

LA CONTRADICCIÓN ENTRE NORMAS PENALES

INTRODUCCIÓN A UN DEBATE

Hernán G. Bouvier*

1. Los sistemas jurídicos contemporáneos son fenómenos complejos. Su complejidad es generada -entre otras cosas- por dos factores: por un lado, por la pluralidad y diversidad del material normativo; por el otro, por la pluralidad y diversidad de sujetos, agentes y operadores jurídicos.

La pluralidad y diversidad del material normativo se manifiesta no sólo en el hecho de que existen múltiples normas, sino también en la multiplicidad de diferentes clases de material normativo. Cuentan entre estas diferentes clases los principios, las reglas y las definiciones. Tal pluralidad y diversidad puede sofisticarse si se agregan subdivisiones como: público/privado, interno/ internacional, local/regional/comunal, legal/judicial.

* CONICET - Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

La pluralidad y diversidad de sujetos, agentes y operadores jurídicos viene generada por la existencia de una suerte *división del trabajo* jurídico. Esta división gira alrededor de la distinción creador/aplicador/seguidor del material normativo. Proyectada sobre una determinada población, la distinción entre creador/aplicador/seguidor genera una distribución de cargas y beneficios normativos. En un sistema jurídico contemporáneo no todos los sujetos tienen los mismos deberes y ámbitos de competencia. Múltiples frases comunes asumen tácitamente la distribución y división de funciones antes referidas. Así, por ejemplo, la frase “nadie puede hacer justicia por mano propia” pretende indicar que ciertas personas deben limitarse a *seguir* ciertas normas y a no *aplicar* por su cuenta otras. Del mismo modo, la expresión “los jueces no pueden legislar” asume en un sentido intuitivo la distinción entre *crear* y *aplicar*.

La combinación de la pluralidad de material normativo y de sujetos con diferentes deberes y competencias puede acarrear serios problemas a la hora de determinar qué se debe hacer de acuerdo a un determinado sistema jurídico.

El trabajo de Juan Pablo Alonso que aquí se presenta parte de un problema generado por la combinación de los factores antes referidos. Esto es, por el problema que se genera cuando existen múltiples normas penales aplicables a un caso, en un contexto en que no necesariamente los deberes y competencias de los ciudadanos son correlativos con los de los jueces.

Las secciones siguientes presentan de manera sucinta las ideas centrales de Alonso y los puntos de su trabajo que son objetados por el resto de los intervinientes en la discusión.

2. En su trabajo “*Normas penales y conflicto de deberes*” (de ahora en adelante NP) Juan Pablo Alonso analiza el conflicto que podría darse entre dos artículos del Código Penal argentino: el 302 inc.1 (libramiento de cheques sin provisión de fondos) y el 176 inc.3 (quiebra fraudulenta).

El problema (simplificado de manera deliberada) es el siguiente: en Argentina existe la obligación de pagar los cheques (o proveer fondos para su pago) y también está prohibido que los deudores

sometidos a proceso concursal hagan pagos por fuera del proceso en cuestión. Por tanto, si uno y el mismo sujeto ha librado un cheque sin provisión de fondos y a su vez se encuentra bajo un proceso concursal, surge un dilema normativo: o bien paga el cheque y se exonera de la responsabilidad penal por el libramiento de cheques sin fondos, pero incurre en el delito de quiebra fraudulenta; o bien no paga el cheque, incurre en el delito de emisión de cheques sin provisión de fondos, aunque respeta el deber de no pagar por fuera del concurso. Dicho de manera frontal: pague o no pague, recibirá una sanción penal. Si paga el cheque, será sancionado por violación de las reglas del proceso concursal; si no lo paga, será sancionado por emisión de cheques sin provisión de fondos. Estaríamos en un caso de conflicto de deberes. Aunque desde el punto de vista normativo la situación es algo más compleja (y está detallada en NP) alcanza para ilustrar el problema que pretende enfrentar Alonso.

El conjunto de normas que el ciudadano debe seguir puede llamarse sistema normativo del ciudadano (de ahora en adelante SC). Como se acaba de ver, SC parece contener una contradicción porque ordena al ciudadano, en la hipótesis analizada, pagar el cheque y no pagarlo al mismo tiempo.

Así como es posible hablar de un sistema normativo del ciudadano, también es posible hablar de un sistema normativo del juez (de ahora en adelante SJ). En el SJ, sin embargo, no parece surgir el problema indicado con respecto a SC.

En efecto, para el sistema del juez parece no surgir antinomia alguna. Si el sujeto X ha pagado el cheque, entonces es obligatorio sancionarlo en virtud del artículo de quiebra fraudulenta. Si no lo ha pagado, es obligatorio sancionarlo en virtud del artículo de libramiento de cheques sin fondos. Tenemos por tanto un sistema antinómico (el del ciudadano), y otro que no lo es (el del juez). Para mostrar la discordancia entre el SC y el SJ Alonso apela a herramientas sofisticadas (provenientes del enfoque de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin).

Suele sostenerse que bajo condiciones ideales el SJ y el SC pueden llegar a ser *compatibles*. La terminología puede ser algo equívoca. Lo que habría que decir es que bajo condiciones ideales SJ y SC pueden ser especulares, en el sentido de que los dos sistemas

comparten las mismas propiedades. Sin embargo, existen casos *patológicos*. La contradicción que aquí surgiría en el SC puede ser tomada como patológica porque da lugar a una discordancia entre los dos sistemas. Esta discordancia patológica genera los interrogantes que pretende enfrentar Alonso.

Existe una consideración teórica que permite comenzar a analizar el fenómeno de discordancia que acabamos de ver (aunque no agota su análisis). Esta consideración es adoptada por Alonso en NP y parte de algunas ideas de Kelsen.

Según Kelsen, es posible hablar de dos tipos de normas, las primarias y las secundarias. Una norma primaria es aquella que manda a sancionar un determinado supuesto de hecho, y tiene como *destinatario* a un funcionario o juez. Así por ejemplo, el artículo 79 del CP argentino impone sancionar a quien mata a otro y resulta intuitivo inferir que quien *debe* realizar la acción de sancionar es un funcionario o juez. De las normas primarias así concebidas sería posible inferir conceptualmente una norma secundaria que se dirige al ciudadano y que manda llevar adelante la conducta opuesta a aquella que merece sanción. Así, de la norma primaria que manda a sancionar si alguien mata a otro podría inferirse la norma secundaria según la cual es *obligatorio* no matar o está *prohibido* matar. También puede tomarse una terminología diferente y hablar de normas de sanción y de conducta. En todo caso, lo que aquí sucede es que el sistema normativo al que da lugar la conjunción de normas primarias (dirigidas al juez) no es antinómico, pero las consecuencias de tales normas (i.e. las normas secundarias dirigidas al ciudadano) sí generan una contradicción.

Asumido entonces que existe una discordancia entre el SJ y SC restaría preguntarse cuáles son las opciones posibles. Según Alonso, el SJ debería ser en algún sentido sensible al SC. Es decir, la antinomia en cuestión debería repercutir de alguna manera en aquello que debe hacer o dejar de hacer el juez. La pregunta es en qué medida.

Las opciones parecen ser 3. En primer lugar, condena bajo cualquier supuesto. En segundo lugar, condena bajo un supuesto y absolución en el otro. En tercer lugar, absolución bajo cualquier supuesto.

3. En NP la condena bajo cualquier supuesto es rechazada en base a dos consideraciones.

En primer lugar, la de dominabilidad de la acción de pagar o no pagar por el autor. La aplicación de los tipos penales por separado, como cualquier tipo penal, exigen que la acción (de pagar para nuestro caso) sea dominable. Esta es, tradicionalmente, una cuestión fáctica. Bajo el supuesto aislado de aplicación del 302 hay que mostrar que el sujeto podía pagar el cheque, bajo el supuesto aislado del 176 que el sujeto podía no pagar. Sin embargo -y trasladando por analogía el problema de dominabilidad fáctica a la normativa-, la posibilidad de pagar o no pagar no sería dominable por el sujeto (si las dos normas son aplicables al caso).

En segundo lugar, dado que la norma secundaria dirigida al ciudadano es el producto de una compleja inferencia deductiva (producto de la conjunción entre los dos artículos involucrados) no resultaría fácil para el ciudadano inferir la existencia de la norma *derivada* que indica pagar en cualquier caso. Por tanto estaría en juego la violación del principio de legalidad (leyes claras, estrictas, públicas, cognoscibles, etc.).

Estas dos consideraciones parecen ser suficientes para rechazar la hipótesis de condena en cualquier supuesto. Dicho de otra manera, en NP se considera indefendible el supuesto de insensibilidad del SJ a la antinomia del SC.

La segunda hipótesis de solución consiste en condenar bajo un supuesto y absolver en el otro. Para analizar esta hipótesis hay que resolver dos problemas: en primer lugar, si hay un orden jerárquico entre los bienes en cuestión; en segundo lugar, qué es lo que el agente creía acerca de tal orden. Si se decide que los bienes involucrados son jerarquizables (i.e. que un bien es más importante que el otro) surgen dos posibilidades. Por un lado, es posible exonerar al sujeto que paga y acierta en la jerarquización de valores (vía el estado de necesidad justificante). Por el otro, si el sujeto paga y yerra en la jerarquización, deberá ser exonerado vía algún tipo de error (de tipo o de prohibición). Para nuestro caso, todo esto sería relevante si pudiera mostrarse qué bien jurídico es más importante. Si el protegido por el 176 (patrimonio

universal de los acreedores) o el protegido por el 302 (fe pública en el comercio). Sin embargo, no resulta claro cómo se va a decidir tal cuestión.

El criterio “mayor pena-mayor valor del bien jurídico protegido” es descartado por Alonso por dos razones: porque es un criterio equívoco (algo puede no tener pena o tener menos pena y ser más valioso), y porque las penas involucradas en ambos casos son similares.

Alonso cree que no hay posibilidad de jerarquizar los valores de los bienes en cuestión, y dado que el dilema es de alguna manera “trágico” habría que exonerar al sujeto de todos modos. Apoyándose en algunas ideas de Roxin, considera que haga lo que haga la persona deberá ser exonerada de responsabilidad por ausencia de antijuridicidad.

Tenemos, por lo tanto, la siguiente estructura del trabajo de Alonso.

En primer lugar un *estilo* que apela a herramientas de la teoría analítica del derecho (Alchourrón y Bulygin) y algunas consideraciones apoyadas en Kelsen, para luego ingresar en consideraciones de dogmática penal.

En segundo lugar, un *diagnóstico*. Apelando a las herramientas analíticas y a consideraciones sobre normas no-derivadas y derivadas (o primarias y secundarias) identifica un desacople entre el sistema del ciudadano y el del juez. De acuerdo a este diagnóstico el sistema del ciudadano es antinómico, el sistema del juez no lo es.

En tercer lugar, tres posibilidades de solución que dependen, en gran medida, de la posibilidad de jerarquizar los bienes jurídicos tutelados por las normas penales en cuestión.

Por último, la elección de una *solución* especial: no castigar en ninguno de los supuestos en virtud de que la persona se encontraba frente a un conflicto de deberes que protegen bienes de igual valor, lo cual excluye la antijuridicidad de su conducta.

4. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno en “Martillos y clavos: una respuesta a ‘Normas penales y Conflicto de deberes’” objeta (una parte) del *estilo*, pero también el *diagnóstico* y la *solución*. En cuanto al *estilo* objeta la utilidad (para éste problema, y sólo para éste) de combinar

consideraciones de filosofía analítica con cuestiones de dogmática penal. Bastaría apelar a la discusión dogmática para solucionar las supuestas perplejidades. En cuanto al *diagnóstico*, considera que la supuesta discordancia entre el sistema del ciudadano y el sistema del juez se debe a que Alonso ha omitido considerar en su análisis otras categorías jurídico-dogmáticas. La supuesta discordancia sólo surgiría si se reconstruyen formalmente los elementos del tipo, y desaparecería si se consideran los eximentes de responsabilidad penal. Por último, objeta la *solución* de Alonso. Esta solución, como se vio, depende de un compromiso previo: la idea de que no es posible jerarquizar los bienes. Ortiz de Urbina considera que la jerarquización es posible. Por un lado, porque no es clara la idea según la cual un tipo penal protege un bien jurídico colectivo y el otro uno individual. Por el otro, porque basándose en las penas estipuladas para cada uno de los delitos, surgen diferencias evidentes que no pueden ser soslayadas. De esto se sigue, según “Martillos y clavos:...” , que sólo se puede eludir la responsabilidad penal cumpliendo el deber de mayor jerarquía, el cual resulta ser el de respetar las reglas del concurso. En definitiva, hay un conflicto de deberes, éstos son jerarquizables, y la dogmática penal da una respuesta clara a esta situación (vía el estado de necesidad por colisión de deberes).

En “Deberes Jurídicos, Teoría del Derecho y Dogmática Penal” Luís Duarte d’Almeida objeta una parte del *estilo* lo cual lleva a cambios radicales en el *diagnóstico* y la *solución*. En efecto, Duarte d’Almeida considera que el modo en que Alonso utiliza la distinciones kelsenianas es equivocado. En esto introduce una interesante disquisición con el propósito de mostrar que la posibilidad de derivar normas secundarias de normas primarias suele ser mal interpretada (no sólo por Alonso, sino por muchos otros autores). Una vez que se cae en la cuenta de que la norma primaria (de la cual extrae Alonso la norma secundaria) en realidad es incompleta, el problema indicado en NP desaparece. El argumento es similar en su conclusión al de Ortiz de Urbina Gimeno, aunque las premisas son diferentes. Una vez que se entiende adecuadamente cómo derivar normas secundarias de normas primarias, y una vez que se comprende que, en realidad, hay serios malentendidos sobre lo que pretendía Kelsen, el problema no es tal. La norma primaria o de sanción, en este caso, deberá incorporar numerosos

datos (v.g. eximentes de responsabilidad) y estos datos dependen de la norma secundaria o de conducta. En este sentido, la norma de conducta es lógicamente prioritaria a la de sanción.

Las dos intervenciones restantes no hacen observaciones con respecto al *estilo*, esto es, a la combinación de ideas analíticas y dogmáticas (o a la utilización de las primeras) sino que eligen concentrar sus argumentos en cuestiones de dogmática penal.

Alejandra Verde en “Fundamento y límites de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal” objeta el *diagnóstico* según el cual existiría un conflicto deberes, lo cual repercute en la *solución*. Sus consideraciones se basan en dos puntos: uno basado en la dogmática y normativa alemana, el otro basado en la normativa argentina.

Para Verde, en NP se ha omitido realizar una distinción de central importancia para la dogmática penal alemana: aquella entre deberes de acción y de omisión. Alonso trata el problema como conflicto entre deberes de acción, cuando en realidad uno sería de acción y otro de omisión. La distinción propuesta tendría una consecuencia en la jerarquización pues estaría justificada la acción de omitir el pago. Dicho de otra manera, la acción estará justificada si (y sólo si) el autor respeta el deber de *no* pagar. En definitiva, si se opta por apelar a la dogmática penal alemana, a la normativa germana (o a ambas) debería existir un cambio drástico en la *solución*.

Si se opta -en cambio- por solucionar el caso de acuerdo a la normativa argentina, la autora entiende que es posible llevar adelante una jerarquización ya no estrictamente de los bienes en juego sino de los normas en cuestión. Si se lleva adelante esta jerarquización, puede justificarse uno de los resultados en virtud del cumplimiento de un deber (art. 34, inc.4 del CP argentino). La propuesta requiere, entonces, ver qué norma o deber prima sobre el otro y en virtud de cuál criterio. A diferencia de las jerarquizaciones propuestas por los otros autores de esta discusión, Verde apela al criterio especial-general. Según la autora, el deber específico de quien es declarado en quiebra es “especial” con respecto al deber general de no violar la fe pública. Dicho de otra manera, una vez declarado en quiebra, se tiene el deber específico de no pagar el cheque en cuestión. Tal jerarquización, además, puede combinarse con el criterio del bien “más importante”. Según su

concepción, para el caso analizado, el deber de no pagar en virtud del artículo sobre quiebra fraudulenta es específico, pero a su vez es más importante en virtud de otras consideraciones.

Por último se encuentra el artículo “Acerca de la función de las escalas penales” de José Milton Peralta. Al igual que Verde, Peralta decide centrarse en consideraciones de derecho penal, aunque sus premisas y conclusiones son diferentes a las que acabamos de ver. Sus argumentos parecen ser, al menos, cuatro.

En primer lugar objeta el *diagnóstico* o, más bien, su presupuesto. Esto es, la idea de Alonso según la cual las escalas penales no son buen indicio para ponderar y jerarquizar los bienes jurídicos protegidos. Peralta considera que bajo ciertas condiciones -y teniendo en cuenta una cierta forma de concebir el derecho- las escalas penales pueden indicar el valor o la importancia de los bienes jurídicos en juego o cuál de las acciones es más importante. Salvo consideraciones ulteriores (que Alonso no brinda), no hay por qué renunciar al valor indiciario de las escalas penales. Esto tiene por consecuencia directa un cambio drástico en las soluciones.

En segundo lugar, objeta el abordaje conceptual de Alonso según el cual dado que no hay posibilidad de jerarquización, no habrá antijuridicidad alguna. Según Peralta, para poder sostener que no hay antijuridicidad hay que sostener que por lo menos una de las normas tiene que “regir” sobre la otra. Sin embargo, esto es contradictorio con decir que ninguna “rige”. Para Peralta no podría aceptarse que las normas se “deroguen” mutuamente. Por su parte, como consecuencia de esta observación lo que habría que concluir es que no puede establecerse cuál es la conducta típica. Esto, antes que llevar a excluir la antijuridicidad como pretende Alonso, debería excluir la tipicidad. Haga lo que haga la persona, su conducta será atípica.

En tercer lugar, le resulta dudoso a Peralta el modo en que Alonso trata la “indominabilidad del hecho”. Existe al menos una hipótesis imaginable en la cual la persona en cuestión puede evitar el dilema normativo. Bajo esta consideración, el sujeto debería evitar *emprender* una conducta que implique el riesgo de colocarse en el conflicto en cuestión.

Por último, basándose en consideraciones de derecho positivo -en conjunción con lo apuntado con respecto a la dominabilidad del hecho- parece surgir la posibilidad de aplicar a la persona una figura penal no considerada por Alonso.

Estas son, a grandes rasgos, las consideraciones que dirigen contra Alonso sus críticos. Como puede verse, el artículo a discutir -al conjugar consideraciones de teoría del derecho y derecho penal- abre un sinnúmero de frentes. Desde aquellos meramente conceptuales a otros que combinan problemas conceptuales con problemas de derecho positivo.