art. 947 del Cód. Aduanero:

Para poder trasladar tales conceptos al límite monetario previsto en el art. 947 del Cód. Aduanero, debemos retomar el análisis a partir del fundamento del tratamiento punitivo más benigno que allí se establece: **lograr una mayor**

10. La exclusión no afecta a todos los intervinientes, sino sólo a aquél en cuya persona concurra el elemento excluyente de la punibilidad.

11. Se suele citar el desistimiento voluntario de la tentativa. Se da una acción punible pero posteriormente se vuelve a suprimir la punibilidad.

12. Claus ROXIN, Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito, Traducción de 2da. Edición y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997, páginas 969 y ss.

13. Claus ROXIN, Derecho Penal ob cit. página 979.

14. JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ed., Comares, Granada, 1993, pags. 503 y ss.

celeridad en la tramitación de las causas por contrabando más relevantes, a través del juzgamiento en la orbita administrativa de ciertos supuestos.

De tal manera, se advierte que legislador, a fin de administrar mejor los recursos del Estado, decidió limitar la intervención penal manteniendo como pauta el valor de la mercadería en infracción.

No obstante ello, cabe precisar que en esta oportunidad, resulta opinable que dicho límite se vincule con la insignificancia económica de la mercadería objeto del contrabando, pues el actual monto no fue producto de una actualización del anterior y como anticipamos, no es posible considerarlo como una aplicación del principio de bagatela ya que se refiere a una suma bastante elevada (\$ 100.000).

Además, tampoco se advierte una directa relación con el bien jurídico tutelado porque en los supuestos seleccionados no necesariamente existe una menor afectación, toda vez que, como destacamos al inicio, el bien jurídico no se limita a la recaudación fiscal¹⁵.

Así, nuestro Superior Tribunal ha señalado que lo tutelado no es la recaudación fiscal, ni la regulación de la política económica del Estado en relación con las operaciones de importación o exportación, sino el ejercicio de la función principal encomendada a las aduanas, tal es, el con-

trol sobre la introducción, extracción y circulación de mercaderías pero sólo a los fines de velar por una correcta recaudación tributaria, el cumplimiento de las prohibiciones y el debido pago de estímulos a la exportación¹⁶.

De tal manera, si bien el perjuicio fiscal integra el bien jurídico protegido por el delito de contrabando, no siempre el mayor valor de la mercadería provoca un perjuicio mayor, pues por ejemplo, muchas veces la conducta ilícita en cuestión sólo afecta el control aduanero en relación a la aplicación de una prohibición no económica o bien, la mercadería posee una baja carga tributaria.

Por todo lo expuesto, al no haber una relación directa o necesaria entre el valor de la mercadería y el bien jurídico tutelado, se advierte que se trata de una decisión político jurídica (administrar los recursos limitados del Estado) y resulta más fácil sostener que no integra el injusto, ni debe ser abarcado por el principio de culpabilidad.

En similares términos, VIDAL ALBARRACÍN sostiene que "la modificación de la norma en el sentido de no otorgarle a ese elemento monetario el efecto de que "el hecho constituya infracción aduanera", sino de que obligue a "considerarlo" como tal (art. 947), resulta fundamental para afirmar que en todos los casos, aun en los que cita la norma, el tipo penal

15. Repárese que sólo si se considera que el bien jurídico protegido por el delito de contrabando es la recaudación fiscal, el valor insignificante de la mercadería permitiría sostener que la conducta no constituye una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva del delito.

16. SE en tal sentido, cabe recordar el *leading case* "Legumbres S.A." (C.S.J.N. in re: "Legumbres S.A." L.L. 1991-A-73) en el que se investigó la falsificación de la refrendación bancaria inserta en el permiso de embarque que documentaba una exportación de cereales. Atento que se trataba de la presentación ante el servicio aduanero de un documento adulterado que era necesario para cumplimentar la operación aduanera de exportación, se imputaron los artículos 863 y 865, inc f) del Código Aduanero, constituyendo dicha adulteración claramente un ardid.

En dicho precedente, se resaltó que "la exigencia constitucional de que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del poder legisferante la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante la amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficientes (...) esta correlación entre sanción y bien jurídico es la que, con fundamento en la proscripción de la analogía, permite fundar la prohibición de que, so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos que los que el legislador ha querido proteger (...) de lo expuesto se sigue que no todas las prestaciones y servicios estatales merecen el mismo valor y protección legislativa en el campo penal (...) que el valor relativo de las funciones que ejerce el servicio aduanero, no puede identificarse con el que el legislador pudiera haberle otorgado a las que presta alguna otra rama de la administración pública ...". Por todo ello, culminó sosteniendo que "... solo aquellas funciones específicas de la actividad aduanera, pueden ser tenidas en cuenta para la integración del tipo del art. 863 del Cód. Aduanero (...) dentro de esta concepción las funciones necesarias para controlar la concurrencia de los supuestos que regulan los gravámenes aduaneros o fundan la existencia de restricciones o prohibiciones a la importación y exportación".

delictivo se encuentra integrado, posee todos sus elementos constitutivos, y la referencia al menor valor de la mercadería, sólo en los supuestos en que la ley le otorga eficacia, podrá atemperar el aspecto punitivo de ese hecho que ya se ha configurado como delito y que ya ha adquirido una categoría o entidad determinada. La total adecuación de una conducta a las figuras delictivas de contrabando no requiere que la mercadería supere un determinado valor. Este aspecto monetario no integra el tipo penal y, en consecuencia, no es un nuevo requerimiento legal para la configuración del delito, pues es un dato que nada tiene que ver con sus elementos constitutivos. La ley no exige complementar la definición del delito de contrabando con dicho ingrediente económico, y es por ello que no se encuentra incorporado en la descripción de la conducta punible. Sólo manda que, en determinados casos, en los que no se altera el fundamento de la norma, se le otorgue al hecho un tratamiento punitivo más benigno, para lo cual utiliza la ficción de considerarlo como una infracción aduanera".

De tal manera, dicha postura, que tiene en cuenta el análisis histórico del límite monetario, resulta determinante para concluir que se trata de una circunstancia cuantitativa que no afecta la tipicidad, la antijuricidad, ni la culpabilidad de la conducta y por ende, sólo puede ser considerada como una causal material (objetiva) de morigeración punitiva¹⁷.

También, doctrinariamente se sostuvo que la figura de contrabando menor del art. 947 y su complementario, art. 949, delimitan la descripción de los tipos penales de los delitos que mencionan¹⁸.

IV.- CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE NUESTRA POSTURA.-

Tal como demostraremos a continuación, el

haber adoptado una posición respecto su ubicación dentro de la teoría del delito nos permitirá responder diversas cuestiones prácticas de manera coherente.

a) Irrelevancia del conocimiento del autor respecto al valor de la mercadería:

Si como expusimos, el límite monetario es una causal material de morigeración punitiva y se encuentra fuera de las categorías del injusto y de la culpabilidad, el conocimiento o desconocimiento del autor a su respecto resultará irrelevante para el derecho penal.

b) Constitucionalidad de la distinción efectuada por el legislador respecto el tabaco y sus derivados:

La ley 25.986 incluyó en el segundo párrafo del art. 947 del Cód. Aduanero un límite monetario menor (treinta mil pesos - \$ 30.000 -) cuando se trate de tabaco o sus derivados.

Así, se señala que: "*Cuando se trate de tabaco o sus derivados el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de PESOS TREINTA MIL (\$ 30.000). Cuando se trate de las mercaderías enunciadas en el párrafo anterior, el servicio aduanero procederá a su decomiso y destrucción*".

En el reciente III Congreso de Derecho Aduanero realizado en Buenos Aires entre los días 9 y 11 de mayo del año 2007, se aprobó la ponencia presentada por los Dres. SARRABAYROUSE BARGALLÓ y HORNOS, mediante la cual se recomienda, entre otras cuestiones, la derogación de dicho segundo párrafo.

A fin de fundamentar dicha postura se sostuvo que existe "una injustificada diferenciación

17. Repárese que decimos morigeración de punibilidad y no exclusión, pues las conductas analizadas serán sancionadas a través del régimen infraccional aduanero que también posee naturaleza penal.

18. Ponencia de los Dres. Roberto HORNOS y Miguel Angel SARRABAYROUSE BARGALLÓ "Necesidad de reforma de los arts. 947 y 949 del C.Aduanero", publicada en el n°18, primer semestre de 2007, pág. 113 de la Revista de Estudios Aduaneros.

del tratamiento criminal de conductas humanas idénticas que no producen una lesión de diferente gravedad al bien jurídico tutelado (...) si desde una óptica constitucional, tomando en consideración la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) y desde la visión de la dogmática penal podría resultar difícil justificar la desigualdad de trato introducida por la nueva redacción del art. 947 del C.A., tampoco se reconoce mayor sustento para la misma desde la política del Estado"¹⁹.

Si por el contrario partimos de nuestro enfoque, la distinción efectuada por el legislador respecto al tabaco y sus derivados podría encontrar apoyatura.

En tal sentido, desde un punto de vista dogmático penal, si la norma en cuestión sólo prevé una causal material (objetiva) de morigeración punitiva, que como vimos, no está vinculada necesariamente a la mayor o menor afectación del bien jurídico protegido²⁰, resulta difícil efectuar una comparación a través de la lesión que provoca una conducta determinada.

De tal manera, tratándose de una decisión política jurídica tendiente a administrar de mejor manera los recursos escasos del Estado, no encontramos reparos constitucionales respecto a la decisión de adoptar un límite diferenciado para supuestos en los que el parámetro objetivo de cien mil pesos (\$ 100.000) seleccionado, hace presumir que no se cumplirá con la finalidad querida por el legislador.

Repárese que si no se hubiera establecido la distinción que se cuestiona, se hubieran dejado

fuera del ámbito judicial supuestos de contrabando que desde un punto de vista objetivo y ex ante, resultan relevantes para los juzgados de frontera.

Así, cabe destacar que el tabaco además de ser una de las principales mercaderías que ingresa en forma ilegítima a nuestro país (con los perjuicios que ello genera para la Salud Pública²¹), posee un bajo valor unitario y una alta carga tributaria y por ello, es posible justificar un tratamiento específico, sin afectar el principio de igualdad (art. 16 de la CN).

Por todo lo expuesto, si bien puede resultar cuestionable como práctica legislativa, consideramos que no es posible considerar inconstitucional la distinción efectuada por el legislador.

c) Aplicación retroactiva de la reforma de la ley 25.986 como ley penal más benigna:

En el Derecho Penal común, la aplicación del principio de la ley penal más benigna contemplada en el art. 2º del Cód. Penal²² y en los artículos 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³, no presenta mayores dificultades. A lo sumo, algunos supuestos en los que la nueva ley requiere de un cotejo para determinar si es o no más benigna se resuelven analizando cada caso concreto.

En cambio, en el ámbito penal económico, al cual pertenece el derecho penal aduanero, al regir varios supuestos de leyes penales en blanco, que pueden ser integradas por leyes excepcionales y temporarias, la situación es más compleja.

19. *Idem* punto anterior

20. Estaría fuera de la teoría del delito, considera una cuarta categoría "otros presupuestos de punibilidad".

21. Cabe señalar que en algunos casos hasta sería posible descartar el tratamiento más benigno que se viene analizando, por resultar aplicable el agravante previsto en el inciso h) del artículo 865 del Código Aduanero: "Se tratare de sustancias o elementos no comprendidos en el artículo 866 que por su naturaleza, cantidad o características, pudieren afectar la salud pública;".

22. Art. 2 del Código Penal: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

23. Artículo 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Si bien el tema mereció opiniones encontradas, en líneas generales la jurisprudencia del fuero penal económico y del fuero federal provincial aplicó retroactivamente las modificaciones de los topes monetarios del contrabando menor²⁴.

Actualmente, tanto en doctrina como en jurisprudencia se replanteó la controversia respecto a si la última reforma establecida por la ley 25.986 resulta aplicable o no como ley penal más benigna²⁵.

Recientemente, la CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema, y de una manera indirecta pareció aceptar su aplicación²⁶.

No obstante, dado que dicho precedente no entró en el fondo de la cuestión, procederemos a su análisis para arribar a igual conclusión.

Como dijimos, el límite monetario modificado por la ley referida constituye una causal material de morigeración punitiva. De tal manera, se encuentra fuera del injusto y de la culpabilidad, pudiendo constituir según autorizada doctrina una cuarta categoría denominada "otro presupuesto de punibilidad".

Ahora bien, si la retroactividad de la ley penal más benigna no se reduce al caso de la ley que desincrimina el acto, sino que también debe extenderse a toda disposición penal que por ejemplo, convierta un delito en contravención, o que introduzca una nueva causa de justificación o que cree una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, a todo el contenido que hace recaer pena sobre la conducta²⁷, parecería que la reforma analizada también debería aplicarse en forma retroactiva.

Para poder sostener lo contrario, deberíamos considerar que estamos ante una excepción del principio de retroactividad benigna por tratarse solamente de una actualización del monto anterior (cuestión coyuntural basada en la pérdida del valor de la moneda) o bien, de una ley temporal o transitoria que rigen para un cierto tiempo determinado desde su sanción.

Atento que, como vimos, nada de ello sucedería en la reforma establecida por la ley 25.986, entendemos que resulta aplicable como ley penal más benigna.

24. Al fijar la ley 24.415 dicho límite monetario en \$ 5.000, no obstante tratarse de una actualización se aplicó en forma retroactiva.

25. Ver nota a fallo de Héctor G. VIDAL ALBARRACÍN, Retroactividad de las modificaciones sobre el límite monetario del contrabando menor, efectuadas por la ley 25.986 publicada en Suplemento La Ley de Penal y Procesal Penal del 22 de mayo de 2007, pág. 19 y ss.

26. CSJN "Avila Zanini, Carlos P. y otr. s/rec. De cas." 8-04-08 , A 1708 XLI. En este precedente se rechazó la aplicación retroactiva del art. 947, porque se trataba de un contrabando agravado por el inc. g) y también por el a) del art. 865, que la ley 25.986, había excluido del tipo de contrabando menor. Por ello, dado que el fundamento de la denegatoria fue la extensión del art. 947 a supuestos no previstos legalmente, parecería aceptarlo en los casos mencionados en dicha norma.

27. Cfr. Eugenio Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. Ediar, año 1980, pág. 463 y ss.