

NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE DEBERES¹

Juan Pablo Alonso²

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Dos nociones de “Deber Jurídico”

La ciencia jurídica ha analizado, al menos, dos nociones diferentes de “deber jurídico”, teniendo en consideración su diversa formulación positiva.

La primera noción, que llamaré “estándar”, da cuenta de la existencia de normas que, explícitamente, estipulan la obligatoriedad de realizar ciertas conductas. En esta noción, existe el deber jurídico de hacer p, cuando existe una norma positiva que así lo estipula (por ej. una norma que señale “es obligatorio pagar los impuestos”).

¹Algunas ideas desarrolladas en este trabajo tienen su origen en una monografía del abogado Juan Andrés Cumiz, quien fuera alumno mío en un posgrado en Derecho Penal que dicté de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, República Argentina) durante los años 2005 y 2006; monografía que realizó bajo mi tutoría. Con su permiso desarrollé el presente; para él, mi reconocimiento por su excelente tarea.

² Universidad de Buenos Aires.

Noción estándar: Op “Op” Cn ³

[Existe el deber jurídico de hacer p (“Op”), cuando la norma “Op” (Obligatorio p) pertenece () a las consecuencias del sistema jurídico]

La segunda noción de deber jurídico ha sido especificada por Hans Kelsen, en el capítulo dedicado a “Estática Jurídica” de su *Teoría Pura del Derecho* [Kelsen, 1960].

... una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción. [Kelsen 1960, 129]

Según esta noción, cuando una norma estipula una sanción para la conducta $\neg p$, entonces existe el deber jurídico de hacer p. Por ejemplo: existe el deber jurídico de pagar los impuestos porque existe una norma que atribuye una sanción (de multa, por ejemplo), a quien no paga los impuestos.

Noción kelseniana: Op “ $\neg p \Rightarrow OS$ ” Cn ⁴

[Existe el deber jurídico de hacer p, cuando la norma “ $\neg p \Rightarrow OS$ ” (si no p entonces Obligatorio Sanción) pertenece () a las consecuencias del sistema jurídico]

Dados los diferentes modos de positivización, estas dos nociones de deber jurídico son irreductibles entre sí: se corresponden

³ La formalización lógica aquí utilizada sigue a “Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas” de Carlos Alchourrón [ver Alchourrón 1969]; la fórmula “Op” representa una proposición normativa; la fórmula “Op” representa una norma.

⁴ La fórmula “ $p \Rightarrow Oq$ ” es una manera estándar de representación de normas hipotéticas, en donde se enlaza el caso genérico (“p”) con una solución normativa (“Oq”). La conectiva “ \Rightarrow ” es el condicional generalizado que satisface las leyes lógicas del *modus ponens* deóntico, la ley del refuerzo del antecedente y el silogismo categórico. Sobre el punto puede verse Alchourrón [1988].

con dos maneras distintas en que el legislador formula la base del sistema.

Los sistemas jurídicos ofrecen numerosos ejemplos de esta variedad. A veces los deberes jurídicos se formulan del modo estándar, otras veces del modo kelseniano, y en otras ocasiones de ambos modos.

Un ejemplo de formulación estándar es el viejo artículo 86 inc. 21 de la Constitución de la Nación Argentina (antes de la reforma constitucional de 1994), que establecía la obligación del Presidente de la Nación de no ausentarse de la sede del gobierno nacional sito en la Ciudad de Buenos Aires, debiendo pedir autorización al Congreso a tal efecto (“El Presidente de la Nación... No puede ausentarse del territorio de la Capital, sino con permiso del Congreso”).

Un ejemplo de formulación kelseniana es el artículo 79 del Código Penal Argentino, que establece la obligación de no cometer homicidio mediante la atribución de una pena privativa de libertad de ocho a veinticinco años a quien lo cometiera (“Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro ...”).

Un ejemplo de formulación de ambos modos lo ofrece la ley argentina N° 11.683 (Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social), que en sus capítulos II (“Sujetos de los deberes impositivos”) y III (“Determinación y percepción de impuestos”) establece las obligaciones tributarias de los contribuyentes, y en su capítulo VI (“Intereses, ilícitos y sanciones”) establece diversos tipos de sanciones para el incumplimiento de los deberes establecidos en los capítulos anteriores.

1.2. “Norma Primaria” y “Norma Secundaria” en Kelsen

La noción kelseniana de “deber jurídico” supone la distinción entre norma primaria y norma secundaria. La norma primaria es la que enlaza una sanción a una determinada conducta, mientras que la secundaria estipula cuál es el deber jurídico que se deriva de la norma primaria [Kelsen 1960, págs. 67 y ss., 129 y ss.]⁵.

⁵ Como señala Nino [1983, 84, ss.], la derivación kelseniana de la norma secundaria en función de la norma primaria no es una derivación lógica, sino una derivación por definición del concepto de “deber jurídico”.

Kelsen sostiene que los sistemas jurídicos, en tanto órdenes coactivos, sólo se componen de normas primarias, considerando a las normas secundarias como superfluas; afirma, incluso, que las únicas normas jurídicas genuinas son las que estipulan sanciones [Kelsen 1960, 38 y ss.]⁶.

Más allá de las fundadas críticas a esta tesis kelseniana, lo cierto es que en el ámbito del derecho penal la distinción entre normas primarias y secundarias es de suma utilidad; las partes especiales de los códigos penales contemporáneos enumeran diversas conductas susceptibles de sanciones penales, no explicitándose los deberes jurídicos que tales conductas suponen. En palabras de Kelsen:

Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en las cuales, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, sino que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos. Aquí se ve claramente que la norma que establece “No debes matar” es superflua, si existe una norma válida que establezca que “Quien mate, será sancionado penalmente”... [Kelsen, 1960: 67/68]

El pasaje de la “norma primaria penal” al “deber jurídico penal”, sería el siguiente:

1. Norma Primaria: HMC \Rightarrow OS (Si comete homicidio, es obligatorio sancionar)

2. Norma Secundaria: V HMC (Prohibido –vedado- cometer homicidio)
(Derivación de 1. por definición kelseniana)

⁶ Esta tesis de Kelsen ha sido objeto de numerosas críticas, destacándose aquella que señala que la misma impide dar cuenta de la variedad tipológica de normas que presentan los sistemas jurídicos contemporáneos. [Hart 1961, y Atienza y Ruiz Manero 1996]

3. Deber Jurídico: O \neg HMC (Obligatorio no cometer homicidio)
(Derivación de 2 por definición de
“Obligatorio”)⁷

Las normas primarias y las secundarias son normas de obligación, pero con contenidos y destinatarios distintos.

Ambas son normas de deber. Siguiendo la clasificación del punto anterior, la norma primaria responde a la noción estándar de deber jurídico (la obligación de sancionar es explícitamente formulada). Por su lado, la norma secundaria responde a la noción kelseniana de deber jurídico (la obligación de hacer u omitir surge por derivación).

Las normas primarias son normas dirigidas a los jueces penales, obligándoles a imponer sanciones en el marco un proceso judicial en el que se verifique el acaecimiento de la condición de aplicación (la acción típica).

Las normas secundarias se dirigen a los ciudadanos en general, estableciendo obligaciones de hacer u omitir diversas conductas.

1.3. El “Sistema Primario” (del juez) y el “Sistema Secundario” (del ciudadano).

Un subconjunto de normas primarias regula la actividad sancionatoria del juez penal respecto de un Universo del Discurso (UD) determinado. Por ejemplo, los arts. 89 a 93 del código penal argentino regulan las diferentes sanciones penales que deben imponer los jueces cuando verifican la comisión de las diversas clases de lesiones (leves, graves y gravísimas; agravadas y atenuadas). Llamaré a este subconjunto “sistema primario” o “sistema del juez”.

Un subconjunto de normas secundarias regula la conducta de los ciudadanos respecto de un UD determinado. Por ejemplo, diversas disposiciones del código penal argentino y del código procesal penal federal argentino (arts. 156 y 277 cód. penal y 177 cód. procesal, por

⁷ Las lógicas deónticas estándares admiten la interdefinibilidad de los caracteres normativos “Obligatorio” y “Prohibido” ($Vp \equiv O\neg p$; $V\neg p \equiv Op$) [Alchourrón 1969, Alchourrón y Bulygin 1976, von Wright 1963, Moreso 1997, entre otros].

ejemplo), regulan el secreto profesional, estipulándose el deber de guardar secreto bajo ciertas circunstancias (i.e. relación médico-paciente) y, contrariamente, el deber de no guardar secreto (obligación de revelarlo) bajo otras circunstancias (i.e. conocimiento de una herida de arma de fuego). Tales deberes surgen por “derivación kelseniana”, toda vez que las conductas opuestas están correlacionadas con sanciones. Llamaremos a este subconjunto “sistema secundario” o “sistema del ciudadano”.

Las relaciones entre el “sistema del juez” y el “sistema del ciudadano” fueron analizadas en *Normative Systems* por Alchourrón y Bulygin [1971: 211 y ss.], dando cuenta de la existencia de compatibilidad entre ellos bajo circunstancias ideales: la completud y consistencia de ambos sistemas normativos. Tal compatibilidad no se presenta ante sistemas normativos patológicos; puntualmente, los autores advierten de la existencia de indeterminación normativa en el sistema del juez (*prima facie* completo y consistente) cuando el sistema del ciudadano posee lagunas normativas [Alchourrón y Bulygin, 1971: 214 y ss.].

En este trabajo analizaré las relaciones entre el “sistema del juez” y el “sistema del ciudadano” en el específico ámbito del derecho penal, explorando una distinta alternativa patológica: las peculiares reacciones del sistema normativo del juez (*prima facie* completo y consistente) ante la existencia de conflictos de deberes jurídico-penales en el sistema del ciudadano.

Puntualmente, analizaré conflictos de deberes jurídico-penales emergentes del tipo del delito de quiebra fraudulenta (art. 176 inc. 3° del cód. penal argentino) y el tipo del delito de libramiento de cheques sin fondos (art. 302 inc. 1° del cód. penal argentino).

2. LAS NORMAS PRIMARIAS (EL SISTEMA DEL JUEZ).

2.1. Art. 176 inc. 3° del código penal argentino.

Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 3 a 10 años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude a sus

acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes:
... 3º) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

La norma reprime la violación de la *pars conditio creditorum*, principio explicitado por la ley argentina de concursos y quiebras (anterior N° 19.551, actual N° 24.522), que señala que deudor y acreedores deben sujetarse a las reglas del concurso; una instancia de este principio es que el pago de las deudas preconcursales debe realizarse por los canales previstos normativamente; canales que suponen demoras de tramitación procesal, juntas y acuerdos globales homologados judicialmente, quitas, esperas, pago en cuotas anuales de manera prorrateada, etc.

Una de las formas usuales de “conceder ventajas indebidas al acreedor” es proceder al pago total de una deuda, sin quita ni espera, por fuera de las normas concursales y en desmedro de los restantes acreedores.

Para formalizar la norma primaria cabe aislar los siguientes elementos del antecedente de la sanción:

- deudor sujeto a las reglas del concurso, declarado en quiebra (DCQ)
- pago de deudas fuera de las reglas concursales (PGR)

Norma Primaria: DCQ & PGR \Rightarrow OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]⁸

(Si es un deudor sujeto a las reglas del concurso, declarado en quiebra, que paga una deuda por fuera de las reglas concursales,

⁸ El lector podría objetar el modo en que se han aislado los diferentes elementos de este tipo penal, señalando, por ejemplo, que la circunstancia “DCQ” (ser un deudor sujeto a las reglas del concurso y declarado en quiebra) debe ser desagregada en mayor cantidad de elementos. Cabe señalar, al respecto, que interesa aislar la circunstancia “PGR” (pagar por fuera de las reglas del concurso) del resto de los elementos del tipo penal analizado. Si bien es cierto que el tipo penal podría desagregarse en mayor cantidad de componentes, tal desagregación no redundaría en un mayor potencial explicativo de este trabajo y, complementariamente, obligaría a ampliar nuestro Universo de Casos, tornando un tanto inmanejable la matriz del sistema normativo.

entonces es obligatorio imponer sanción penal de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial de tres a diez años).

2.2. Art. 302 inc. 1º del código penal argentino.

Será reprimido con prisión de 6 meses a 4 años e inhabilitación especial de 1 a 5 años, siempre que no concurren las circunstancias del art. 172:

1º) el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las 24 horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.

Para formalizar la norma primaria cabe aislar los siguientes elementos del antecedente de la sanción:

- Cheque rechazado por falta de fondos (o por ausencia de autorización para girar en descubierto), intimado de pago (CHR)
- Pago de la deuda dentro de 24 hs. (cancelación del cheque) (PGR)⁹

Norma Primaria: CHR & -PGR ⇒ OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]¹⁰

(Si libró un cheque que fue rechazado sin fondos o sin autorización para girar en descubierto, y no lo paga dentro de 24 hs. de intimado, entonces

⁹ Podría objetarse que se haya utilizado la misma simbología ("PGR") para la descripción de dos acciones que no son idénticas ("pagar por fuera de las reglas concursales" y "pagar el cheque"). Sin embargo, como se verá, en algunas ocasiones se tratará de la misma acción que puede describirse de cualquiera de las dos formas, sea afirmando que se pagó un cheque, sea afirmando que se pagó por fuera de las reglas concursales.

¹⁰ Al igual que en la norma anterior, la desagregación de los elementos del tipo penal en mayor cantidad de componentes no aumentaría el potencial explicativo de este trabajo, y tornaría un tanto inmanejable la matriz por la expansión del Universo de Casos que tal desagregación importa.

es obligatorio imponer sanción penal de seis meses a cuatro años de prisión e inhabilitación especial de uno a cinco años).

2.3. La matriz del sistema primario (del juez).

NP 176: DCQ & PGR \Rightarrow OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]

NP 302: CHR & \neg PGR \Rightarrow OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]

	DCQ	CHR	PGR	NP 176	NP 302
1	+	+	+	OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]	
2	+	+	-		OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]
3	+	-	+	OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]	
4	+	-	-		
5	-	+	+		
6	-	+	-		OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]
7	-	-	+		
8	-	-	-		

La matriz muestra que el sistema primario es consistente aunque, *prima facie*, incompleto. Analizaré, en primer lugar, los casos del Universo de Casos (UC) que carecen de solución normativa.

El caso 4) se trata de una persona sujeta a las reglas del concurso que no libró un cheque rechazado y no abonó deuda alguna por fuera de las reglas concursales (no violó la *pars conditio creditorum*).

El caso 5) se trata de una persona no sujeta a las reglas del concurso, que libró un cheque rechazado por falta de fondos y lo abonó dentro de las 24 horas de intimado.

El caso 7) se trata de una persona no sujeta a las reglas del concurso, que no libró un cheque rechazado y que pagó una deuda.

El caso 8) se trata de una persona no sujeta a las reglas del concurso que no libró un cheque rechazado y no abonó deuda alguna.

Estos cuatro casos son, *prima facie*, penalmente atípicos, por lo que el Juez tendrá la prohibición de sancionar penalmente, a menos que verifique que se ha incurrido en alguno de los otros tipos penales, taxativamente previstos, distintos de los aquí analizados. Por tanto, el sistema se completa, respecto de estos cuatro casos, mediante la regla de clausura penal *nullum poena, nullum crime sine lege praevia*¹¹.

Subsiguientemente, corresponde analizar los casos de UC que se encuentran correlacionados con sanciones penales.

El caso 1) se trata de un deudor sujeto a las reglas de concurso, que ha librado un cheque, luego rechazado sin fondos, y que paga el cheque dentro de las 24 hs. de intimado. En función de la norma N 176, corresponde imponer una sanción penal (de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación de 3 a 10 años) debido a que, al pagar por fuera de las reglas de concurso, violó la *pars conditio creditorum*.

El caso 2) se trata de un deudor sujeto a las reglas del concurso, que ha librado un cheque, luego rechazado sin fondos, y que no pagó el cheque dentro de las 24 hs. de intimado. En función de la norma N 302, corresponde imponer una sanción penal (de 6 meses a 4 años de prisión e inhabilitación de 1 a 5 años), debido al no pago del cheque rechazado e intimado en tiempo y forma.

El caso 3) se trata de un deudor sujeto a las reglas del concurso, que no ha librado un cheque rechazado, y que paga una deuda por fuera de las reglas del concurso. En función de la norma N 176, corresponde imponer una sanción penal (de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación de 3 a 10 años) debido a que violó la *pars conditio creditorum*.

El caso 6) se trata de una persona no sujeta a las reglas del concurso, que libró un cheque, luego rechazado sin fondos, y que no pagó el cheque dentro de las 24 hs. de intimado. En función de la norma N 302, corresponde imponer una sanción penal (de 6 meses a 4 años de

¹¹ En un trabajo anterior he analizado en detalle el funcionamiento metanormativo del principio de clausura en derecho penal [Alonso, 2006: 136, ss.].

prisión e inhabilitación de 1 a 5 años), debido al no pago del cheque rechazado.

Habida cuenta lo analizado, puede afirmarse que el sistema primario (del juez) es consistente (ningún caso está correlacionado con soluciones normativas incompatibles) y completo respecto de la acción de sancionar penalmente (si está tipificado corresponde imponer la sanción penal enlazada al antecedente; si no está tipificado está prohibido sancionar penalmente en virtud de la regla de clausura)¹².

2.4. Los casos 1) y 2) del sistema primario.

El lector habrá advertido cierta problemática en los casos 1) y 2) del sistema primario. Ambos casos coinciden en que se trata de un deudor sujeto a las reglas del concurso, y que ha librado un cheque, luego rechazado sin fondos. En el caso 1) el agente paga el cheque, debiendo ser sancionado en función de la norma NP 176 (por violación a la *pars conditio creditorum*). En el caso 2) el agente no paga el cheque, por lo que debe ser sancionado en función de la norma NP 302 (no abonar el cheque rechazado dentro de las 24 hs. de intimado.)

Si bien el sistema primario aparece como no problemático a este respecto, pueden existir dudas respecto de cuál es el deber jurídico del ciudadano que se encuentra sujeto a esta situación normativa, con relación a la conducta de pagar (o no pagar) el cheque.

Pero lo cierto es que el sistema primario no recoge esta cuestión, ya que el Universo de Acciones (UA) se refiere a la acción de “sancionar penalmente”, siendo el destinatario de este sistema primario el juez penal. Para elucidar la problemática sobre si existe conflicto normativo respecto del ciudadano es menester analizar el sistema secundario con relación a la acción de “pagar”.

En el sistema primario, la acción de “pagar” forma parte del Universo de Propiedades (UP); es menester desplazar la acción de pagar del Universo de Propiedades (UP) del sistema primario al Universo de

¹² Para las nociones de “consistencia” y “completud” de los sistemas normativos puede consultarse Alchourrón y Bulygin 1971 [100, ss.]

Acciones (UA) del sistema secundario: concretamente, me interesa analizar el sistema secundario en el cual la acción de pagar sea el único elemento el Universo de Acciones (UA), de tal forma de poder elucidar sus diversas caracterizaciones deónticas.

3. LAS NORMAS SECUNDARIAS (EL SISTEMA DEL CIUDADANO)

3.1. Art. 176 inc. 3º del código penal argentino.

Norma Primaria: DCQ & PGR \Rightarrow OS [P(2a/6a) & IE(3a/10a)]

Norma Secundaria: V (DCQ & PGR)

(Prohibido ser un deudor en proceso concursal declarado en quiebra que paga por fuera de las reglas del concurso)

Deber Jurídico: O \neg (DCQ & PGR)

La norma secundaria y el deber jurídico han sido obtenidos mediante la aplicación de la regla de conversión kelseniana; por ello, ambas son normas categóricas.

Ahora bien, lo que nos interesa es reconstruir la matriz del sistema secundario, por lo que necesitamos de normas secundarias del tipo hipotéticas (no normas categóricas); esto es, normas representadas como enunciados condicionales que correlacionen casos con soluciones normativas [Alchourrón y Bulygin 1971, 37].

Puntualmente, nos interesa la caracterización deóntica de la acción de “pagar”, ya que la pregunta normativa gira en torno a cuál es el deber jurídico de quien, encontrándose en proceso concursal, es intimado al pago de un cheque rechazado.

En el sistema primario analizado anteriormente, la acción de “pagar” forma parte del Universo de Propiedades (UP) configurativo del Universo de Casos (UC); mientras que el Universo de Acciones (UA) de tal sistema primario está compuesto por la acción de “sancionar

penalmente”. En el sistema secundario, interesa que la acción de “pagar” forme parte del UA, de tal forma de poder evaluar las eventualmente distintas caracterizaciones deónticas de tal acción.

Del art. 176 inc. 3 del código penal argentino, surge que la situación de estar sujeto a un proceso concursal no está prohibida; la prohibición se dirige a quien, estando en un proceso concursal viola la *pars conditio creditorum* al pagar deudas por fuera de las reglas concursales. Por tanto, el deber jurídico hipotético sería el siguiente:

Deber Jurídico hipotético: DCQ \Rightarrow O \neg PGR

(Si es un deudor sujeto a las reglas del concurso entonces está prohibido -es obligatorio omitir- pagar por fuera de tales reglas)

3.2. Art. 302 inc. 1º del código penal argentino.

Norma Primaria: CHR & \neg PGR \Rightarrow OS [P(6m/4a) & IE(1a/5a)]

Norma Secundaria: V (CHR & \neg PGR)

Deber Jurídico: O \neg (CHR & \neg PGR)

A diferencia del art. 176, donde señalamos que la ley permitía estar en proceso concursal, no puede afirmarse que la ley permita librar cheques sin fondos. Sin embargo, el mero libramiento de cheques sin fondos no es pasible de sanción penal, no obstante la posibilidad de ser sancionado civil, comercial o administrativamente. Pero desde el punto de vista penal se requiere, además del rechazo sin fondos, la intimación documentada al librador y el no pago del cheque por parte del intimado.

Siendo esto así, quien se encuentra en la situación de haber librado un cheque, rechazado sin fondos, e intimado al pago, tiene la obligación de pagarlo en veinticuatro horas, ya que si no lo hace será pasible de sanción penal. El deber jurídico hipotético sería el siguiente:

Deber jurídico hipotético: CHR \Rightarrow O PGR

(Si libró un cheque rechazado sin fondos, y se encuentra intimado al pago, entonces es obligatorio pagar el cheque)

3.3. La matriz del sistema secundario (del ciudadano)

NS 176: DCQ \Rightarrow O -PGR

NS 302: CHR \Rightarrow O PGR

	DCQ CHR	NS 176	NS 302
1	+ +	O -PGR	O PGR
2	+ -	O -PGR	
3	- +		O PGR
4	- -		

El caso 4) se trata de una persona que no se encuentra sujeta a proceso concursal y que no libró un cheque rechazado por falta de fondos. El sistema secundario no califica deónticamente la conducta de “pagar” a su respecto por lo que, puede afirmarse, posee una laguna normativa. Debido a que el agente no estaría cometiendo ilícito alguno (al menos ninguno de los previstos en los arts. 176 y 302 ya que, ni está sujeto a las reglas concursales ni libró un cheque sin fondos), en el sistema primario el juez tendrá la prohibición de sancionar penalmente¹³.

El caso 3) se trata de una persona que no se encuentra sujeto a un proceso concursal y que libró un cheque rechazado por falta de fondos, siendo intimado a pagarlo. Según la norma secundaria del art. 302, el agente tiene el deber jurídico de pagar el cheque, ya que si no lo paga será pasible de sanción en el sistema primario.

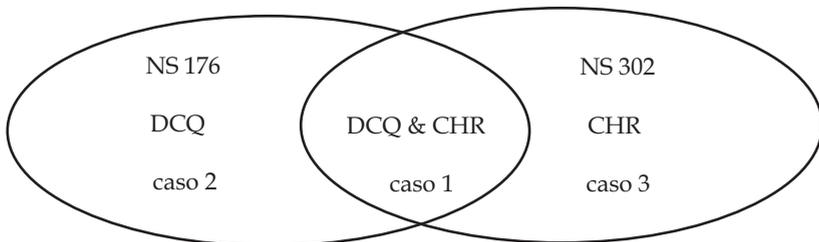
¹³ Las relaciones entre los casos del sistema secundario y del sistema primario serán analizadas en el próximo punto 4.

El caso 2) se trata de una persona sujeta a proceso concursal que no libró un cheque rechazado. Según la norma secundaria del art. 176 su deber jurídico es no pagar por fuera de las reglas del concurso, esto es, cumplir con la *pars conditio creditorum*.

El caso 1) se trata de una persona sujeta a proceso concursal que libró un cheque sin provisión de fondos y que se encuentra intimado a su pago. Según la norma secundaria del art. 176 tiene el deber de no pagar el cheque (si lo hace violaría la *pars conditio creditorum* y sería pasible de sanción penal); según la norma secundaria del art. 302 debe pagar el cheque (si no lo paga sería pasible de sanción penal). El caso 1) del sistema secundario presenta una contradicción normativa: un conflicto entre deberes jurídico-penales.

En efecto, siguiendo la caracterización de Alf Ross [1958, 124 y ss.], el caso 1) del sistema secundario es un típico caso de contradicciones normativas. Se trata de dos normas (las normas secundarias de los arts. 176 y 302 del cód. penal argentino), que poseen inconsistencia fáctica “parcial – parcial”, y que regulan la misma acción del Universo de Acciones (UA), esto es la acción de “pagar el cheque rechazado”, de manera deónticamente incompatible: una norma (el art. 302) obliga a pagar el cheque y la otra norma (el art. 176) prohíbe pagarlo.

El gráfico que explicita la inconsistencia fáctica “parcial-parcial” es el siguiente:



3.4. Conclusiones preliminares: un problema normativo.

El art. 176 del código penal tipifica el delito de “quiebra fraudulenta”, imponiendo pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial (para el ejercicio del comercio) de tres a diez años. De las diversas conductas enumeradas como constitutivas de tal delito, se analizó la prevista en el inc. 3º, que es la conducta de:

Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

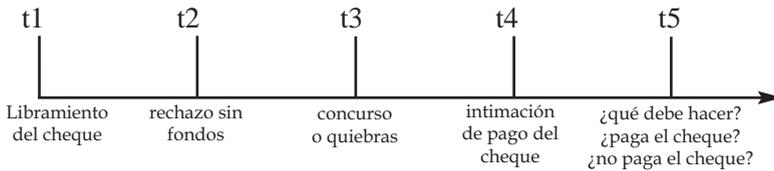
El art. 302 del código penal tipifica el delito de “pago con cheques sin provisión de fondos”, imponiendo pena de prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial (para ser titular de cuentas corrientes bancarias) de uno a cinco años. De las diversas conductas enumeradas como constitutivas de tal delito, se analizó la prevista en el inc. 1º, que establece:

El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación.

La concurrencia entre ambas previsiones típicas puede entenderse a través de un sencillo ejemplo: Juan, comerciante, ha entregado a Pedro, su proveedor, un cheque en pago de mercaderías. Pedro deposita el cheque y es rechazado por falta de fondos. Dentro de los treinta días de su rechazo¹⁴, Pedro notifica documentadamente a Juan, intimándole al pago en veinticuatro horas.

¹⁴ La jurisprudencia ha sido oscilante en cuanto al término dentro del cual debe producirse la intimación. Durante mucho tiempo, rigió la doctrina sentada por la jurisprudencia del plenario “Wallas” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (C.N.A.P.E., “Wallas, Valentín P.”, del 27/11/68) que estipulaba que el plazo para producir la intimación era de treinta días a partir de comunicado el rechazo bancario del cheque, toda vez que un tenedor tiene treinta días para depositar el cheque a partir de su fecha de vencimiento.

Entre la entrega del cheque, su rechazo, y los treinta días posteriores hasta la intimación de pago, Juan es declarado en quiebra: su patrimonio ha sido intervenido por un juez y se encuentra administrado por un síndico¹⁵.



¿Cuál es el “deber jurídico” de Juan en t5? ¿Debe pagar el cheque, en atención a lo normado por el art. 302? ¿Debe no pagar el cheque en atención a lo normado por el art. 176?

Si abona el cheque a Pedro, Juan incurrirá en el delito de quiebra fraudulenta, ya que daría ventajas indebidas a un acreedor, en este caso a Pedro, que cobraría en desmedro del resto de los acreedores, los cuales deben acogerse a la espera procedimental estipulada en el régimen de concursos y quiebras, debiendo petitionar la verificación de sus créditos, y esperar percibirlos una vez liquidado el patrimonio del fallido.

Si no abona el cheque a Pedro, Juan incurrirá en el delito de cheques sin fondos, ya que no pagó dentro de las veinticuatro horas de comunicado el rechazo del cheque.

Recientemente, en el plenario “Pereyra” (C.N.C.P., “Pereyra, Alicia N.”, del 28/07/2005) la Cámara Nacional de Casación en lo Penal ha modificado la jurisprudencia de “Wallas”, asignándole dos días desde el rechazo del cheque, como plazo máximo para que la intimación de pago tenga las consecuencias penales del art. 302 C.P.

¹⁵ La dogmática penal ha debatido sobre qué clase de elemento del tipo objetivo constituye la declaración de quiebra. En este trabajo sigo a Rafecas [2000, págs. 98 y sgtes.] que sostiene que se trata de un elemento del tipo objetivo referido al hecho. Debe señalarse que si el deudor está en concurso (no en quiebra) y paga el cheque por fuera de las reglas del concurso, la imputación del delito del art. 176 inc. 3º cód. penal, sólo se podrá configurar si en el futuro existe una declaración de quiebra.

4. COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA PRIMARIO Y EL SISTEMA SECUNDARIO.

Sistema Secundario (del ciudadano)				Sistema Primario (del Juez)						
NS 176: DCQ ⇒ O -PGR NS 302: CHR ⇒ O PGR				NS 176: DCQ & PGR ⇒ OS NS 302: CHR & -PGR ⇒ OS						
NS 176	NS 302	DCQ	CHR	DCQ	CHR	PGR	NP 176	NP 302		
O-PGR	O PGR	+	+	1	1	+	+	+	OS	
					2	+	+	-		
O-PGR		+	-	2	3	+	-	+	OS	
					4	+	-	-		
	O PGR	-	+	3	5	-	+	+		
					6	-	+	-		
		-	-	4	7	-	-	+		
					8	-	-	-		

4.1. Caso 4) del sistema secundario y casos 7) y 8) del sistema primario.

El caso 4) del sistema secundario se trata de una persona que no está sujeta a las reglas del concurso y que no libró un cheque rechazado sin fondos.

Sus correlativos en el sistema primario son los casos 7) y 8). En ambos casos el agente no está sujeto a las reglas del concurso y no libró un cheque rechazado sin fondos. Sólo difieren en que en el caso 7) la persona pagó una deuda y en el caso 8) no la pagó.

En el sistema secundario no existe deber jurídico alguno para el caso 4); paralelamente, en el sistema secundario, ninguno de los casos correlativos [los casos 7) y 8)], están correlacionados con sanción

jurídica alguna. Al no violarse ningún “deber jurídico” del sistema secundario, no corresponde atribuir sanción alguna en el sistema primario.

4.2. Caso 3) del sistema secundario y casos 5) y 6) del sistema primario.

El caso 3) del sistema secundario se trata de una persona que no está sujeta a las reglas del concurso y que libró un cheque rechazado sin fondos, intimado de pago. El sistema secundario le exige al agente la obligación de pagar el cheque rechazado en función de la norma N 302.

Sus correlativos en el sistema primario son los casos 5) y 6). Al igual que en su caso correlativo del sistema secundario (el 3), en ambos casos la persona no está sujeta a las reglas del concurso y libró un cheque rechazado, intimado de pago.

En el caso 5) del sistema primario, el agente cumplió con el deber jurídico del caso correlativo del sistema secundario (el caso 3), esto es, abonó el cheque; por tanto el sistema primario no enlaza este caso genérico 5) [¬DCQ & CHR & PGR] con sanción penal alguna.

En el caso 6) del sistema primario, la persona incumplió con el deber jurídico del caso correlativo del sistema secundario (el caso 3), esto es, no abonó el cheque; debido a este incumplimiento en el sistema secundario, el sistema primario enlaza este caso genérico (¬DCQ & CHR & ¬PGR) con una sanción penal, en virtud de la norma N 302.

4.3. Caso 2) del sistema secundario y casos 3) y 4) del sistema primario

El caso 2) del sistema secundario se trata de una persona que está sujeta a las reglas del concurso y que no libró un cheque rechazado sin fondos. El sistema secundario le exige al agente la obligación de no pagar ninguna deuda por fuera de las reglas del concurso, esto es, el

deber jurídico de respetar la *pars conditio creditorum*; ello en virtud de la norma N 176.

Sus correlativos en el sistema primario son los casos 3) y 4). Al igual que en su caso correlativo del sistema secundario (el 2), en ambos casos hay sujeción a las reglas del concurso y no se libró un cheque rechazado sin fondos.

En el caso 4) del sistema primario el agente cumplió con el deber jurídico del caso correlativo del sistema secundario (el caso 2), esto es no pagó deuda alguna por fuera de las reglas concursales (respetó la *pars conditio creditorum*); por tanto el sistema primario no enlaza este caso genérico 4) [DCQ & ¬CHR & ¬PGR] con sanción alguna.

En el caso 3) del sistema primario la persona incumplió con el deber jurídico del caso correlativo del sistema secundario (el caso 2), esto es, pagó una deuda por fuera de las reglas del concurso (violó la *pars conditio creditorum*). Debido a este incumplimiento en el sistema secundario, el sistema primario enlaza este caso genérico 3) [DCQ & CHR & PGR] con una sanción penal, en virtud de la norma N 176.

4.4. Caso 1) del sistema secundario y casos 1) y 2) del sistema primario

El caso 1) se trata de una persona sujeta a las reglas del concurso que libró un cheque rechazado sin fondos, intimado de pago. Según la norma secundaria N 176 tiene el deber de no pagar el cheque (si lo hace violaría la *pars conditio creditorum*); según la norma secundaria N 302 debe pagar el cheque rechazado. Como vimos [*supra* 4.3.] este caso presenta una contradicción normativa, un conflicto entre deberes jurídico-penales.

Este conflicto de deberes jurídicos se traslada al sistema primario de una manera peculiar: una vez que un agente se encuentre en la situación de estar concursado y haber librado un cheque rechazado e intimado, haga lo que haga (esto es, pague o no pague el cheque) será sujeto de una sanción penal; esto debido a que, haga lo que haga, siempre violará algún deber jurídico.

En efecto, si el agente paga el cheque se configura el caso 1) del sistema primario [DCQ & CHR & PGR], cumple con el deber jurídico de NS 302 pero incumple el deber jurídico de NS 176, por lo que será sancionado en virtud de NP 176.

Por otro lado, si el agente no paga el cheque se configura el caso 2) del sistema primario [DCQ & CHR & ¬PGR], cumple con el deber jurídico de NS 176 pero incumple el deber jurídico de NS 302, por lo que será sancionado en virtud de NP 302.

4.5. Análisis de la comparación.

De las diversas comparaciones surge que la posibilidad de ser sancionado en el sistema primario se relaciona con la existencia de un deber jurídico en el sistema secundario.

Si no hay deber jurídico en el sistema secundario (como sucede en el caso 4), no hay sanción posible en el sistema primario (casos 7 y 8).

Si hay deber jurídico en el sistema secundario, habrá sanción en el primario sólo en caso de incumplimiento del deber jurídico. Así el caso 6) del sistema primario tiene sanción porque incumple el deber de pagar el cheque del caso 3) del sistema secundario; y el caso 3) del sistema primario tiene sanción porque incumple el deber de no pagar del caso 2) del sistema secundario.

Complementariamente, los casos 5) y 4) del sistema primario no tienen sanción porque cumplen los deberes de los casos 3) y 2) del sistema secundario, respectivamente.

De lo expuesto, cabe concluir lo siguiente:

- a) la sanción penal procede (es obligatorio sancionar) en el sistema primario cuando hay un deber jurídico en el sistema secundario que es violado por el agente.
- b) la sanción penal no procede (está prohibido sancionar) en el sistema primario, cuando:
 - b1) no hay ningún deber jurídico en el sistema secundario.

b2) hay un deber jurídico en el sistema secundario que es cumplido por el agente.

El caso 1) del sistema secundario [DCQ & CHR] merece un análisis autónomo, dado el conflicto de deberes jurídicos que presenta. Por la índole del conflicto, haga lo que haga el agente violará alguno de los deberes en pugna. Por esa razón, los casos correlativos del sistema primario [los casos 1) y 2)] están enlazados con sanciones, debido a que siempre habrá violación de algún deber jurídico. El agente sujeto al caso 1) del sistema secundario no tiene modo alguno de sustraerse de ser sancionado.

5. ¿CONDENA O ABSOLUCIÓN?

El conflicto de deberes jurídicos, al nivel del sistema secundario, coloca a quien libró un cheque rechazado luego sujeto a las reglas del concurso en una situación normativa paradójica: pague o no pague el cheque será condenado penalmente.

Tal conflicto no se presenta al nivel del sistema primario, ya que el juez se encontrará ante dos situaciones posibles:

a) Si el agente pagó el cheque, el Juez deberá investigar, y eventualmente dictar sentencia condenatoria por violación de la *pars conditio creditorum*, en función del art. 176 del código penal (delito de quiebra).

b) Si el agente no pagó el cheque, el Juez deberá investigar, y eventualmente dictar sentencia condenatoria por violación al art. 302 del código penal (delito de cheque sin fondos).¹⁶

Podría sostenerse que, no obstante la no conflictividad de su sistema normativo (el primario), el juez no puede ignorar la

¹⁶ El conflicto presenta, además, una curiosidad competencial: para el delito de quiebra, es competente el fuero criminal ordinario; para el delito de cheque sin fondos, es competente el fuero penal económico. Esta curiosidad competencial sólo se presenta en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más no en las restantes jurisdicciones territoriales de la República Argentina (Ley N° 14.831).

conflictividad del sistema secundario; dicho de otra forma, al momento de dictar sentencia, el juez debe atenerse a todas las circunstancias normativas (primarias y secundarias) que se relacionan con la conducta que está juzgando.

De esta forma, y ante la situación de tener que dictarse sentencia en un caso como el analizado, el espectro de alternativas normativas sería el siguiente:

- I) La condena bajo cualquier supuesto.
- II) La condena bajo un supuesto y la absolución bajo el otro.
 - a) prevalencia del delito del art. 176 del código penal: condena en caso de pagar el cheque y absolución en caso de no pagarlo.
 - b) prevalencia del delito del art. 302 del código penal: condena por no pagar el cheque y absolución por pagarlo.
- III) La absolución bajo cualquier supuesto.

5.1. La condena bajo cualquier supuesto.

En esta hipótesis, el juez cumple con las exigencias normativas que se derivan del sistema primario, sin considerar el conflicto existente en el secundario; el sistema secundario es considerado irrelevante para evaluar las obligaciones del juez.

En esta inteligencia, la sanción penal procedería sólo por el hecho de que el agente se colocó, voluntariamente, en la situación de estar intimado al pago de un cheque rechazado en condiciones de sujeción a las reglas de un concurso (o quiebra). En tal situación, pagar o no pagar el cheque se torna irrelevante; toda vez que, pague o no pague, procederá la sanción penal.

Entonces, de las normas primarias originales, se derivaría una nueva norma primaria, que establece peculiares condiciones para la procedencia de la sanción penal.

NP 176: DCQ & PGR \Rightarrow OS

NP 302: CHR & \neg PGR \Rightarrow OS

NP': DCQ & CHR & (PGR \vee \neg PGR) \Rightarrow OS

El paréntesis “(PGR \vee \neg PGR)” es una tautología despejable.

Por tanto:

NP'': DCQ & CHR \Rightarrow OS

(Si es un deudor sujeto a las reglas concursales que libró un cheque que fuera rechazado sin fondos e intimado de pago, es obligatorio imponer una sanción penal).

La norma secundaria sería la siguiente:

V (DCQ & CHR)

(Está prohibido estar intimado al pago de un cheque rechazado sin fondos estando sujeto a las reglas concursales).

En esta hipótesis, se exige del agente la previsibilidad suficiente para evitar la situación de encontrarse bajo las reglas concursales y, a la vez, ser intimado al pago de un cheque rechazado sin fondos. En caso de que el agente no evite tal situación será condenado penalmente, sea por el art. 176 del código penal (por pagar el cheque), sea por el art. 302 cód. penal (por no pagar el cheque).

Entiendo que esta solución para el problema analizado es improcedente, por varias razones.

En primer lugar, la composición del nuevo tipo penal [(DCQ & CHR & (PGR \vee \neg PGR))] torna irrelevante un elemento que en cada uno de los tipos penales de origen es relevante: el pago del cheque por fuera de las reglas del concurso.

En los tipos penales de origen, la acción de pagar es un elemento que se encuentra bajo la dominabilidad (o gobernabilidad) del agente.

En el caso del tipo del delito de quiebra (art. 176 cód. penal), el agente puede o no pagar por fuera de las reglas concursales, y será

punido en la medida en que, dominando la acción de pagar o no pagar, elige pagar en violación a la *pars conditio creditorum*.

En el caso del tipo del delito de cheque (art. 302 del código penal), el agente puede o no pagar el cheque rechazado sin fondos e intimado de pago, y será punido en la medida en que, dominando la acción de pagar o no pagar, elige no pagar el cheque.

Contrastantemente, el nuevo tipo resultante, torna indominable para el agente, una acción que en los tipos de origen es dominable.

La doctrina penal es relativamente unánime en sostener que cuando un elemento del tipo resulta indominable para el agente no puede haber imputación de tipicidad objetiva.

La tipicidad objetiva presupone la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho (*dominabilidad*), pues de lo contrario no puede concebirse una autoría dolosa. [Zaffaroni, Alagia & Slokar 2000, 509]

De esta manera¹⁷ ... se logra que la responsabilidad penal no pueda abarcar más que la capacidad del hombre de conducir y *dominar* los cursos causales". [Stratenwerth 2005,151] (La cursiva me pertenece)

Si bien la doctrina penal suele analizar casos hipotéticos donde la ausencia de dominabilidad se debe a razones fácticas¹⁸, nada obstaría a que, como el caso analizado, la indominabilidad aparezca por razones normativas. En efecto, si la dominabilidad de los elementos típicos es condición para la imputación de la autoría dolosa, entonces la falta de dominabilidad (sea por cuestiones fácticas, sea por cuestiones normativas), nos llevaría a la misma consecuencia: la ausencia de tipicidad.

¹⁷ Aquí Stratenwerth se refiere a la teoría de la adecuación, sosteniendo que es la mejor teoría para explicar y fundamentar la posibilidad de imputar un resultado típico a un agente.

¹⁸ "El caso del pariente enviado al monte con la esperanza de que lo mate un rayo no se debe resolver por ausencia de dolo, sino por ausencia de tipicidad objetiva, dado que no existe una causalidad dominable como requisito básico del tipo objetivo ..." [Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000: 509].

En segundo lugar, y como consecuencia de lo antedicho, la composición del nuevo tipo penal puede considerarse violatoria del principio de legalidad [Ferrajoli:1989, 375 y ss.], toda vez que la conducta prohibida [V (DCQ & CHR)] no se encuentra descripta por una norma penal explícitamente formulada, sino que la misma surge por derivación de dos normas penales que tutelan bienes jurídicos de distinta índole (la propiedad, en el delito de quiebra; la fe publica, en el delito de cheque).

La relación entre derivación de normas y principio de legalidad, merece alguna aclaración.

La derivación lógica de una norma (norma derivada) de otra explícitamente formulada, es un procedimiento usual en la ciencia jurídica. De la prohibición de librar cheques sin fondos, se deriva la prohibición de librar cualquier cheque sin fondos (de caja, de pago al día, postdatado, de pago diferido), a menos que alguna otra norma (explícita o derivada) excepcione a alguna de las derivaciones lógicas (como por ejemplo, la ley argentina N° 24.452, que en su artículo 6° excepciona del delito del art. 302 inc.1 cód. penal a los cheques de pago diferido).

Este tipo de derivaciones lógicas (en el caso, fruto de la ley del refuerzo del antecedente y del principio de la ejemplificación universal) no comprometen el principio de legalidad penal, sino lo contrario; tal principio se concreta, en los casos individuales, cuando se extraen conclusiones prácticas con acatamiento a las reglas de la lógica y la argumentación racional.

Pero la derivación del nuevo tipo penal [(DCQ & CHR)] de los tipos originales, es una consecuencia de tipo paradójal¹⁹. La misma depende de varios y peculiares factores: de la particular concurrencia de diversas condiciones fácticas (ver punto 3.4.); de dos normas canónicamente distantes, que protegen bienes jurídicos de diversa índole

¹⁹ Un meduloso desarrollo de las consecuencias paradójales en el ámbito normativo lo encontramos en Moreso 1997 [págs. 57/74]. El autor analiza las consecuencias implausibles que se siguen de ciertas reglas de introducción de conectivas lógicas (como la disyunción), proponiendo una "lógica plus relevancia", en la cual a las reglas clásicas de la lógica deóntica se le agregan criterios de relevancia para eliminar consecuencias paradójales. También se puede consultar Guarinoni 2000 [págs. 208 y ss.].

y cuya confluencia apareja la transformación de elementos del tipo dominables por el agente en elementos indominables (concretamente, la acción de pagar o no pagar el cheque).

Debe tenerse en cuenta que las normas de origen protegen bienes jurídicos distintos. La de la quiebra, el patrimonio de los acreedores. La del cheque, la fe pública. En el delito de quiebra, el hecho de pagar por fuera de las normas concursales es crucial, como lo es el de no pagar en el delito de cheque. El nuevo tipo resultante suprime este elemento central de los de origen (pagar u omitir hacerlo), generando un nuevo tipo que es incomprensible, en punto a que no se capta a qué bien jurídico tutela.

El principio de legalidad penal requiere claridad del mensaje legislativo en punto a cuáles son las conductas prohibidas, de tal forma que el ciudadano pueda guiar su conducta de acuerdo a las exigencias normativas. Ferrajoli ha vinculado la necesidad de claridad y precisión en la formulación de los tipos penales a lo que denomina el “principio de estricta legalidad” [Ferrajoli 1989, 35/36, 375 y ss.].

... el principio de estricta legalidad no admite “normas constitutivas”, sino sólo “normas regulativas” de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen *ipso iure* las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una *prohibición*, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una *acción* respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la *culpa* o responsabilidad de su autor. [Ferrajoli 1989, 35]

En tercer lugar, cabe rechazar la afirmación de que el sistema secundario es irrelevante para el juez y que éste debe guiarse, exclusivamente, por los lineamientos normativos del sistema primario.

El derecho penal evalúa conductas humanas con el objeto de determinar la procedencia de una sanción penal; frente a una acción típica el juez debe evaluar las razones, circunstancias y condicionantes que llevaron al agente a obrar del modo en que lo hizo.

Siendo esto así, no cabría excluir del análisis al sistema secundario, máxime cuando se trata de un sujeto sometido a exigencias normativas que no puede satisfacer simultáneamente, y su decisión de infringir uno u otro deber jurídico puede vincularse con la situación de perplejidad normativa analizada.

Un conflicto de deberes jurídicos puede llevar a un agente a cumplir un deber en desmedro de otro porque considera, con o sin razón, que uno de los deberes prevalece sobre el otro. Si el agente eligió cumplir con el deber jurídicamente superior, su accionar típico se encontrará justificado²⁰.

No actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor. [Roxin:1997, 672]

Contrariamente, Zaffaroni [2000, 496, ss.] considera que el cumplimiento de un deber no es una causa de justificación que elimina la culpabilidad, sino una causa de atipicidad por ausencia de antinormatividad.

En su propuesta de análisis conglobante de la tipicidad, el autor afirma que más allá de que una conducta se subsuma en un tipo penal aisladamente considerado, lo cierto es que si tal conducta supone el cumplimiento de un deber jurídico emergente de otra norma del sistema, entonces no existe violación al orden normativo en su conjunto. Al no haber antinormatividad no hay, consecuentemente, tipicidad.

La antinormatividad no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que requiere la consideración *conglobada* de ésta con las deducidas de los otros tipos penales. [Zaffaroni;2000, 497]

Siguiendo la posición de Zaffaroni, si se cumple con el deber jurídico de menor jerarquía en la creencia de que era el deber jurídico superior, entonces el agente incurrirá en error de tipo.

²⁰ El cumplimiento de un deber es una causa de justificación expresamente prevista por el art. 34 inc. 4 del código penal argentino.

La doctrina dominante, en cambio, sostiene que si el agente cumplió con el deber jurídico de menor jerarquía en la creencia de que era el deber jurídico superior, habrá actuado con error respecto de la existencia de una causa de justificación, lo que llevará a la exclusión de la culpabilidad o a su atenuación, dependiendo de la invencibilidad o vencibilidad del error, respectivamente [Cfr. Roxin 1997, 892].

De esta forma, y más allá de la posición doctrinaria que se asuma respecto de las consecuencias del cumplimiento de un deber, lo cierto es que existiendo conflicto de deberes la condena bajo cualquier supuesto es improcedente. Deberá determinarse cuál de los deberes jurídicos es jerárquicamente superior; determinado ello, la condena sólo sería factible bajo uno de los supuestos; puntualmente, bajo el supuesto de que infrinja el deber jurídico superior y se cumpla el inferior, siempre y cuando no se incurra en error al seleccionar entre los deberes jurídicos en conflicto.

Asimismo, quedará abierta la posibilidad de que no pueda determinarse la jerarquía de alguno de los deberes jurídicos conflictivos.

5.2. La condena bajo algún supuesto y la absolucón bajo el otro.

Como señalamos, el sistema secundario sujeta al agente a dos deberes jurídicos que no puede satisfacer simultáneamente:

- el deber de pagar el cheque
- el deber de no pagar el cheque (respetar la *pars conditio creditorum*).

Sostener que uno de los deberes es superior a otro, llevará a afirmar que corresponde condenar siempre bajo el supuesto de que se incumple el deber jerárquicamente superior.

En la hipótesis de que el régimen del cheque siempre prevalece sobre el de la quiebra, el agente siempre deberá pagar el cheque en desmedro de la *pars conditio creditorum*. Ahora bien, si el agente no lo

paga aludiendo que creía que el régimen de la quiebra era jerárquicamente superior al del cheque, entonces incurrirá en error de prohibición (según la doctrina mayoritaria), que de ser invencible generaría impunidad (al excluir la culpabilidad) y de ser vencible atenuaría la culpabilidad^{21 22}.

La misma situación se presenta de sostenerse que el régimen de la quiebra prevalece sobre el del cheque.

Existe una posición doctrinaria, bastante difundida, según la cual dado un conflicto de deberes siempre es el caso de que uno de ellos prevalece sobre el otro. Dicho de otra forma: todo conflicto de deberes es meramente aparente, ya que, luego de una adecuada hermenéutica, podrá determinarse qué deber prevalece y cuál cede.

... al considerarlo como causa de atipicidad y, por lo tanto, como problema de normatividad y no de antijuridicidad, *todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes*. Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro. [Zaffaroni:2000, 497]

Siguiendo esta posición, deberá analizarse cuál de los dos deberes jurídicos prevalece sobre el otro.

Una primera manera de determinar ello, es analizar la pena atribuida a uno y otro tipo penal, afirmándose que el instituto con mayor pena ha de prevalecer porque se encuentra tutelado más fuertemente por el sistema penal. Un ejemplo de argumento en este sentido, sería el que

²¹ Estas consecuencias de la invencibilidad o no del error de prohibición son defendidas por la doctrina mayoritaria [i.e. Roxin 1997, págs. 892 y ss.; Stratenwerth 2005, págs. 295 y ss.]. La doctrina distingue distintos tipos de error de prohibición, dentro de los que se incluye el error sobre la existencia de una causa de justificación, también llamado error de permisión o error de prohibición indirecto [cfr. Roxin 1997, págs. 871 y ss.].

²² Una situación de error invencible sería aquella mediante la cual se acredite que el agente consultó a un experto (un abogado, por ejemplo) que le aconsejó actuar como lo hizo. Si el agente no consultó a un experto pudiéndolo hacer, estaríamos en una situación de error de prohibición vencible.

afirma que el deber de “no matar” prevalece sobre el deber de “no dañar el patrimonio”, porque el primero tiene una pena más elevada que el segundo.

En esta inteligencia se sostendría que como la pena del delito de quiebra (de dos a seis años) es más severa que la del cheque (de seis meses a cuatro años), entonces debe cumplirse con el deber jurídico más fuertemente protegido, esto es, el respeto a la *pars conditio creditorum*.

Este argumento no es determinante. Siguiendo con el anterior ejemplo, no puede afirmarse que “no matar” es más importante que “no dañar el patrimonio” porque el primero está penado más severamente que el segundo, sino lo contrario: porque la vida es más importante que el patrimonio es que “matar” tiene mayor pena que “dañar el patrimonio”²³.

Por otra parte, la importancia de un bien jurídico no siempre se determina en función de la pena atribuida a su agresión, ya que muchas veces existen protecciones no penales de importancia, que garantizan la no agresión al bien jurídico importante de manera alternativa al sistema penal.

Hay muchos bienes jurídicos susceptibles de estado de necesidad, como el derecho general de la personalidad o el patrimonio, que no están protegidos penalmente, sino sólo frente a determinadas formas de agresión; y en tales casos la pena prevista en el ámbito de la protección penal no permite extraer una conclusión segura sobre el valor del bien jurídico, puesto que la misma está esencialmente co-determinada por las modalidades de ataque. Pero en los casos en que no hay una conminación penal, a menudo ello no se debe al escaso valor del bien jurídico, sino a la subsidiariedad del derecho penal, o sea que el legislador cree poderlo proteger suficientemente de otro modo. [Roxin:1997, 683/684]

Además, las diferencias entre las escalas penales de los delitos analizados (el de quiebra y el de cheque) no son significativas; de hecho

²³ En el caso “Martínez, José Agustín s/ robo calificado” del 06/06/1989, la C.S.J.N. sostuvo que la pena para el delito de robo de automotores con armas (de nueve a veinte años) del viejo decreto N° 6582/58 era inconstitucional por-

comparten gran parte de la escala penal, situación que debilita aún más argumento.

Ante la relativa equivalencia de las escalas penales parece que lo determinante es buscar argumentos independientes para establecer qué régimen es más importante, más allá de las escalas penales asignadas a la agresión de los bienes jurídicos en pugna.

Intuitivamente podría afirmarse que el régimen de la quiebra prevalece sobre el del cheque, dadas las características del proceso concursal: se trata de un proceso universal, donde todos los acreedores concurren en pie de igualdad²⁴, cuyo propósito central es garantizar el cobro equitativo de las deudas. Son estos principios, sintetizados bajo el adagio *pars conditio creditorum*, los que la norma penal tiende a tutelar.

... dado que el objeto de ataque del comportamiento típico de la quiebra fraudulenta, por su naturaleza peculiar, sólo puede ser el patrimonio del sujeto deudor, en tanto acervo de garantías de los acreedores en su conjunto, es que la doctrina ha avanzado un poco más en la delineación del bien jurídico específico a estos delitos: dentro de los delitos contra la propiedad, se protege entonces *el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común*, frente a determinadas acciones idóneas para menoscabar el bien jurídico... [Rafecas :2000, 50,51] (La cita en cursiva es de Fontán Balestra [1975, 162])

En esta inteligencia, la intimación de pago del cheque cedería frente al régimen de quiebra, exigiéndose que el tenedor del cheque se sujete a las reglas concursales al igual que los demás acreedores.

Asimismo, podría argumentarse que la Ley de Concursos y Quiebras no establece privilegios para los tenedores de cheques y que, hasta los acreedores más privilegiados (como los que tienen garantía hipotecaria), deben sujetarse al régimen concursal, verificando créditos

que al imponer un mínimo mayor que el homicidio (ocho años), violaba el principio de proporcionalidad de las penas, toda vez que el bien jurídico "vida" es más importante que el bien jurídico "patrimonio".

²⁴ El régimen de privilegios establecido por la Ley de Concursos y Quiebras, mantiene la idea de igualdad entre acreedores, ya que aquellos que tienen igual privilegio concurren en pie de igualdad entre sí.

dentro de los plazos estipulados por el juez del concurso, y que ningún acreedor, ni siquiera los que tienen mayores privilegios, tienen vías tan expeditas de cobro, como lo es el derecho a percibir el monto dentro de las veinticuatro horas de intimación.

Como contrapartida podría sostenerse que mientras el bien jurídico tutelado por el delito de quiebra es el patrimonio, en el delito de cheque el bien jurídico tutelado es la fe pública y que, por esa razón, la comparación efectuada anteriormente es improcedente.

En efecto, no es el patrimonio lo protegido por el delito de cheque sino la transparencia y la previsibilidad del mercado de títulos circulatorios. En palabras de Borinsky:

... la sanción del art. 302 del C.P. se sustentó en el propósito de rodear al cheque "... de garantías y restablecer su valor como instrumento especialmente precioso para las transacciones comerciales, a los efectos de que pudiera cumplir efectivamente la *función sustitutiva* de la moneda...", es decir, que lo que se tutela por el tipo penal en cuestión es la confianza pública en un documento que supone "la existencia de *dinero expedito*" o, en otros términos. "... la confianza en instrumentos de valor pecuniario a los cuales debe ir unida la más estrecha garantía de *inmediata realización*. [Borinsky:2004, 250,251]²⁵

Siendo esto así, no sería adecuado el análisis efectuado respecto de que el tenedor del cheque es un acreedor más, ya que la protección penal gira en torno a la previsibilidad del mercado financiero y el uso de moneda sustitutiva, bien jurídico que se encontraría afectado con el mero rechazo del cheque (no con el no pago del crédito) y la afectación a su calidad de título circulatorio. En tal sentido un cheque sin fondos se asemejaría más a la puesta en circulación de moneda falsa que al mero no pago de una acreencia; de hecho la puesta en circulación de moneda falsa se encuentra protegida bajo el mismo bien jurídico que el cheque sin fondos: la fe pública.

²⁵ En la cita de Borinsky se citan a Nuñez [1952, pág. 636] y a Soler [1945, pág. 383].

La cuestión, entonces, es que tenemos dos delitos que tutelan bienes jurídicos de diversa índole. El delito de quiebra protege el patrimonio del deudor como garantía común de los acreedores. El delito de cheque protege la fe pública, puntualmente, la previsibilidad y fiabilidad del mercado financiero de títulos circulatorios y sucedáneos de la moneda de curso legal.

Son bienes jurídicos distintos que apuntan hacia principios distintos (la propiedad, por un lado; el libre mercado, por el otro) y es difícil, sino imposible, determinar cuál de ellos debe prevalecer en desmedro del otro.

Ello nos lleva a la tercera alternativa: la absolución bajo cualquier supuesto.

5.3. La absolución bajo cualquier supuesto.

De lo analizado en el punto anterior surge que entre el deber de pagar el cheque y el deber de no pagarlo respetando la *pars conditio creditorum*, no es posible determinar qué deber jurídico prevalece y cuál cede.

Tratándose de deberes jurídicos equivalentes, no hay forma de sostener que el agente será pasible de sanción penal.

De no ser por su posición respecto a que siempre es el caso que un deber jurídico prevalece sobre otro, Zaffaroni debería sostener que la conducta del agente, pague o no pague el cheque, sería atípica, por aplicación del análisis conglobante del tipo penal.

Cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacer lo que el otro tipo prohíbe omitir, es claro que existe una aparente contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece. Es inadmisibles que el poder punitivo pueda ejercerse a través de tipos que contienen normas que desorientan al habitante porque, dada su contradicción, no puede saber qué es lo prohibido; o, porque, cualquiera sea su conducta, siempre será prohibida. [Zaffaroni 2000, 496]

En esta posición, si un conflicto de deberes es irresoluble para el agente (porque haga lo que haga su conducta siempre va a estar prohibida), entonces cualquiera sea la conducta que realice deberá concluirse que no procede la sanción penal por atipicidad conglobante, debido a que el poder punitivo no puede colocar a los destinatarios en tales situaciones de perplejidad normativa.

Pero Zaffaroni no sostiene una tal posición ya que asume, como axioma del sistema penal, la necesaria consistencia (no contradicción) de los deberes jurídicos: sea por la existencia de una buena técnica legislativa, sea por la existencia de una buena hermenéutica judicial.

Está claro que la consistencia, al igual que la completud, es una característica ideal de los sistemas normativos [Alchourrón y Bulygin 1971, 230 y sgtes.] pero, dado que es una característica contingente, no cabe predicarla *a priori*. Es posible la existencia de sistemas normativos consistentes como inconsistentes, a la vez que sistema completos como incompletos²⁶.

Asimismo, en caso de que el conflicto entre deberes jurídicos sea irresoluble no es necesario, como señala Zaffaroni [2000, 496], que el juez deba declarar la inconstitucionalidad de uno de los tipos en pugna. Al juez le alcanzaría con señalar que, al haber cumplido el agente con uno de los deberes, entonces no existe antinormatividad, ergo, hay atipicidad conglobante de la conducta del agente, sea que cumple con un deber jurídico, sea que cumple con el otro.

La doctrina dominante no entiende a la colisión de deberes como un problema de tipicidad, sino como un problema que oscila entre la falta de antijuridicidad (porque existe una causa de justificación –estado de necesidad justificante-) o la falta de culpabilidad (por inexigibilidad de una conducta conforme a derecho –estado de necesidad exculpante-).

Quienes sostienen que es un problema de culpabilidad, entienden que el cumplimiento de un deber sólo elimina la

²⁶ En un trabajo anterior he analizado en detalle cómo la completud y la consistencia son características contingentes, no necesarias, de los sistemas jurídicos [Alonso 2006, 112 y sgtes, 125 y sgtes.].

antijuridicidad en la medida en que el deber cumplido sea superior al deber incumplido.

En cambio, ante deberes jurídicos equivalentes, se afirma que el sujeto actúa siempre antijurídicamente, tanto si cumple con uno u otro deber; ello debido a que para el ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber es tan importante como el cumplimiento del otro, por lo que no puede aprobarse la vulneración de ninguno de los dos.

Roxin critica esta posición (que según el autor sería la defendida por Mezger y Jescheck [ver Roxin, 1997: 726]) sosteniendo que:

... aunque es cierto que el juicio de antijuridicidad no presupone necesariamente que el que actúe antijurídicamente pudiera comportarse jurídicamente. ... para poder juzgar como antijurídica una conducta, al menos ha de haber existido la alternativa teórica de una conducta conforme a Derecho. El ordenamiento jurídico sólo puede desaprobado jurídicamente y calificar como incorrecta una conducta, si puede decir qué es correcto y por tanto qué se hubiera “debido hacer”. Donde no haya un camino correcto y por tanto no se pueda constatar un fallo en la conducta, sólo se podrá censurar al destino y no al ser humano sujeto al mismo; pero el destinatario de la norma es solamente el ser humano y no el destino. [Roxin:1997, 726,727]

Entiendo que el análisis de Roxin se ajusta adecuadamente al problema normativo analizado.

El padre de dos hijos que en un naufragio debe optar entre salvar a un hijo o a otro, actúa antijurídicamente (aunque sin culpa) respecto del hijo que no salva, porque aunque no tiene la posibilidad fáctica de salvar a ambos, tiene la posibilidad teórica de hacerlo; su accionar será antijurídico respecto del hijo que no salva, pero no será culpable por imposibilidad fáctica de actuar conforme a derecho. De hecho, si se le presentara la posibilidad fáctica de salvar a ambos y sólo salva a uno, entonces su acción respecto del hijo no salvado no sólo es antijurídica sino también culpable.

En el caso que analizamos el agente no tiene esta posibilidad teórica de satisfacer ambos deberes jurídicos, ya que un deber (el de

pagar) es la negación del otro (el de no pagar). Por tanto, no existe la posibilidad teórica normativa de satisfacer ambos deberes jurídicos al mismo tiempo, como sí existe respecto del padre ante sus dos hijos.

Por ello, y en la medida en que el agente se encuentre ante esta situación de conflicto entre el deber de pagar el cheque y el deber de no pagarlo (respetar la *pars conditio creditorum*), nunca actuará antijurídicamente.

En definitiva, haga lo que haga (esto es, pague o no pague el cheque) no puede ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuridicidad.

Es todo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos, 1969. “Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas”, en *Análisis lógico y derecho* [Alchourrón y Bulygin 1991], págs. 25/49.
- , 1988. “Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas”, en *Análisis lógico y derecho* [Alchourrón y Bulygin 1991], págs. 267/279.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1971. *Normative Systems*. Existe versión castellana de los autores titulada *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1974. (Las citas se corresponden con la versión castellana).
- , 1976. “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Análisis lógico y derecho* [Alchourrón y Bulygin:1991, 393/407.
- , 1991. *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alonso, Juan Pablo, 2006. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1996. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel. Barcelona.
- Borinsky, Mariano, 2004. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Carrera, Daniel, 1988. “Delitos vinculados a la quiebra”, en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1988-II, págs. 515, ss.. Buenos Aires.
- Creus, Carlos, 1993. *Derecho penal. Parte especial* (4ª edición). Astrea. Buenos Aires.
- Donna, Edgardo Alberto, 2003. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II-B. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

- Ferrajoli, Luigi, 1989. *Derecho y Razón*. Trotta. Madrid, 1995. (Traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibañez y otros).
- Fontán Balestra, Carlos, 1975. *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Guaranoni, Ricardo, 2006. “Algunos avatares de la lógica jurídica”. En *Derecho, Lenguaje y Lógica. Ensayos de Filosofía del Derecho*. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Hart, Herbert L.A., 1961. *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1963. (Traducción al castellano de Genaro Carrió).
- Kelsen, Hans, 1949. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1988. (Traducción al castellano de Eduardo García Máynez).
- _____, 1960. *La Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1979. (Traducción al castellano de Roberto Vernengo).
- Moreso, José Juan, 1997. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Navarro, Guillermo Rafael y Rizzi, Aníbal Horacio, 2004. *El delito de quiebra*. Hammurabi. Buenos Aires.
- Nino, Carlos Santiago, 1983. *Introducción al análisis del derecho*. Ariel. Barcelona, 1996.
- Núñez, Ricardo, 1952. “Las condiciones del cheque en su libramiento sin provisión de fondos”, *La Ley*, 68-636.
- _____, 1989: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba.
- Rafecas, Daniel Eduardo, 2000. *El delito de quiebra de sociedades*. Ad-Hoc. Buenos Aires,
- Roxin, Claus, 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas. Madrid, 2007

- (Cuarta reimpresión). (Traducción al castellano de Diego-Manuel Luzón Peña y otros).
- Stratenwerth, Günter, 2005. *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi. Buenos Aires, (Traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti).
- Soler, Sebastián, 1945. *Derecho Penal Argentino*. La Ley, Buenos Aires, 1945.
- Sucar, Germán, Rodríguez, Jorge e Iglesias, Agustín, 1998. “Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Esteban Righi (director). Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.
- von Wright, Georg Henrik, 1951. A: *An Essay in Modal Logic*. North-Holland Publishing Company. Amsterdam.
- _____, 1951. B: “Deontic Logics”. En *Mind* 60.
- _____, 1963. *Norma y acción*. Editorial Tecnos, Madrid. (Traducción al castellano de Pedro García Ferrero).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro 2000: *Derecho penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires.