

Ediciones anteriores

Discusiones N° 1, Año 2000

- Derechos y Justicia Constitucional

Discusiones N° 2, Año 2001

- Inconstitucionalidad y derogación

Discusiones N° 3, Año 2003

- Prueba, conocimiento y verdad

Discusiones N° 4, Año 2004

- Derechos Sociales

Discusiones N° 5, Año 2005

- Razones y Normas

Discusiones N° 6, Año 2006

- Derecho y Autoridad

Discusiones N° 7, Año 2007

- Derechos de necesidad y deberes de tolerancia

Discusiones N° 8, Año 2008

- Dilemas morales y Derecho

NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE DEBERES

DISCUSIONES IX

# DISCUSIONES IX

Normas penales y conflicto de deberes



**200 AÑOS  
BICENTENARIO  
ARGENTINO**



EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR





# Discusiones IX

Normas penales y conflicto de deberes

Hernán G. Bouvier, editor



Editorial de la Universidad Nacional del Sur

## **Dirección**

Pablo E. Navarro

## **Secretaria de Redacción**

Inés Alvarez

## **Consejo Asesor**

Aguiló, Josep (Universidad de Alicante)

Alvarez, Silvina (Universidad de Castilla-La Mancha)

Bayón, Juan Carlos (Universidad Autónoma de Madrid)

Bouzat, Andrés (Universidad Nacional del Sur, Argentina)

Chiassoni, Pierluigi (Universidad de Génova)

Cruz Parceros, Juan Antonio (Universidad Nacional Autónoma de México)

Esandi, Luis M. (Universidad Nacional del Sur, Argentina)

Gargarella, Roberto (Universidad Di Tella, Argentina)

González Lagier, Daniel (Universidad de Alicante)

Mazzarese, Tecla (Universidad de Brescia)

Mendonca, Daniel (Universidad Católica de Paraguay)

Moreso, José Juan (Universidad Pompeu Fabra)

Orunesu, Claudina (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Redondo, Cristina (Conicet, Argentina)

Rivera López, Eduardo (Universidad Di Tella, Argentina)

Rodríguez, Jorge (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Rosenkrantz, Carlos (Universidad de Buenos Aires)

Sucar, Germán (Universidad de Buenos Aires)

Venier, Carlos (Universidad de Buenos Aires)

Las sugerencias y colaboraciones deben enviarse a:

Dr. Pablo E. Navarro  
pnavarro@arnet.com.ar

ISSN 1515-7326

octubre 2010

© EdiUNS, 2010



Editorial de la Universidad Nacional del Sur

## INDICE

Presentación	7
<b>SECCIÓN I: DISCUSIÓN</b>	
Introducción	11
<i>Hernán G. Bouvier</i>	
Normas penales y conflicto de deberes	21
<i>Juan Pablo Alonso</i>	
Martillos y clavos: una respuesta a “Normas penales y conflicto de deberes”	61
<i>Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
Deberes jurídicos, Teoría del Derecho y Dogmática penal	85
<i>Luís Duarte d’Almeida</i>	
Fundamento y límites de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal	111
<i>Alejandra Verde</i>	
Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la <i>actio illicita in causa</i>	131
<i>José Milton Peralta</i>	
Respuesta a las críticas	161
<i>Juan Pablo Alonso</i>	
<b>SECCIÓN II: PROBLEMAS ABIERTOS</b>	
Presentación	183
<i>Pablo E. Navarro y Hernán G. Bouvier</i>	
El carácter convencional del derecho	185
<i>Federico J. Arena</i>	



## PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se



intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

Sección I

Discusión



# 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.

# NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE DEBERES<sup>1</sup>

Juan Pablo Alonso<sup>2</sup>

## 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”).

---

<sup>1</sup>Algunas 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.

<sup>2</sup> Universidad de Buenos Aires.

Noción estándar:  $Op \equiv "Op" \varepsilon Cn \alpha$ <sup>3</sup>

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

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:  $Op \equiv "\neg p \Rightarrow OS" \varepsilon Cn \alpha$ <sup>4</sup>

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

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

---

<sup>3</sup> 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 “O” representa una norma.

<sup>4</sup> 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.]<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> 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.]<sup>6</sup>.

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)

---

<sup>6</sup> 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”)<sup>7</sup>

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

---

<sup>7</sup> 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)]<sup>8</sup>

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

---

<sup>8</sup> 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)<sup>9</sup>

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

(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

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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*<sup>11</sup>.

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

---

<sup>11</sup> 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)<sup>12</sup>.

## **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

---

<sup>12</sup> 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  $\neg$ PGR

NS 302: CHR  $\Rightarrow$  O PGR

	DCQ CHR	NS 176	NS 302
1	+ +	O $\neg$ PGR	O PGR
2	+ -	O $\neg$ 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 penalmente<sup>13</sup>.

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.

---

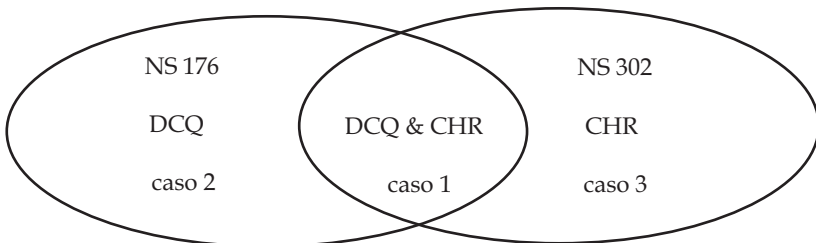
<sup>13</sup> Las relaciones entre los casos del sistema secundario y del sistema primario serán analizadas en el próximo punto 4.

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:

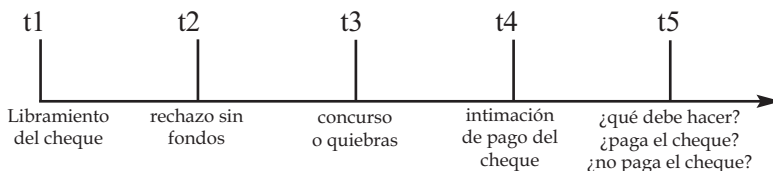
El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación 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 rechazo<sup>14</sup>, Pedro notifica documentadamente a Juan, intimándole al pago en veinticuatro horas.

---

<sup>14</sup> 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 síndico<sup>15</sup>.



¿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.

<sup>15</sup> 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).<sup>16</sup>

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

---

<sup>16</sup> 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 manera<sup>17</sup> ... 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 fácticas<sup>18</sup>, 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.

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> "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 paradójal<sup>19</sup>. 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

---

<sup>19</sup> 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 justificado<sup>20</sup>.

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.

---

<sup>20</sup> 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<sup>21 22</sup>.

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

---

<sup>21</sup> 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.].

<sup>22</sup> 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”<sup>23</sup>.

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

---

<sup>23</sup> 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 igualdad<sup>24</sup>, 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".

<sup>24</sup> 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]<sup>25</sup>

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.

---

<sup>25</sup> 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 incompletos<sup>26</sup>.

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

---

<sup>26</sup> 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.

**MARTILLOS Y CLAVOS: UNA RESPUESTA A  
“NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE  
DEBERES”, DE JUAN PABLO ALONSO**

Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno\*

**Sumario:** I. Introducción: martillos, clavos y parsimonia. II. El sistema del juez cuando en el sistema del ciudadano se da una colisión de deberes. III. La concreta resolución del conflicto. IV. Observación final.

**I. INTRODUCCIÓN: MARTILLOS,  
CLAVOS Y PARSIMONIA**

Según un dicho popular en el ámbito de las políticas públicas, si la única herramienta de la que uno dispone es un martillo, tenderá a ver todos los problemas como clavos. Trasladada al terreno intelectual, la enseñanza subyacente a esta declaración nos advierte sobre los problemas que puede causar el empeño por extender el

---

\* Universitat Pompeu Fabra

uso de una herramienta teórica más allá del ámbito donde ésta es ventajosa. Un martillo es una herramienta extremadamente útil cuando uno pretende insertar clavos, pero no lo es cuando quiere cortar madera o extraer tornillos: para estas otras tareas hay herramientas más eficientes. El problema mencionado aqueja la contribución de Juan Pablo Alonso, “Normas penales y conflicto de deberes”. En ella se utiliza el sofisticado instrumental conceptual de la teoría analítica del Derecho para identificar y resolver un problema jurídico-penal. Se trata, sin embargo, de un problema que ya está identificado y resuelto dogmáticamente, y resulta además que está resuelto a satisfacción incluso del propio Alonso, quien tras un largo rodeo iusfilosófico finalmente aplica la institución dogmática-penal de la colisión de deberes sin conectar tal aplicación con el análisis iusfilosófico previo.

En estas condiciones, entiendo perfectamente legítimo que, ante el artículo de Alonso, el jurista penal lleve a cabo una argumentación similar a ésta: “Se explican dos nociones de deber jurídico, la distinción entre norma primaria y secundaria en Kelsen y la diferencia entre el sistema primario, o del juez, y el secundario, del ciudadano (apartado 1); se determinan los sistemas del juez y del ciudadano en el supuesto concreto (apartados 2 y 3); se comparan ambos sistemas, mostrando sus divergencias (apartado 4). Después de todo ello, sin embargo, en el apartado decisivo a efectos penales (apartado 5: ‘¿Condena o absolución?’), el autor aplica la institución dogmática de la colisión de deberes, sin vincularla con el resto del análisis. ¿Para qué entonces ha servido éste?”

En este punto comienza mi preocupación. La teoría analítica del Derecho es una compleja pero fecunda forma de elaboración conceptual<sup>1</sup>. En su aplicación en el campo penal, sin embargo, tiene una

---

<sup>1</sup> No voy a entrar en la discusión sobre la oportunidad de referirse a una parte de la elaboración filosófica en general y iusfilosófica en particular como “analítica” (para una excelente discusión, v. GLOCK 2008). Para los efectos limitados de este artículo nos valdrá con entender que en el ámbito iusfilosófico esta denominación se reserva para una perspectiva que se caracteriza por la importancia que otorga a “explicitar las conexiones lógico-formales y epistemológicas de los enunciados que utiliza el teórico del derecho (...) pulir y mantener limpios los conceptos que utilizamos y precisar las reglas que nos permiten combinarlos a fin de evitar el peligro de la confusión y la falacia” (GARZÓN VALDÉS 2000: 12).

dura competidora en la dogmática desarrollada sobre la base de la teoría jurídica del delito, una teoría de la imputación altamente sistematizada y profundamente analítica (en un sentido coloquial del término, referido a la elaboración teórica basada en la descomposición de los conceptos en sus partes integrantes). Buena parte de los penalistas, aunque desde luego no todos, ven la teoría analítica del Derecho como algo prescindible. Ello se debe a que entre los penalistas prevalece una excelente opinión acerca de las posibilidades de la teoría jurídica del delito, frecuentemente considerada la parte "noble" del Derecho penal académico y, de nuevo según el sentir mayoritario entre los penalistas, una de las obras cumbre de toda la elaboración teórica en Derecho (MIR 1987: 180; Díez RIPOLLÉS 1998: 51). Así las cosas, entre los penalistas es común la sospecha de que es poco o más bien nada lo que a la elaboración jurídico-penal puede aportar la teoría analítica del Derecho (o, en general, cualquier otra teoría distinta de la teoría jurídica del delito de cuño alemán).

La contribución de Juan Pablo Alonso da pábulo a este tipo de razonamiento. Se introducen conceptos y distinciones, en ocasiones complejos, pero finalmente se resuelve el problema acudiendo a la teoría jurídica del delito. ¿Por qué entonces no acudir directamente a ella y olvidarse de la teoría analítica del Derecho? El castellano de mi país se refiere a este tipo de situaciones afirmando lacónicamente que "para este viaje no hacen falta alforjas". Con un lenguaje más sofisticado, la moderna filosofía de la ciencia habla del "principio de parsimonia" o, en términos más clásicos, de la "navaja de Ockham". Expresado concisamente, este criterio de decisión entre teorías nos indica que, entre dos teorías con el mismo contenido explicativo, ha de preferirse aquella que lo haga con menor uso de recursos conceptuales<sup>2</sup>. En el caso que nos ocupa, el problema jurídico-penal descrito por Alonso es fácilmente identificable como un supuesto de colisión de deberes, sin necesidad de acudir a ninguna de las distinciones ofrecidas por el autor, y es así mismo

---

<sup>2</sup> En general sobre los criterios de decisión entre teorías, v. THAGARD (1978, *passim*, esp. 79-89). Sobre el principio de parsimonia, v. DOMÈNECH (1998: 139-140). Para una aplicación específica en el ámbito del Derecho penal, la decisión entre diversas teorías sobre la conceptualización de la relación entre tipicidad y antijuridicidad, v. ORTIZ DE URBINA (2008: 24-26).



resoluble acudiendo a teorías dogmáticas al uso, de nuevo sin tener que pasar por los conceptos y distinciones propuestas. ¿Qué ganamos con el utillaje conceptual propuesto? ¿Por qué no limitarnos a la teoría jurídica del delito si es ésta la que finalmente decide la cuestión?

Pero quizás estoy siendo injusto con Alonso. A fin de cuentas, el objeto de su trabajo no es, o no sólo es, solventar una cuestión penal. En la p. 25 de su trabajo tal objeto se describe, en términos más amplios, como el análisis de las relaciones entre el “sistema del juez” y el “sistema del ciudadano” en el ámbito del Derecho penal, explorando la patología (en el sentido de falta de correspondencia entre ambos sistemas) que se produce cuando el sistema del ciudadano presenta conflictos entre deberes jurídico-penales. Sin embargo, también esta distinta definición del objeto de la indagación me genera dudas.

En primer lugar, al penalista ha de explicársele por qué esta exploración tiene algún tipo de interés para él. Ello no resulta en absoluto evidente cuando se tiene en cuenta que al penalista ya le resulta poco fructífero explorar la patología inicialmente estudiada por Alchourrón y Bulygin a la que alude Alonso, aquella que se produce por la existencia de lagunas normativas en el sistema del ciudadano. Tal supuesto no es interesante para el penalista dado que, por la actuación de la regla de clausura en la que consiste el principio de legalidad penal, la existencia de lagunas normativas en el sistema del ciudadano no provoca ninguna disfunción al juez, puesto que si no se dan todos los presupuestos de la condena éste necesariamente ha de absolver. Ciertamente, la falta de interés de la cuestión para el penalista es contingente a la subsistencia del principio de legalidad y sus dos principales corolarios, las garantías criminal y penal. Pero esa existencia es y ha sido un presupuesto de la labor jurídico-penal al menos durante los 150 últimos años, probablemente el presupuesto más fundamental, de modo que la indagación de las consecuencias de su eventual inexistencia no puede en absoluto considerarse una prioridad<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Por el contrario, sí es prioritario prestar atención al hecho de que, a pesar de su reconocimiento generalizado, estas dos garantías no pasan por su mejor momento. Especialmente preocupante es la relajación de la interdicción de la retroactividad penal desfavorable y el desdibujo de la distinción entre penas y medidas de seguridad. Sobre el primer tema, puesto negro sobre blanco por

En segundo lugar, la exploración que en concreto desarrolla Alonso parte de una inadecuada especificación de los sistemas del juez y del ciudadano. Una más completa especificación de ambos -en el caso cuyo análisis se nos propone- muestra que entre ellos no existen divergencias. Alonso no lo percibe porque su análisis indebidamente excluye de ambos sistemas el juego de las normas que establecen eximentes. En términos jurídico-dogmáticos al uso: porque su análisis se limita a la tipicidad, sin incluir el del resto de las categorías de la teoría jurídica del delito, y muy en especial las normas que eximen de responsabilidad<sup>4</sup>. Ciertamente, Alonso resuelve limpiamente la contradicción por él detectada utilizando la colisión de deberes<sup>5</sup>. Pero lo hace después de entender que tal contradicción existe, y ello sólo es cierto bajo su particular reconstrucción de los sistemas del juez y del ciudadano.

---

la última línea jurisprudencial del TS español sobre el cómputo de beneficios penitenciarios, v. CUERDA (2006); sobre el segundo, v. ROBINSON (2008: capítulo 6).

<sup>4</sup> En adelante me referiré prioritariamente a las normas que prevén causas de justificación, porque tanto Alonso como yo entendemos que la colisión de deberes funciona en el caso como causa de exclusión de la antijuridicidad. Dependiendo del problema concreto que se quiera analizar, sin embargo, la correcta construcción del sistema del juez puede exigir la consideración de otras causas de exclusión de la sanción, dado que su existencia (sean causas de exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad) obliga al juez a absolver.

<sup>5</sup> Como es sabido, mientras que parte de la doctrina considera que en la colisión de deberes el sujeto siempre resulta justificado si no se decide por el deber de menor rango (esto es, si cumple el de mayor rango o cualquiera de los dos, si son de igual rango), para otro sector doctrinal la colisión entre deberes del mismo rango tiene carácter exculpante y no justificante. No me queda claro cuál es la posición de Alonso. Si bien parece apuntar a la primera postura, citando con aprobación la opinión de Roxin, al mismo tiempo en la p.56 afirma que "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". Sin embargo, en el caso que se cita, que es el que Roxin pone como ejemplo canónico de colisión de deberes, de seguir la primera opinión doctrinal el padre estaría justificado, por haber cumplido con un deber del mismo rango que el omitido (esto es, por cierto, lo que afirma ROXIN 2006: 779-783).

En lo que sigue mostraré que la especificación de los sistemas del juez y el ciudadano que realiza Alonso es inadecuada (apartado II). A continuación mostraré que también lo es su aplicación de la institución dogmática de la colisión de deberes al caso concreto (apartado III). Concluiré con una sucinta reflexión final (apartado IV).

## **II. EL SISTEMA DEL JUEZ CUANDO EN EL SISTEMA DEL CIUDADANO SE DA UNA COLISIÓN DE DEBERES**

Como explica Alonso, un subconjunto de normas primarias regula la actividad sancionadora del juez respecto a un concreto universo de discurso. En el apartado 2 de su artículo Alonso restringe el universo de discurso al juego de los artículos 176.3º y 302.1º y nos muestra en qué situaciones el juez ha de sancionar. Como podemos comprobar, el sistema es consistente, puesto que no hay soluciones normativas incompatibles entre sí y, en virtud del principio de legalidad, también completo, dado que no existen casos en los que quede indeterminado qué hacer respecto de la imposición de la sanción penal: en todos los supuestos es claro si ha de absolverse o de condenarse (y, en este último caso, por qué delito).

El problema que interesa a Alonso aparece en el apartado 3 de su contribución, cuando nos muestra que el sistema del ciudadano, esto es, el subconjunto de normas que regula la conducta de los ciudadanos respecto de un específico universo de discurso, presenta una colisión de deberes. Éste se concreta en la situación de quien, en proceso concursal, es intimado al pago, fuera de las reglas del concurso, de un cheque rechazado. ¿Cuál es el deber del ciudadano? Por un lado, y según el artículo 176.3º del Código penal Argentino, el sujeto no puede efectuar pagos fuera de las reglas de concurso; por otro, conforme el artículo 302.1º del mismo texto legal, intimado al pago de un cheque rechazado, ha de efectuar tal pago en el plazo de 24 horas.

La situación resulta problemática desde el punto de vista pragmático porque nos resulta inconcebible que la orientación que el ciudadano recibe del sistema jurídico sea del tipo: “hagas lo que hagas estás condenado”, y esto es precisamente lo que según Alonso sucede en

el caso. Sin embargo, ¿realmente es esto lo que le dice el sistema jurídico al ciudadano en el caso? Entiendo que no. El Código penal argentino no sólo contiene normas de mandato o prohibición, sino que también prevé normas que excluyen la sanción de conductas que sin su existencia serían sancionadas. En el caso que nos ocupa resulta del máximo interés el art. 34 de tal Código penal, que sin grandes precisiones dogmáticas indica que "no son punibles" una serie de conductas, entre las que se incluye la de "El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño" (3º). Estamos ante la regulación del estado de necesidad, una causa de justificación que, en opinión ampliamente mayoritaria, incluye la colisión de deberes<sup>6</sup>. Se trata de una disposición de la parte general del Código penal tendencialmente aplicable a cualquier delito y que califica deónticamente como permitida toda conducta que cumpla con los requisitos que establece<sup>7</sup>.

Lo que Alonso necesita para justificar su caracterización de los sistemas del juez y del ciudadano es una explicación de por qué deja de considerar unas normas, las relativas a la justificación, que son válidas, vigentes, aplicables y del mismo rango que las previstas en los

---

<sup>6</sup> En un principio Alonso parece entender que la colisión de deberes es un supuesto de cumplimiento de un deber, eximente recogida en el inciso 4º del artículo 34 (v. p. 48, nota 20), si bien luego se refiere a ésta como un supuesto de estado de necesidad (p. 55). Entiendo que esta última caracterización dogmática es la correcta, una opinión compartida por la doctrina argentina mayoritaria (RIGHI 2002: 54; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR 2000: 474 –si bien estos últimos autores se apartan de este consenso-). En lo que sigue partiré de que ésta es también la opinión de Alonso.

<sup>7</sup> Existe un salto entre afirmar que algo "no es punible" (como hace el art. 34 del Código penal argentino) y que su calificación deóntica es la de conducta permitida. Según el entendimiento ampliamente mayoritario, las conductas antijurídicas pero excusadas y las conductas antijurídicas y culpables que caen bajo una causa de exclusión de la punibilidad tienen la calificación deóntica de prohibidas, y sin embargo no son punibles. Así, para quienes en algunos supuestos el estado de necesidad es una causa de exclusión de la culpabilidad, no será cierto que la conducta en cuestión esté permitida: simplemente su autor no será sancionado. Como se advirtió en las dos notas anteriores, tanto Alonso como yo entendemos que la colisión de deberes es un subconjunto del estado de necesidad y que tiene efecto justificante incluso cuando los deberes en colisión poseen el mismo rango. Esta última es una opción discutida, pero siendo compartida por Alonso y por mí, su discusión puede quedar para otro momento.

artículos 176.3º y 302.1º por él escogidos. Por supuesto, Alonso puede construir los subconjuntos normativos que quiera (y por eso afirmo que su especificación del sistema del juez y del ciudadano es inadecuada, no errónea). Es perfectamente posible construir un conjunto integrado por los números pares, Jhering y Savigny<sup>8</sup>. Sin embargo, uno se pregunta para qué pueda servir construir semejante conjunto. Del mismo modo, tampoco se ve la utilidad de construir un subconjunto de normas que deja fuera algunas normas válidas, vigentes y aplicables al caso, cuya toma en consideración obliga a solucionar el supuesto en sentido distinto del que lo hace el subconjunto escogido por Juan Pablo Alonso (y en el mismo sentido al que finalmente llega Alonso tras aplicar la colisión de deberes).

En el sistema construido por Alonso los jueces se encuentran ante la obligación de sancionar al sujeto tanto si paga como si no paga el cheque, y ello genera un conflicto al ciudadano del caso, que por imperativo lógico tiene que llevar a cabo una de estas dos conductas. Sin embargo, en el subsistema jurídico-penal argentino realmente aplicable al caso, la colisión de deberes opera de modo tal que *ex ante facto* tanto el juez como el ciudadano saben que, de cumplir con el deber más importante (si es que alguno prevalece), el sujeto quedará exento de responsabilidad. Ningún abogado argentino que sepa de la existencia de la institución de la colisión de deberes le dirá a un cliente que se encuentre en la situación analizada que haga lo que haga el juez tendrá la obligación de sancionarle. Lo que le dirá es que, si cumple el deber más importante (en caso de equivalencia, cualquiera de ellos), su conducta estará justificada y por lo tanto tendrá la calificación de permitida. Que la especificación de los sistemas del juez y del ciudadano de Alonso no dé cuenta de esta calificación deóntica, cuando ésta se puede hacer fácilmente, muestra su inadecuación.

No es fácil entender qué sentido tiene indagar las contradicciones que surgen de la puesta en común de dos subsistemas cuyos elementos son escogidos por el propio autor cuando el problema surge precisamente por no incluir en ellos una norma, la que establece el carácter justificante de la colisión de deberes, que forma parte del

---

<sup>8</sup> El ejemplo es de HERNÁNDEZ MARÍN (1982: 41).

sistema jurídico argentino. Se prescinde de tal norma para luego hacerla aparecer como un *deus ex machina* que solventa el "conflicto". ¿Por qué no incluir la colisión de deberes en la definición de los sistemas del ciudadano y del juez, disolviendo el conflicto? A mí no se me ocurre ni un solo motivo por el que no hacerlo, y por esta razón entiendo que la construcción que se nos presenta es innecesaria y, en cierto modo, perturbadora, en cuanto genera la impresión de que existe un conflicto pragmático donde éste realmente no se da: *ex ante facto* tanto el juez como el ciudadano saben que la conducta consistente en el cumplimiento del deber más importante tiene la calificación deóntica de permitida. ¿Por qué fingir que está primero prohibida y luego permitida?

Como el lector habrá podido observar, la situación recuerda a la discusión sobre la relación entre el tipo y la antijuridicidad en Derecho penal, y concretamente en torno a la viabilidad de la denominada "teoría de los elementos negativos del tipo". En otro lugar he dedicado unas pocas decenas de páginas a esta polémica, desarrollada con más calor que luz durante los últimos 80 años, mostrando los errores conceptuales cometidos por ambos polos de la discusión (ORTIZ DE URBINA 2008). Aquí me limitaré a ofrecer un resumen de los extremos de dicha discusión que tienen incidencia sobre el tema que nos ocupa.

El efecto de las causas de justificación puede explicarse entendiendo que éstas excluyen las normas directivas "correspondientes" o que introducen nuevas definiciones en tales normas. En el primer caso (exclusión), se afirma que en los casos en los que se dan las condiciones para aplicar tanto una norma directiva o prohibitiva determinada (por ejemplo, la norma prohibitiva que se extrae del tipo penal que define el homicidio) como una norma permisiva (por ejemplo la legítima defensa), la segunda norma excluye la aplicación de la primera<sup>9</sup>. En el segundo caso (redefinición), se afirma que la situación

---

<sup>9</sup> El principio de especialidad es el criterio habitual de resolución de conflictos entre normas cuando éstas se encuentran en una relación de *subordinación* en el sentido que KLUG (1956) dio al término, es decir, cuando los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la norma X siempre caen así mismo dentro del ámbito de aplicación de la norma Y, sin que lo contrario sea cierto. Para una clara explicación de las relaciones normativas de heterogeneidad, interferencia y subordinación adelantadas por Klug, v. HRUSCHKA (1988: 387-396, especialmente 389-392).

de colisión generada a partir de la concurrencia de la norma directiva con la permisiva se resuelve entendiendo que los presupuestos de la permisiva se incorporan a la norma directiva en forma de “elementos negativos”, redefiniendo por tanto su ámbito de aplicación (este parece ser el procedimiento seguido por la teoría de los elementos negativos del tipo en su versión mayoritaria, que suele afirmar que el tipo del homicidio ha de leerse como una prohibición de matar salvo que concurren circunstancias eximentes, que forman parte de la definición del homicidio como elementos “negativos” cuya presencia impide su apreciación)<sup>10</sup>.

Frente a lo que ha entendido la dogmática penal de influencia alemana, la decisión sobre si las causas de justificación desplazan a las prohibiciones o se integran en éstas como elementos negativos no se resuelve mediante sesudas investigaciones sobre los principios fundamentales del Derecho penal, sino de un modo más prosaico: atendiendo a la técnica legislativa efectivamente utilizada.

Las normas son –en el caso de las leyes– el resultado de la interpretación de los enunciados aprobados por el legislador. Tal y como apunta LUZÓN (1996: 299), el legislador en ocasiones evita el conflicto normativo incluyendo las excepciones dentro del propio enunciado de la norma de mandato. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el código penal español, cuando en las detenciones ilegales y secuestros realizados por autoridad o funcionario (art. 167) se emplea la expresión “fuera de los casos permitidos por la Ley”. Si la detención se hace dentro de los casos legales, simplemente no se cumple con la descripción del delito de detenciones ilegales hechas por autoridad o funcionario, sin necesidad de acudir al cumplimiento de un deber como causa de justificación. El legislador podría introducir las causas de justificación

---

<sup>10</sup> El mismo procedimiento (exclusión/redefinición) puede seguirse en todos los casos en los que dos normas se refieren al mismo supuesto de hecho disponiendo consecuencias jurídicas incompatibles, de modo que la discusión no se restringe al ámbito jurídico-penal, ni en éste al de la antijuridicidad, sino que es más general. Este extremo fue puesto de manifiesto en la obra de MINAS-VON SAVIGNY (1972: 3-6). Incomprensiblemente (dado que la obra es muy citada, y por lo tanto es de suponer que también ha sido muy leída), tanto este extremo como otras importantes aportaciones de dicha obra son rutinariamente ignorados en el tratamiento de la cuestión.

como parte de la definición de cada uno de los delitos: después de describir los elementos que actualmente caracterizan el delito de que se trate, se establecería que la pena correspondiente se impondrá salvo que concurren los elementos definitorios de las distintas causas de justificación. Así, de considerar el legislador que el estado de necesidad es de aplicación en el tipo del art. 176, inciso 3º, éste quedaría de la siguiente manera:

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, excepto cuando ello se hubiera hecho para evitar un mal mayor inminente a que ha sido extraño.

El problema es que el "excepto cuando" del anterior ejemplo tendría que referirse no sólo al estado de necesidad, sino a todas las causas de exención de responsabilidad penal, lo que resultaría en tipos penales muy extensos y repetitivos. Por razones de economía legislativa, entonces, este procedimiento no es el más usual. En los ordenamientos jurídicos modernos normalmente se prefiere establecer un catálogo de eximentes de aplicación tendencialmente general a todos los delitos. En los ordenamientos en los que esto es así, entre los que se encuentran tanto el argentino como el español y el alemán, la conducta justificada se puede incluir *-prima facie*, si se quiere- tanto en el supuesto de hecho de la norma de mandato/prohibición como en el de la norma de permiso (un homicidio justificado en legítima defensa cae tanto dentro de la norma que prevé el homicidio como de aquella que prevé su justificación cuando se dan ciertos requisitos). Se produce por tanto una colisión normativa<sup>11</sup>, que se solventa otorgando prelación al precepto especial, esto es, al que prevé la causa de justificación<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Muy claros en este sentido, HRUSCHKA (1980: 121-122); KINDHÄUSER (1989: 107-111).

<sup>12</sup> Como afirma KLUG (1956: 69-70), el criterio de especialidad no tiene carácter lógico, ya que de las relaciones formales entre enunciados no puede inferirse



¿Qué relevancia tiene el anterior análisis? En sí mismo, y de nuevo frente a lo que se ha venido pensando en la discusión en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo, ninguna. Pero sí sirve para poner de manifiesto un aspecto importante de la motivación a través de normas penales:

*Desde el principio, no se prohíbe genéricamente matar, sino sólo matar en las situaciones A, O, C (...) lo que ocurre es que la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación (SILVA, 1992: 360, énfasis añadido).*

Según esta concepción, que comparto, en términos pragmáticos no se pretende motivar a la evitación de hechos típicos, sino a la de hechos antijurídicos<sup>13</sup>. Si adoptamos la perspectiva del sujeto que actúa, para él “desde el principio” su conducta está permitida, toda vez que cuando comienza a actuar el ordenamiento jurídico ya ha resuelto por medio del principio de especialidad el conflicto entre las dos normas, y lo ha hecho en favor de la permisón de su conducta. Al sujeto que actúa el ordenamiento jurídico no le ofrece una doble calificación

---

que el principio de especialidad sea preferible a un hipotético “principio de generalidad”. Sin embargo, su adecuación y su utilidad en el ámbito de la razón práctica (no sólo en el Derecho) están fuera de toda duda, ya que la especialidad garantiza que las descripciones más precisas de las acciones, las que más elementos han tenido en cuenta, sean las que predominen.

<sup>13</sup> En este mismo sentido, LUZÓN (1996: 299): “Según esta concepción el tipo penal no tiene por misión describir conductas neutras, ni meramente indiciarias de una prohibición pero que realmente pueden resultar valoradas positivamente y permitidas, sino que su función es que la ley describa, para conocimiento general y para cumplir su función de norma de determinación de las conductas de los ciudadanos, todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la valoración negativa y consiguiente prohibición general –frente a todos- de una conducta, y ello sólo sucede si en la misma no concurren causas de justificación”. En el planteamiento de LUZÓN resulta criticable la vinculación de la justificación penal a la valoración positiva de la conducta: para que tenga sentido justificar una conducta es suficiente con que ésta no sea merecedora de una valoración global negativa.

deóntica (primero prohibido/luego permitido), sino sólo una. Su conducta está desde el inicio de su actuación permitida, y no "primero prohibida pero luego permitida": quien es agredido y emprende una acción defensiva no lleva a cabo "primero" una acción prohibida y "luego" una permitida, ya que desde el momento en que comienza a defenderse el ordenamiento jurídico anuda una única calificación deóntica a su actuación: la permisión. Así pues, podemos decir que desde el punto de vista normológico, desde el principio y hasta el final, hay dos normas, mientras que desde el punto de vista pragmático el sujeto recibe un único mensaje normativo puesto que la norma especial (en este caso el permiso) desplaza a la general (la prohibición).

Esta dimensión pragmática es la razón por la que no se entiende que Alonso prescinda de las normas de permiso en su descripción de los sistemas del juez y del ciudadano.

Según el sistema del ciudadano que se nos propone, el sujeto tiene que decidir entre (a) pagar un cheque, y ser condenado por infracción de las reglas del concurso, y no pagarlo, y (b) ser condenado por un delito de impago de cheque. La realidad, sin embargo, es que el sujeto se encuentra en situación de colisión de deberes, y en estos casos el ordenamiento jurídico *ex ante facto* y de modo general prevé la exclusión de responsabilidad si se cumple el deber más importante (y, lógicamente, prohíbe al juez sancionar). Cuando se dan los presupuestos de dicha causa de justificación esta actúa como norma especial, desplazando la aplicación de la norma de mandato. En el caso propuesto por Alonso, de pensarse que estamos ante deberes equivalentes, como él hace (y yo no, pero esta cuestión se analiza en el siguiente apartado), habría que concluir que ya en el sistema del ciudadano la calificación deóntica de su actuación es, haga lo que haga, la de permitida. Si el ciudadano decide pagar el cheque, el art. 34.3 del Código penal desplazará a la disposición contenida en el art. 176.3º, mientras que, si decide no pagarlo, el mismo art. 34.3 desplazará al art. 302.1º, en ambos casos por ser norma especial respecto de cualquiera de ellos puesto que, además de sus respectivos elementos (que el art. 34.3 incluye por remisión, al referirse a los "males"), incluye aquellos que aluden a la existencia de una situación de necesidad. La simple inclusión del art. 34.3 del Código penal en la descripción del sistema del ciudadano acaba

con la perplejidad pragmática en la que la descripción propuesta por Alonso nos sumía: tras su inclusión, el sistema del ciudadano y el del juez son coherentes. La perplejidad ahora es otra: ¿por qué no se ha incluido el art. 34.3 en la determinación de las obligaciones del juez y del ciudadano?

### **III. LA CONCRETA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO**

Hasta aquí se ha analizado lo que entiendo que es una deficiente especificación de los sistemas del juez y del ciudadano por la indebida omisión de las normas que contienen circunstancias eximentes, y en concreto del art. 34.3 del Código penal argentino, que tipifica el estado de necesidad/la colisión de deberes. Pero no acaban aquí los problemas de la contribución que se analiza. Una vez determinado que en el caso concreto estamos ante un supuesto de colisión de deberes, Alonso concluye que el sujeto en ella inmerso quedará exento de responsabilidad haga lo que haga, esto es, cumpliendo cualquiera de los deberes. Ello sería así porque, según Alonso, es imposible asegurar que uno de los dos tipos penales en conflicto imponga un deber de mayor rango que el otro.

Yo voy a afirmar lo contrario: el tipo contenido en el art. 176, inciso 3º establece un deber superior al establecido por el art. 302, inciso 1º, y por lo tanto el sujeto sólo quedará exento de responsabilidad cumpliendo con ese deber.

La cuestión es puramente dogmática: cómo ha de procederse en la determinación de la jerarquía entre deberes penales. Hay supuestos que resultan muy complejos, pero enseguida mostraré que éste no lo es. No voy sin embargo a profundizar en el posible problema que puede suponer la ausencia de previsión legal específica de la obligación de cumplir con el deber más importante. En primer lugar, porque Alonso no lo hace (lógicamente, dado que entiende que los deberes en conflicto son equivalentes por no poder argüirse justificadamente la primacía de uno de los dos) y, en segundo lugar, porque la colisión de deberes se conceptualiza como un subconjunto del estado de necesidad, y en los casos en los que hay dos deberes en conflicto quien elige cumplir el

menos gravoso estaría incumpliendo el presupuesto de la institución: que exista una situación de necesidad<sup>14</sup>.

Alonso lleva a cabo su análisis de la jerarquía de los dos deberes en colisión en el apartado 5.2 de su trabajo. En éste se centra en mostrar que en realidad no puede afirmarse que alguno de los dos deberes en juego prevalezca sobre el otro. Para ello comienza por intentar rebatir el argumento más común, que podríamos denominar "cuantitativo", según el cual, para determinar qué deber jurídico es más importante, ha de atenderse a las consecuencias de su infracción: el deber más importante será el establecido por el precepto que prevea una sanción más elevada. A continuación, efectúa un análisis más cualitativo de los bienes jurídicos protegidos por ambas normas, para concluir que estamos ante "bienes jurídicos distintos que apuntan hacia principios distintos (la propiedad, por un lado; el libre mercado, por el otro), y es difícil, sino (*sic*) imposible, determinar cuál de ellos debe prevalecer en desmedro de otro" (p. 54).

a.- Comenzaré por esta última conclusión. Los bienes jurídicos protegidos por los tipos de los que extraemos las normas en colisión son sin duda dispares, pero en absoluto presentan una disparidad mayor que otros muchos supuestos de estado de necesidad. Así, no veo razón alguna para entender que la distancia cualitativa entre la propiedad y el libre mercado sea mayor que la existente entre la propiedad y la vida (sujeto que tiene que romper una ventana ajena para acceder a la habitación en la que su hijo se está asfixiando) o la libertad ambulatoria y la vida (sujeto que inmoviliza a otro, ebrio, que camina hacia un precipicio). Por el contrario, creo que en el caso que se nos presenta estamos ante bienes jurídicos cualitativamente muy similares.

Alonso entiende que el bien jurídico protegido por el delito de cheque en descubierto es el libre mercado, y aporta referencias doctrinales en tal sentido. A mí tal calificación me resulta, como poco, incompleta. Sin duda el sistema financiero (y traslaticamente el libre

---

<sup>14</sup> El acuerdo doctrinal al respecto lo resumen ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2000: 602): "La necesidad juega un papel central en la legítima defensa, en el estado de necesidad justificante y en la exclusión de la culpabilidad. En los tres supuestos, el concepto no varía: se entiende que *media necesidad cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión*" (énfasis suyo).

mercado) puede verse afectado por el impago de cheques y la pérdida de fiabilidad de tal medio de pago. Sin embargo, no creo que pueda dudarse de que el impago del cheque también afecta al patrimonio del acreedor, de modo que puede afirmarse que existe una referencia individual en el bien jurídico colectivo protegido<sup>15</sup>. Y viceversa: el delito concursal puede proteger el patrimonio del deudor, como dice Alonso (aunque es claro que lo hace instrumentalmente, para proteger el de los acreedores). Sin embargo, al proteger la prelación de créditos en los concursos al mismo tiempo se protege la confianza en los procedimientos concursales, lo que sin duda también protege el libre mercado. Es decir: en este caso el bien jurídico que se caracteriza como individual también tiene una vertiente colectiva. A fin de cuentas, ambos bienes protegen el mismo bien jurídico individual (el patrimonio de los acreedores) y el mismo bien jurídico colectivo (el libre mercado, a través de la confianza en ciertas instituciones básicas de la economía de mercado).

b.- Como se ha visto, no creo que los bienes jurídicos en conflicto sean cualitativamente distintos. Sin embargo, precisamente porque en otros casos pueden serlo es por lo que en aras de la objetividad se acude al criterio de la pena con la que se protegen dichos bienes. Alonso, sin embargo, presenta diversas objeciones a este proceder:

“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’” (p. 51).

Este argumento no apoya la posición de Alonso, sino que, al contrario, concede la mayor: que los intereses (bienes) más importantes se protegen con penas más elevadas y que, si esto es así, la existencia de

---

<sup>15</sup> Según ha mostrado recientemente KUHLEN (2006: 154-155), la caracterización de un concreto bien jurídico puede ser objeto de muchas manipulaciones. Sin embargo, la caracterización que he hecho es exactamente la que impera en el Derecho penal español. En éste, después de 1995, el impago de cheques dejó de ser un delito autónomo para integrarse como una agravante específica del delito de estafa (art. 250.1º 3º), un delito cuyo principal objeto de protección es el patrimonio.

una pena más alta permite inferir la existencia de un bien (en nuestro caso un deber) más importante. Ello se ve bien si trasladamos la retórica de la argumentación expuesta al caso que nos ocupa:

No puede afirmarse que "la obligación de respetar las reglas del concurso" es más importante que "la obligación de pagar los cheques que uno extiende" porque lo primero está penado más severamente que lo segundo, sino lo contrario: porque la protección del patrimonio es más importante que la protección del libre mercado es que "no respetar las reglas del concurso" tiene mayor pena que "no pagar los cheques que uno extiende."

Como decía, con su argumento Alonso concede la mayor: es porque el patrimonio es más importante que el libre mercado que el artículo 176.3° prevé una pena mayor que el art. 302.1°. Así pues, podemos comparar el valor relativo de los deberes que ambos preceptos imponen para la protección de los bienes subyacentes y concluir que el deber establecido por el 176.3° ha de considerarse más importante.

c.- Tampoco parece acertada la alusión de Alonso a la existencia de supuestos en los que bienes jurídicos importantes se protegen de manera alternativa al sistema penal. Tales supuestos efectivamente existen, pero no parece que resulten muy relevantes para el caso que nos ocupa, dado que no estamos ante un supuesto en el que uno de los dos bienes se proteja sólo extrapenalmente en atención al principio de *ultima ratio* y por existir mecanismos extrapenales que protegen suficientemente el bien en cuestión. En este supuesto, por el contrario, el legislador ha decidido proteger ambos bienes mediante el establecimiento de deberes cuyo incumplimiento se sanciona penalmente, de modo que lo que ocurra en esos otros casos es, sin un ulterior razonamiento, irrelevante.

Mejores argumentos habría encontrado Alonso de haber tirado del hilo que le ofrecía Claus Roxin en unas afirmaciones por él citadas (p. 51): en ocasiones la magnitud de la pena "está esencialmente determinada por las modalidades de ataque". Ello es cierto, y pondré dos ejemplos de situaciones en las que esto ocurre.

En primer lugar, cuando los tipos difieren en cuanto a sus condiciones de imputación subjetiva. Los delitos dolosos prevén penas

superiores a los imprudentes, de modo que el que el delito de estafa tenga en el ordenamiento jurídico español una pena superior al homicidio por imprudencia leve, no significa que en el ordenamiento jurídico-penal español el patrimonio se considere un bien jurídico más importante que la vida, sino que se explica en atención a la diferente modalidad de ataque (dolosa/imprudente)<sup>16</sup>.

En segundo lugar, puede ocurrir también que dos tipos con iguales exigencias en cuanto a la imputación subjetiva (dos tipos dolosos, pongamos) difieran en cuanto a la gravedad del ataque al bien jurídico. En ocasiones los tipos hacen referencia a la necesidad de que el ataque al interés protegido sea “grave”, o rebajan tal requisito a “leve”. En estos casos también pueden producirse diferencias penológicas que no tienen que ver con el valor del bien en sí, sino con la intensidad con la que éste es atacado. El ejemplo de las lesiones resulta particularmente ilustrativo: todos los delitos de lesiones protegen el bien jurídico “indemnidad física y psíquica”, pero sus penas varían considerablemente en atención al alcance de la lesión de tal bien jurídico. Algunos tipos de lesiones tienen penas menores que algunos delitos que protegen la propiedad. Sin embargo, los tipos más graves de lesiones tienen penas mayores que los delitos contra la propiedad con más pena.

En casos como los señalados, decía, es posible que la diferencia de pena se explique por factores distintos del valor de los bienes jurídicos en cuestión. Sin embargo, el argumento, correcto en general, no sirve en el caso que nos ocupa, dado que los tipos previstos en los artículos 176.3º y 302.1º comparten forma de imputación subjetiva (son ambos dolosos) y ninguno establece requisitos especiales en cuanto a la entidad de la lesión del bien jurídico.

d.- El último argumento de Alonso para negar que en el caso exista un deber superior a otro tiene que ver con la pena explícitamente prevista:

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

---

<sup>16</sup> Lo mismo ocurre cuando uno de los tipos en cuestión es de peligro y el otro es de resultado: tampoco en este caso tendría sentido la comparación porque no se está ante el mismo grado de lesividad para los bienes jurídicos en juego.

comparten gran parte de la escala penal, situación que debilita aún más el argumento (p. 51).

El argumento resulta manifiestamente implausible. El tipo previsto en el art. 176.3 prevé una pena de prisión de 2 a 6 años y una inhabilitación especial de 3 a 10 años, mientras que el previsto en el art. 302.1º establece una pena de prisión de 6 meses a 4 años y una inhabilitación especial de 1 a 5 años. A mí, incluso a primera vista, me parece claro que hay diferencias relevantes entre una y otra combinación de penas. Sin embargo, la psicología cognitiva nos muestra que los seres humanos somos un pequeño desastre cuando tenemos que comparar sucesos de poca probabilidad o magnitud, por lo que resulta oportuno acudir a la matemática: el mínimo de la pena de prisión prevista en el primero de los preceptos es cuatro veces superior al del segundo, mientras que el máximo de esa misma pena de prisión es un 50% superior. Si nos fijamos en la pena de inhabilitación especial, el mínimo es tres veces superior y el máximo dos veces superior. En estas condiciones, resulta por completo inadecuado afirmar que las diferencias no son significativas, y por completo irrelevante el que las penas compartan parte (en ningún caso "gran parte", dado que es menos del 50%) de la escala penal. Si la cuestión todavía no resulta clara, pruébese a multiplicar ambas magnitudes por cinco. En tal caso tendríamos dos penas, una de 10 a 30 años de prisión y 15 a 50 años de inhabilitación y otra de 2 años y medio a 20 años de prisión y de 5 a 25 años de inhabilitación. ¿Se observan diferencias relevantes? Claro que sí, y son proporcionalmente las mismas que se dan entre las penas realmente previstas por los preceptos que nos interesan.

A la misma conclusión llegamos desde la perspectiva del sujeto, un criterio al que en ocasiones recurre el legislador (no es inusual que los códigos prevean que en casos de duda sobre la norma más favorable se dé audiencia al reo). En un momento de su artículo (p. 43) Alonso escribe que en la situación que nos ocupa "pagar o no pagar el cheque se torna irrelevante; toda vez que, pague o no pague, procederá la sanción penal". Para no cometer una petición de principio dando por probado aquello que me interesa probar, a efectos estrictamente dialécticos partiré de que efectivamente pagar y no pagar el cheque



tienen la misma calificación deóntica (ambas cosas estarían prohibidas). Incluso bajo este supuesto, sin embargo, pragmáticamente pagar o no pagar el cheque no es en absoluto “irrelevante”: si paga, el sujeto enfrentará una condena de prisión de 2 a 6 años y una inhabilitación especial de 3 a 10 años, mientras que si no paga tendrá que arrostrar una pena de prisión de 6 meses a 4 años y una inhabilitación especial de 1 a 5 años. Pagar o no pagar el cheque es por lo tanto relevante. Incluso bajo el supuesto, entiendo que inadecuado, de que el sistema del ciudadano le indica a éste que haga lo que haga incurrirá en responsabilidad, ningún abogado competente aconsejará a su cliente que pague, dado que ello le supondría una mayor pena, tanto privativa de libertad como restrictiva de derechos. Puede que a Alonso-académico la diferencia entre una y otra pena no le parezca significativa. Pero estoy seguro de que Alonso-ciudadano no comparte su criterio.

Por supuesto, Alonso puede seguir insistiendo en que el legislador se ha equivocado a la hora de establecer las penas. Pero creo que tal protesta debe entenderse como una propuesta *lege ferenda*. Dogmáticamente, cuando hablamos de la primacía de un deber sobre otro no nos referimos a nuestra opinión al respecto, sino a cuál ha sido la decisión (expresa o implícita) del legislador. En este supuesto, y no habiendo diferencias en cuanto a la imputación subjetiva (ambos tipos son dolosos) ni especiales indicaciones sobre la intensidad de la lesión necesaria, la diferencia entre las penas establecidas no deja lugar a dudas sobre cuál de estos deberes es más importante en el subsistema jurídico-penal argentino: el establecido por el art. 176.3°.

En conclusión: frente a lo afirmado por Alonso, en el supuesto analizado nos encontramos ante una colisión de deberes de distinto rango, en la que el sujeto afectado sólo puede eludir responsabilidad penal cumpliendo el deber de mayor jerarquía, que en este caso es el de respetar las reglas concursales de pago.

#### IV. OBSERVACIÓN FINAL

Toca concluir. Soy un confeso admirador de la aplicación de la teoría analítica del Derecho para la resolución de problemas jurídico-

penales llevada a cabo por Juan Pablo Alonso en la que fue su tesis doctoral, "Interpretación de las normas y derecho penal", y, de modo más general, un firme partidario del uso de este tipo de utillaje conceptual en la elaboración jurídico-penal. En esta ocasión, sin embargo, y por las razones que se han expuesto, su aportación no me resulta convincente.

Las contribuciones de la teoría analítica del Derecho a la resolución de concretos problemas jurídico-penales, si bien existentes y en mi opinión fecundas, no son legión. Aplicar dicho aparato teórico donde éste no mejora en ningún sentido la aportación de la dogmática no va a contribuir a convencer a los penalistas de su utilidad. De hecho, probablemente tenga un efecto desalentador inverso, tanto más preocupante en cuanto se produce en un ámbito del conocimiento, el de la dogmática jurídico-penal, caracterizado por la resistencia a las visiones alternativas y la tendencia a considerar como competidoras formas de análisis que realmente son complementarias.

## BIBLIOGRAFÍA:

- CUERDA RIEZU, A.: “El concurso real y la acumulación de penas en la STS 197/2006, del 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico-penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, VII-2006, pp. 215-226.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de Razón Práctica*, septiembre de 1998, pp. 48-53.
- DOMÈNECH, Antoni: “Ocho desiderata metodológicos de las teorías sociales normativas”, en *Isegoría* N° 18, mayo de 1998, pp. 115-141.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “Prólogo” a *Las claves del derecho*, de Daniel Mendonça. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 11-17.
- GLOCK, Hans-Johann: *What is Analytic Philosophy?*. Cambridge University Press, Cambridge (RU), 2008.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: “Dogmática y Sociología jurídica: sobre la ontología del conocimiento jurídico”, en: Mir Puig (ed.): *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Volumen I, Bellaterra, 1982, pp. 33-52.
- HRUSCHKA, Joachim: “El objeto del juicio de antijuridicidad según el Derecho penal actual. Sobre la consistencia de las posibles concepciones acerca de los errores relativos a las circunstancias de hecho”, en Sánchez-Ostiz (ed.): *Joachim Hruschka. Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, (publicado originalmente en 1980, fecha por la que se cita), pp. 101-125.
- HRUSCHKA, Joachim: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2ª ed. Walter de Gruyter. Berlín/Nueva York, 1988.

- KINDHÄUSER, Urs; *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1989.
- KLUG, Ulrich: "Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal)", en el mismo: *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. Alfa, Barcelona 1989, pp. 55-73 (publicado originalmente en 1956, fecha por la que se cita en el texto).
- KUHLEN, Lothar: "Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen", en von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds.): *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 148-156.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Universitas, Madrid, 1996.
- MINAS-VON SAVIGNY, Jutta: *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*. Carl Heymanns. Colonia et al, 1972.
- MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal", en Ferreiro/Miquel/Mir/Salvador (eds): *La enseñanza del derecho en España*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 178-187.
- RIGHI, Esteban: *Antijuricidad y Justificación*. Lumiere, Buenos Aires, 2002.
- ROBINSON, Paul H.: *Distributive Principles of Criminal Law. Who Should Be Punished How Much?* Oxford University Press, Oxford 2008.
- ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*. 4ª ed. Beck, Munich, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. José María Bosch, Barcelona, 1992.
- THAGARD Paul R.: "The Best Explanation: Criteria for Theory Choice". *Journal of Philosophy* 75 (2):76-92.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro:  
*Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires,  
Argentina, 2000.

## DEBERES JURÍDICOS, TEORÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA PENAL

Luis Duarte d'Almeida\*

En su artículo, Juan Pablo Alonso formula e intenta solucionar un problema que presenta como “conflicto de deberes jurídico-penales”. Utiliza aquí una “noción” de “deber” -que llama “kelseniana”- según la cual “cuando una norma estipula una sanción para la conducta  $\neg p$ , entonces existe el deber jurídico de hacer  $p$ ”<sup>1</sup>. Esta “noción” es contrapuesta a la que llama “noción estándar”. No obstante la terminología empleada, resulta claro que no se trata en realidad de diversas “naciones” de deber. La distinción se refiere, más bien, a dos modos diferentes de “formulación positiva” (de “positivización”) de deberes jurídicos. Un deber es formulado “del modo estándar” si está “explícitamente”

---

\*Facultad de Derecho y *LanCog* (Language, Mind, and Cognition) Group, Universidad de Lisboa; y University College, Oxford. Agradezco a Hernán Bouvier haber revisado el texto y corregido mi castellano.

---

<sup>1</sup>Cf. pág. 22.

formulado en el material legislado. Un ejemplo de deber formulado “del modo estándar” es el de una norma -que Alonso llama “primaria”- que “enlaza una sanción a una determinada conducta”:

la norma primaria responde a la noción estándar de deber jurídico [ya que] (la obligación de sancionar es explícitamente formulada)<sup>2</sup>.

Ya un deber formulado “del modo kelseniano” es un deber -“secundario”, en esta terminología- que se obtiene “por derivación” a partir de un deber “estándar” de sancionar. La “noción kelseniana”, escribe Juan Pablo,

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 el deber jurídico que se deriva de la norma primaria<sup>3</sup>.

Más precisamente, los “deberes” cuyo conflicto Alonso pretende tratar son obtenidos por “derivación kelseniana” a partir de normas “primarias” penales<sup>4</sup>; y el problema es discutido a partir de un case study particular extraído del derecho penal argentino. Sostiene Alonso que de los artículos 176/3 y 302/1 del Código Penal argentino “emergen”, en el “sistema [normativo] del ciudadano” y por “derivación kelseniana”, “deberes jurídico penales”, y que entre esos deberes hay un “conflicto” al menos para un caso. Su artículo es dedicado a la caracterización de este conflicto y, después, a la discusión de las “reacciones del sistema normativo del juez” “ante la existencia de conflictos de deberes jurídico-penales en el sistema del ciudadano”<sup>5</sup>.

Resulta evidente, por lo tanto, que la formulación misma de este problema *depende* de que se acepte que lo que Alonso llama

---

<sup>2</sup> Cf. pág. 25.

<sup>3</sup> Cf. pág. 23.

<sup>4</sup> Parece ser en este sentido que Alonso habla de “deberes jurídico-penales” (énfasis mío), una vez que no hay razón para suponer que los deberes jurídicos cuya infracción sea penalmente sancionada sean deberes específicamente “penales” en algún otro sentido útil del término.

<sup>5</sup> Cf. pág. 26.

“derivación kelseniana” sea efectivamente un modo de “formulación” de deberes. Alonso no parece tener dudas o hesitaciones al respecto. Sostiene que “a veces los deberes jurídicos se formulan del modo estándar, otras veces del modo kelseniano, y en otras ocasiones de ambos modos”. Y sugiere, en general, que en las disposiciones características de “las partes especiales de los Códigos Penales contemporáneos” -en las cuales típicamente se asocia una sanción penal a la descripción de alguna acción u omisión- siempre se obtiene por “derivación kelseniana” el deber de no practicar la acción u omisión correspondiente:

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...”)⁶.

En este artículo intentaré mostrar que la noción de “derivación kelseniana”, sobre la cual está basado todo el trabajo de Juan Pablo Alonso, es insostenible y que -en consecuencia- el problema planteado en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” se disuelve *ab initio* como un falso problema⁷.

## 1

En el centro de la tesis de la “derivación” de normas de comportamiento a partir de normas de sanción parece encontrarse una idea que, aunque conspicuamente presente en varios textos de Kelsen, se encuentra relativamente generalizada en la literatura de Teoría del Derecho. Bentham, por ejemplo, escribe que:

---

⁶ Cf. pág. 23.

⁷ Esto lo entiendo como una crítica dirigida directamente a Alonso, y no a Kelsen –que por cierto, y como sostendré también, nunca defendió en sus escritos esa operación de “derivación” que Alonso ha decidido bautizar (aunque, creo, sin intenciones distorsivas) con el adjetivo “kelseniana”-.



*by implication*, and that a necessary one, the punitory [law] does involve and include the import of the simple imperative law to which it is appended<sup>8</sup>.

### Otro ejemplo es Ross:

if one knows that the courts are directed by these laws to imprison whoever is guilty of manslaughter, then, since imprisonment is a reaction of disapproval and, consequently, a sanction, one knows that it is forbidden to commit manslaughter. *This last norm is implied in the first one directed to the courts; logically, therefore, it has no independent existence.* [...] At times, those drafting statutes employ the device of formulating a legal rule as a directive to courts, leaving it to the citizen to *infer* what conduct is required of him. The criminal code is drawn in exactly this way. Nowhere is it stated in so many words that manslaughter is prohibited. The prescription against this and other crimes is, rather, *inferred from the appropriate rules of the criminal code which are directed to the judge.* [...] Primary norms, *logically speaking*, contain nothing not already implied in secondary norms, whereas the converse does not hold<sup>9</sup>;

Y en Kelsen, de hecho, uno puede leer pasajes como el siguiente:

Cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello *ya queda dicho* que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y su contraria es obligatoria. El ser debido de la sanción implica [o “contiene”: la expresión

---

<sup>8</sup> An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (J. H. Burns, H. L. A. Hart, eds.), London: The Athlone Press (1970) 303; énfasis mío.

<sup>9</sup> Directives and Norms, London: Routledge & Kegan Paul (1968) 91-2; énfasis mío.

original es “*schließt... in sich*”] en sí mismo el estar *prohibida* la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta<sup>10</sup>.

Múltiples cosas podrían decirse acerca de la correcta forma de entender y ubicar estas citas en sus respectivos (y algo diferentes entre sí) contextos teóricos. No me ocuparé de tal tarea. Estos extractos sólo pretenden ilustrar — mediante diferentes formulaciones — la idea según la cual las normas de conducta son en algún sentido “derivables” de las normas de sanción. ¿Cómo se supone, entonces, que opera esta derivación? Consideremos las siguientes dos proposiciones:

- (1) Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro
- (2) Está prohibido matar a otro.

La tesis de la “derivación” parece sostener que la verificación, relativa a un orden jurídico, de una proposición como (1) implica la verdad de una proposición como (2). Pero ¿cómo opera este “pasaje de la ‘norma primaria penal’ al ‘deber jurídico-penal’”?<sup>11</sup> ¿Cuál es el fundamento de la “regla de conversión” de la que habla Alonso?<sup>12</sup>

Anota Alonso, un tanto equívocamente, y citando a Nino, que la derivación “no es una derivación lógica, sino una derivación por definición del concepto de ‘deber jurídico’”<sup>13</sup>. Yo creo, sin embargo, y por el contrario, que la idea envuelta en esta noción de “derivación” se relaciona al concepto de *pena*, o sanción punitiva. Esto es muy claro en los textos de Kelsen. El término “sanción”, sostiene Kelsen, puede ser utilizado en dos sentidos. En su “sentido amplísimo”, “cabe extender el concepto de sanción a todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico”<sup>14</sup>. En el “sentido más estricto y restringido” del término, es

<sup>10</sup> Teoría Pura del Derecho, 2.<sup>a</sup> ed. (1960) 39, énfasis mío; utilizo la traducción de Roberto J. Vernengo, Mexico: Universidad Nacional Autónoma (1979).

<sup>11</sup> Cf. pág. 24.

<sup>12</sup> Cf. pág. 23.

<sup>13</sup> Cf. pág. 23, nota 5.

<sup>14</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 55.

equivalente al de “pena” (“*Strafe*”), y refiere a cualquier “perjuicio” o “mal” que tiene que aplicarse “como consecuencia de determinada conducta”<sup>15</sup>. Ahora bien, en el conocido programa de Kelsen, dirigido a la “reducción” (o “representación”) de todo el material normativo de un determinado orden jurídico a “normas de sanción” -o, de modo más preciso, a la forma de “*Rechtssätze*” declarando “que, bajo determinadas condiciones... deben ejecutarse determinados actos coactivos”<sup>16</sup>- el término “sanción” es usado en sentido amplio. Al mismo tiempo, es claro que para Kelsen las normas de conducta cuya “derivación” está aquí en juego deben ser derivadas no de las normas sancionatorias en sentido amplio, sino de las normas sancionatorias *stricto sensu*:

[T]ampoco todas las normas que estatuyen actos coactivos obligan, sino sólo aquellas que estatuyen el acto coactivo como reacción -es decir, como sanción [en el sentido estricto]- contra determinada conducta humana, obligando, pues, a la conducta contraria<sup>17</sup>.

En este sentido *estricto*, de hecho, “sanción” resulta correlativa del concepto de “delito” (un tipo de conducta jurídicamente “prohibida”):

Tan pronto aparece el acto coactivo estatuido por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden, el acto coactivo adquiere el carácter de una sanción [en el sentido estricto], y la conducta humana contra la cual se dirige el acto coactivo, el carácter de un comportamiento prohibido, antijurídico, de una transgresión o delito<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 38-39, 52. Hay también un concepto intermedio de sanción, concebida como reacción frente a un delito cuya existencia no haya sido aún debidamente comprobada; la detención in flagrante delicto es un ejemplo. Cf. id., 54.

<sup>16</sup> Id., 70.

<sup>17</sup> Id., *ibid.*; énfasis mío.

<sup>18</sup> Id., 48.

Sin embargo, éste no es el caso en el “sentido amplio”:

[L]os actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, como consecuencia de otras circunstancias de hecho, no son “sanciones” en el sentido específico de consecuencias de lo ilícito; y los hechos condicionantes, al no ser acciones u omisiones de determinados hombres, determinados por el orden jurídico, no tienen el carácter de actos ilícitos o de delito<sup>19</sup>.

Las normas de sanción en sentido estricto, entonces, y para repetir, son un subconjunto de las normas de sanción en sentido amplio; y la tesis de la “derivación” funciona sólo con las normas de sanción *stricto sensu*. Es por lo tanto de central importancia no mezclar ambas nociones. La confusión, desafortunadamente, es bastante frecuente. Para el caso, Alonso parece no tener presente esta distinción. Así sostiene:

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 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<sup>20</sup>.

Alonso parece pensar aquí, equivocadamente, que la noción de “norma de sanción” involucrada en las observaciones de Kelsen acerca de las normas de sanción “genuinas” (o “completas”, o “independientes”: el término original es “*vollständige Rechtsnorm*”) a las cuales todo el material debe ser reducido es la misma noción de norma de sanción “primaria” involucrada en la idea de que las normas de conducta (que, en la terminología de Kelsen se denominan “secundarias”) pueden de alguna manera ser “derivadas” de las normas

---

<sup>19</sup> 125-6.

<sup>20</sup> Cf. pág. 23.

de sanción. En este error, no obstante, Alonso se encuentra bien acompañado. Compárese, a este respecto, un pasaje famoso de Hart:

Without recourse to the simple idea that criminal law sets up, in its rules, standards of behaviour to encourage certain types of conduct and discourage others we cannot distinguish a punishment in the form of a fine from a tax on a course of conduct. This indeed is one grave objection to those theories of law which in the interests of simplicity or uniformity obscure the distinction between primary laws setting standards for behaviour and secondary laws specifying what officials must or may do when they are broken. Such theories insist that all legal rules are “really” directions to officials to exact “sanctions” under certain circumstances, e.g. if people kill<sup>21</sup>.

Esta se ha tornado una forma bastante común de entender las cosas para quienes insisten en la diferenciación entre normas de conducta y normas de sanción *objetando* el “reduccionismo” de Kelsen (el cual fue también blanco de ataque de Hart). En la medida en que es presentado como un ataque al proyecto de Kelsen, el argumento no es bueno. Las multas y los impuestos son incomparables. Para Kelsen, se debe jurídicamente un impuesto si la ausencia de pago voluntario constituye una condición de una sanción en sentido estricto. El deber jurídico de pagar un impuesto sería comparable, más bien, con (por ejemplo) el deber de no matar. Sin embargo, el punto de Hart podría ser reformulado como un punto acerca de la diferencia entre delitos y otros tipos de acciones no-delictivas que pueden también constituir una condición de medidas coercitivas jurídicamente prescriptas. Para poder trazar tal diferencia (en la línea del argumento reformulado de Hart) es necesario distinguir entre normas coercitivas punitivas y no punitivas. Y la única forma de hacerlo es concebir a las normas punitivas como entrando en juego cuando “las reglas primarias que establecen estándares de comportamiento” son infringidas. Se trata, en otras palabras, de

---

<sup>21</sup> Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, Oxford: Clarendon Press (1968) 7. Cf. también el pasaje similar en El Concepto de Derecho, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: OUP (1994) 49-50; utilizo la traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot (1963).

concebir las normas punitivas como “secundarias” en un sentido diferente del adjetivo. La noción de punición, sostiene Hart, “involves... an offence or breach of duty in the form of a violation of a rule set up to guide the conduct of ordinary citizens”<sup>22</sup>. La idea subyacente es por tanto que una norma de sanción penal *presupone* la infracción de una norma prohibitiva. ¿Desacordaría Kelsen? Seguramente no:

[E]l principio de retribución enlaza una conducta conforme con la norma a un premio, y la conducta contraria a la norma con penitencia o con sanción, *presuponiendo* así una norma que ordena o prohíbe esa conducta, o, una norma que justamente prohíbe esa conducta, enlazándole una sanción [...]<sup>23</sup>

Podemos entonces poner juntos a Hart y Kelsen en cuanto a la cuestión fundamental aquí discutida. Ambos parecen haber sostenido que la posibilidad misma de interpretar una norma determinada como “norma de sanción” (en sentido estricto) depende de la presuposición de un deber cuya infracción es la condición de una sanción. Las normas de sanción punitivas, por tanto, son siempre normas “de segundo orden”. Y este es el sentido en que en teoría general del derecho (aunque no en los trabajos de Kelsen, ni el trabajo de Alonso), y también teoría penal, se les llama “secundarias.”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> El Concepto de Derecho, cit. 50.

<sup>23</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 106, énfasis mío.

<sup>24</sup> Esto se ha tornado la terminología standard desde, creo, la propuesta de Hans Nawiasky's en *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2.<sup>a</sup> ed., Zürich: Benziger & Co. (1948) 13-14, 99-105. La dicotomía “primario”/“secundario” se utiliza también para señalar otras distinciones, más o menos emparentadas con la que ahora está en discusión, tanto en el campo de la teoría general del derecho (en Hart, por ejemplo) o en áreas específicas del derecho (en derecho internacional, v.g., o en derecho constitucional). Norberto Bobbio explora esta “selva profunda” en el estudio “Norme Primarie e Norme Secondarie”, incluido en los *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino: Giappichelli (1970) 175-183; cf., también, Giacomo Gavazzi, *Norme Primarie e Norme Secondarie*, Torino: Giappichelli (1967) 3 ss.

## 2

Pero incluso si aceptamos este punto analítico referente al carácter de segundo orden del concepto de sanción *punitiva* -que ahora asumo por mor del argumento- ¿es él suficiente para dar sentido a la tesis de la “derivación”? ¿Se sigue que siempre que interpretamos como “sanción” (en el sentido estricto, punitivo) cualquier acto jurídicamente prescripto, necesariamente interpretamos como prohibido el tipo de acción descrita en el antecedente de la norma de sanción?

La respuesta es negativa. Para ver por qué, regresemos a (1) y (2). En (2) es identificada una norma de conducta determinada: una prohibición cuyo contenido es la acción tipo de matar a alguien. Ese contenido coincide con el antecedente de la norma de sanción presente en (1). A primera vista, esta coincidencia puede parecer lógicamente necesaria, y parte de lo que mantiene la tesis de la derivación. No obstante, es una propiedad contingente del ejemplo. La relación entre normas de sanción y normas de conducta no implica la coincidencia entre sus contenidos descriptivos. Es cierto que la distinción teórico-jurídica entre “normas de conducta” y “normas de sanción” es tradicionalmente presentada apelando a ejemplos precisamente como los citados. Es también cierto que (1) parece corresponderse con el sentido inmediato de las disposiciones incriminatorias que característicamente se encuentran en la parte especial de un código penal. Pero la norma de sanción propiamente dicha no es por supuesto la norma que podríamos inmediatamente reconstruir a partir de esas oraciones normalmente incluidas en la parte especial de los códigos penales. La norma de sanción más bien incorpora, en su antecedente, múltiples condiciones diferentes y es típicamente reconstruida a partir de una conjunción de expresiones legislativas dispersas en las cuales tales condiciones son establecidas. Este conjunto incluye la descripción del curso de conducta “prohibido”, pero tal descripción no extenua los elementos que pertenecen al conjunto. Por lo tanto (1) será, en el mejor de los casos, una versión resumida o elíptica de una norma de sanción. Si la expandimos debidamente obtendremos como formulación algo como lo siguiente:

(1') Si alguien mata a otra persona, y *p*, y *q*, y..., entonces debe ser sancionado con prisión de 8 a 25 años.

Y la idea de Kelsen y Hart acerca del concepto de sanción es sin dudas insuficiente para fundamentar la “derivación” de (2) a partir de (1'). Nos permitirá inferir que *alguna* norma de conducta prohibitiva es presupuesta por (1'). Pero no nos ayudará a determinar su contenido preciso, para lo cual un criterio suplementario es necesario. La relación entre normas de sanción y normas de conducta sostenida por la tesis de la derivación puede sólo querer decir que las normas de sanción y conducta no son recíprocamente independientes, mas no puede implicar que sus alcances coincidan. En otras palabras, la tesis de la derivación no afirma algo como:

(TD\*) La existencia de una norma de sanción *S* necesariamente implica que existe *una* correspondiente norma de conducta cuyo contenido es coextensivo con el antecedente de *S*;

más bien afirma algo más débil como:

(TD) La existencia de una norma de sanción implica necesariamente que existe *alguna* norma de conducta,

lo que es tanto como decir que las normas de sanción son necesariamente normas secundarias: que el antecedente de una norma de sanción siempre incluye la infracción de una norma de conducta. Así reconstruida, la tesis de la derivación no está comprometida con ninguna solución en especial de lo que Joseph Raz llama “the problem of the necessary relation between the scope of D[uty-imposing]-laws and sanction-stipulating norms” — a saber, “what is the relation between the scope of a law and a sanction imposing law which warrants the interpretation of the first as a D[uty-imposing] law?”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. The Concept of a Legal System, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press (1980) 154. La corrección del punto conceptual de Hart y Kelsen parece a su vez ser presupuesta en la formulación que da Raz al problema.



Es cierto que la distinción que pretendo subrayar no resulta inmediatamente evidente si limitamos nuestra atención a la formulación elíptica de normas de sanción con la cual la tesis de la implicación es tradicionalmente ilustrada. Dado el punto conceptual de Kelsen y Hart, pareciera que estamos autorizados a inferir (2) de (1) y por tanto a inferir una norma de conducta *determinada* a partir de una norma de sanción determinada. La razón radica obviamente en que el antecedente de (1) incluye la descripción de un curso de conducta como su *única* condición, haciendo por tanto lógicamente necesario que la misma descripción figure como el contenido de la norma de sanción. Pero esto, como se indicó, es una propiedad contingente o accidental del ejemplo. Aunque usualmente la “tesis de la derivación” sea formulada con ejemplos como el referido, no sería caritativo vincular a sus defensores (Ross incluido) como suscribiendo a (IT\*).

Tampoco sería caritativo vincular a Kelsen con ella. La razón para no atribuir a su frecuente uso de las formulaciones elípticas de las normas de sanción más importancia que la de un mero recurso expositivo radica sobretodo en el hecho de que en su análisis *ex professo* del concepto de “delito” se emplea debidamente un modelo más extendido de norma de sanción. Examinemos este punto con más detalle. “Delito” (“*Delikt*”, o “*Unrecht*”), sostiene Kelsen, es la conducta opuesta a una conducta prescripta por el orden jurídico. Y una conducta puede considerarse “jurídicamente ordenada” “sólo en la medida en que el comportamiento opuesto es condición de una sanción” (en sentido estricto):<sup>26</sup>

[L]a acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 39.

<sup>27</sup> Id., 125.

El “delito” es así una “condición del derecho y no su negación”:<sup>28</sup>

Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética (condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. En este enunciado aparece lo ilícito como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho<sup>29</sup>.

Ahora bien, dado que la formulación “completa” de la norma que establece una sanción incorpora otras tantas condiciones *además* de la conducta delictiva, es evidente que se necesita algún criterio plausible que nos permita caracterizar y distinguir, en el conjunto total de condiciones, la condición (o conjunción de condiciones) que constituye el “delito”. Para ese propósito es claramente insuficiente decir meramente que el delito es un “acto o una omisión”, visto que, como Kelsen mismo observa,

[E]l hecho condicionante [de una sanción]... puede estar compuesto con muy diversas partes integrantes, entre las cuales pueden aparecer otras conductas humanas que no son calificadas de delito, como por ejemplo, el acto legislativo que produjo la norma general que determina el tipo penal, así como el acto judicial, mediante el cual se ha verificado la existencia del hecho delictivo concreto<sup>30</sup>.

Kelsen propone determinar la conducta delictiva diciendo que “el delito es *normalmente* la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción”<sup>31</sup>. Pero inmediatamente observa que “esta determinación conceptual de delito, sin embargo, sólo es aceptable

---

<sup>28</sup> Id., *ibid.*

<sup>29</sup> Id., 128.

<sup>30</sup> Id., *ibid.*

<sup>31</sup> Id., *ibid.*

cuando la sanción se dirige contra el delincuente, es decir, contra aquel que mediante su propia conducta ha efectuado el delito”, y no abarca casos en los cuales la sanción es dirigida (como puede perfectamente ocurrir) contra *otros* individuos distintos al autor del delito (contra los parientes, por ejemplo)<sup>32</sup>. Luego amplía el alcance de la definición sosteniendo que “si, para simplificar el lenguaje, se designa con el término ‘allegados’ (allegados familiares, de grupo racial, de comunidad estatal) a los individuos que se encuentran en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente, responsabilizándolos por el delito de aquél, cabe determinar el delito como la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia”<sup>33</sup>. Pero esto presupone lo que hay que probar o responder: ¿Como se va a identificar al delincuente (y, por extensión, los “allegados” a él) *sin* un concepto de delito previamente determinado?<sup>34</sup>

Que Kelsen no ha logrado producir un criterio adecuado con el cual determinar el concepto de delito ha sido señalado por numerosos críticos<sup>35</sup>. Creo que, al respecto, las críticas están absolutamente

---

<sup>32</sup> Id., *ibid.*

<sup>33</sup> Id., 129.

<sup>34</sup> Es posible, por otro lado, que varias conductas del delincuente aparezcan como condiciones del acto sancionatorio. Esto sucede siempre que la conducta que constituye el “delito” presupone lógicamente alguna otra conducta del mismo agente. Si no pagar un préstamo es un delito, será condición de la sanción que el préstamo haya sido percibido. Se ha tornado usual utilizar esto como argumento en contra de Kelsen, y sugerir que Kelsen “no se percató de esta dificultad”. Pero esta acusación está errada. Kelsen explícitamente identifica el problema, y se esfuerza por resolverlo con su distinción entre “condiciones inmediatas” y “condiciones mediatas” de la sanción (estas últimas constituyen el “término final” de la imputación de la sanción del delito). Cfr. *Teoría Pura del Derecho*, cit., 107.

<sup>35</sup> Cf. H.L.A. Hart, “Kelsen Visited”, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press (1983) 296ss.; Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, cit., 87-8; Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2<sup>da</sup> ed., Buenos Aires: Astrea (1980) 177; Hugo R. Zuleta, “Ilícito”, in *El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Ibero-Americana de Filosofía, vol. 11 (E. G. Valdés, F. J. Laporta, eds.), Madrid: Trotta (2001) 338 9.

justificadas. Resulta instructivo, sin embargo, investigar la *causa* de este error.

### 3

Una explicación usualmente propuesta es la siguiente: Kelsen no admitía, en su representación del sistema jurídico, normas de conducta dirigidas a los ciudadanos. Nino, por ejemplo, afirma que:

Es justamente la no inclusión de normas prohibitivas en su sistema lo que provoca el déficit que tiene Kelsen respecto al uso común para identificar al delito entre las condiciones de la sanción<sup>36</sup>.

También Zuleta dice que:

Los problemas que tiene Kelsen para aislar el acto ilícito sin recurrir a normas de carácter prohibitivo nos muestran que, después de todo, tal vez tales normas no sean superfluas, como él pensaba<sup>37</sup>.

Ambos por tanto parecen aceptar que, tal como lo expresa Alonso,

Kelsen sostiene que los sistemas jurídicos -en tanto órdenes coactivos- sólo se componen de normas primarias, considerando a las normas secundarias como superfluas<sup>38</sup>.

Esta lectura de la doctrina de Kelsen, si bien sumamente extendida, es sin embargo implausible incluso a nivel estrictamente hermenéutico. Veamos por qué. Cuando Kelsen emprende una delimitación de las “notas comunes” “de los sistemas sociales

---

<sup>36</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, cit., 183.

<sup>37</sup> Hugo R. Zuleta, “Ilícito”, cit., 340.

<sup>38</sup> Cf. pág. 24.

designados como «derecho» [*law, droit, diritto, etc.*]”<sup>39</sup>, procede mediante una progresiva especificación a partir de un *genus* común. El derecho es definido como un “orden coactivo normativo”, y así como especie o subconjunto del conjunto de órdenes normativos “que estatuyen sanciones”. Este conjunto, a su vez, es un subconjunto del conjunto “sistemas sociales”: órdenes normativos que regulan “el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres”<sup>40</sup>. El derecho se distingue de la moral *no* por ser un orden *prescriptivo* o de obligaciones, ni siquiera por ser un orden sancionatorio (dado que también el orden moral puede ser interpretado como un orden que provee sanciones)<sup>41</sup>, sino sólo por el *modo* en que prescribe:

No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de *qué* sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en *cómo* ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido... como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado<sup>42</sup>.

El derecho, por tanto, es claramente presentado como un orden *prescriptivo*, como un orden de *obligación*:

La conducta que el sistema social requiere de un individuo es aquella a la cual ese individuo está obligado. En otras palabras, un individuo tiene la obligación de comportarse de determinada manera cuando esa conducta es requerida por el sistema social<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 44, 46.

<sup>40</sup> Id., 38, 18.

<sup>41</sup> Id., 41-2.

<sup>42</sup> Id., 75.

<sup>43</sup> Id., 129.

La idea más común según la cual Kelsen consideraba que *no* hay en el derecho “normas de conducta” dirigidas a los ciudadanos (o, en una formulación afirmativa, que las normas jurídicas tienen como destinatarios únicamente a los funcionarios jurídicos) es incompatible con aquella caracterización. Es más, se opone frontalmente a afirmaciones muy claras de Kelsen, como la siguiente:

[C]uando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente. Ello sucede, especialmente, cuando un orden normativo -como un orden jurídico- obliga a una determinada conducta, justamente en cuanto enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción<sup>44</sup>.

Aquí tenemos *dos normas* -la norma de conducta y la norma de sanción- en una interconexión “esencial”. Y esta conexión significa precisamente que ninguna de las dos normas es reducible a la otra. Por tanto, cuando Nino escribe que “según Kelsen, sólo es válida la afirmación de que el acto antijurídico es aquel al que una norma imputa una sanción, *y no la relación inversa*”<sup>45</sup>; o cuando Zuleta afirma que Kelsen “rechaza la idea de que la aplicación de una sanción es una *consecuencia* de la ilicitud de un acto, ya que esto supone que la noción de ilícito es independiente de la de «sanción»[; e]n su teoría, el concepto de «sanción» es previo”<sup>46</sup> -esto es, cuando estos críticos reiteran la idea de que para Kelsen “sanción” es un término primitivo- están adscribiendo a Kelsen una posición contraria a la que él expresamente mantiene:

[L]a circunstancia de que determinada conducta humana sea convertida en condición de una sanción, en este sentido, equivale a decir que esa conducta se encuentra jurídicamente prohibida, es decir: que configura un acto antijurídico, que es un delito. Este concepto de sanción y el concepto de

---

<sup>44</sup> Id., 67.

<sup>45</sup> Carlos Santiago Nino, Introducción al Análisis del Derecho, cit., 175.

<sup>46</sup> Hugo R. Zuleta, “Ilícito”, cit., 337.

antijuricidad se encuentran correlacionados. La sanción es la consecuencia de la antijuricidad; el acto antijurídico (o delito), una condición de la sanción<sup>47</sup>.

Bien por el contrario, la noción de Kelsen de delito *depende* de la admisión de normas de conducta dirigidas, por supuesto, a los ciudadanos. La visión del derecho como un orden prescriptivo (o, lo que es idéntico para Kelsen, como un orden *imperativo*)<sup>48</sup> presupone tanto el *imperator* cuanto el *imperatus* que es destinatario de las prescripciones<sup>49</sup>. Kelsen ha expresamente refutado el mito contrario<sup>50</sup>; y de hecho hay en sus escritos muchos elementos para negarlo (incluso en la segunda edición de la *Teoría Pura*, en la cual el problema de los destinatarios de las normas no es expresamente tratado, y que, contrariamente a lo que sugiere Alonso en el inicio de la sección 1.2 de su artículo, no incluye mención alguna a la distinción entre normas “primarias” y “secundarias”)<sup>51</sup>. Nada de esto, además, es inconsistente con la idea de que

Si un orden jurídico... contiene una norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de

---

<sup>47</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 53. Esto no colisiona con las famosa afirmación de que, en el derecho, “no hay mala in se, sino solamente mala prohibita” (id., 126). Esta afirmación expresa la noción (nada sorprendente en un autor positivista) de que cualquier conducta puede ser o no jurídicamente prohibida, y que una conducta puede ser considerada como delito si y sólo si ha sido jurídicamente prohibida: “desde el punto de vista de una teoría del derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí” “sea un acto ilícito o delito” (id., ibid.).

<sup>48</sup> Id., 70, 84, 119.

<sup>49</sup> Id., 19ss.

<sup>50</sup> Cf. Hans Kelsen, “Geltung und Wirksamkeit des Rechts” (publicado póstumamente en 2003, pero escrito probablemente alrededor de 1965), en Hans Kelsens stete Aktualität (R. Walter et al, eds.), Wien: Manz (2003), 12, n. 11. Hay traducción castellana: Hans Kelsen, Eugenio Bulygin, Robert Walter, Validez y Eficacia del Derecho, Buenos Aires: Astrea (2005) 61, n. 11.

<sup>51</sup> El primer ejemplo de una norma jurídica en la Teoría Pura es, de hecho, un ejemplo de una norma dirigida a los ciudadanos. Y son abundantes las referencias a “prohibiciones” jurídicas y al “acatamiento” o “infracción”, por los ciudadanos, de las prescripciones que el derecho les endereza; y también al “delito” como conducta “contraria a una norma”.

la primera una sanción, la primera no constituye una norma independiente, sino que está esencialmente ligada a la segunda; ella determina sólo negativamente la condición a la que la segunda enlaza la sanción; y si la segunda determinara positivamente la condición a la cual ella enlaza la sanción, la primera sería, *desde el punto de vista de la técnica legislativa*, superflua<sup>52</sup>.

De hecho, la razón misma por la cual Kelsen trata de resolver el problema de la determinación del concepto de “delito” reside precisamente en que él *admite* en su sistema la delimitación, en el conjunto de normas de sanción *lato sensu*, de un subconjunto de normas de sanción *stricto sensu* que implica la presuposición de normas de conducta dirigidas a los ciudadanos. En otras palabras: es precisamente porque admite las normas de conducta que Kelsen se ve forzado a buscar un criterio que le permita capturar, de entre el conjunto de “condiciones” de que depende una medida coercitiva, *la* condición constitutiva de la conducta “prohibida”. Dada la correlatividad entre “delito” y sanción *stricto sensu*, le resulta indispensable la búsqueda de un criterio que permita seleccionar *estas* normas de sanción de entre las normas de sanción *lato sensu*.

En la terminología de Kelsen, como es bien conocido (y como apunta Alonso), las normas de sanción son llamadas “primarias”, y las normas de conducta presupuestas por las primeras son “secundarias”<sup>53</sup>.

También esto muestra que de ninguna manera Kelsen pretendía “reducir” una clase a la otra. Muestra, en otras palabras, que él admitía como distintas ambas clases de normas. Los adjetivos elegidos, además, son fácilmente explicables, aunque el punto es poco relevante: un vez

---

<sup>52</sup> Teoría Pura del Derecho, cit., 67, énfasis mío. Si esta idea es plausible o no constituye una cuestión diferente.

<sup>53</sup> Esta terminología se ha tornado especialmente común después de la publicación de *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press (1945) (ver esp. 61). Sin embargo, estaba ya presente en la primera edición de la Teoría Pura (1934); y, aunque, como ya se ha señalado, ausente de la segunda edición (1960), reaparece en la Teoría General de las Normas.



que en el “pensamiento ingenuo” la sanción es entendida como una consecuencia de un delito que puede ser identificado *independientemente del hecho de haber sido determinado jurídicamente como delito*, los adjetivos de Kelsen están dirigidos a dejar en claro que el comportamiento delictivo es jurídicamente prohibido *sólo* porque una consecuencia sancionatoria es asociada a su realización. La norma sancionatoria es en este sentido la norma “primaria”. La norma de conducta, aunque lógicamente prioritaria a una norma de sanción (que lógicamente la presupone), es “secundaria”, ya que la determinación del delito no puede realizarse antes de que sea establecida la disposición sancionatoria que la prohíbe.

Una última observación importante a éste respecto. Las críticas mencionadas más arriba, como vimos, sugieren que el problema de Kelsen se hubiera resuelto admitiendo las normas de conducta, como si la estipulación de normas de conducta fuese una solución mágicamente suficiente para determinar el concepto de delito. Si, sin embargo, y como he tratado de mostrar, Kelsen admitía sin restricciones el carácter prescriptivo del derecho y las correspondientes normas de conducta, ¿no debería haber fácilmente determinado —si sus críticos tienen razón— el concepto de delito?

En realidad, como ahora podemos ver, el *problema* de Kelsen no es sólo el problema *de Kelsen*. Es más bien, en general, un problema para la teoría (i.e. para la “dogmática”) penal, que tradicionalmente opera con normas de sanción formuladas del mismo modo. No resta duda que el problema es muy serio. No hay mejor testimonio de ello que las décadas de discusión entre penalistas, quienes no han alcanzado nunca un acuerdo cuando se trata de determinar cuáles condiciones del antecedente de la norma de sanción deberían ser tomadas como integrantes de la norma de conducta. Es usual, por ejemplo, distinguir entre “justificaciones” y “excusas” como elementos que excluyen la responsabilidad penal, y concebir a las primeras (pero no a las segundas) como delimitando el campo de la antijuridicidad. Esta distinción suele ser acompañada con la distinción entre “norma de valoración” (“*Bewertungsnorm*”) y “norma de determinación” (“*Bestimmungsnorm*”),

donde la última -la *genuina* norma de conducta- abarcaría la ausencia de excusas. Pero todavía quedarían fuera de la denotación del término “delito”, por ejemplo, hechos relativos a la posibilidad de persecución penal, a la competencia de la corte, etc., aunque cada uno de ellos sería, en el mismo sentido, una “condición” de la sentencia penal.

Al igual que Kelsen, las teorías penales afrontan este problema precisamente porque se basan en la distinción entre normas de conducta y normas de sanción. Es cierto que Kelsen no logró resolverlo. Pero tampoco las teorías penales lo han hecho hasta ahora. Y Kelsen, después de todo, resulta menos reprochable porque no hacía dogmática.

#### 4

Las consideraciones precedentes nos permiten identificar dos errores fundamentales que Juan Pablo Alonso parece cometer en su artículo. Las “normas primarias” de sanción con que Alonso opera -y a partir de las cuales intenta “derivar” normas “secundarias” de conducta - toman en consideración las disposiciones características de las partes especiales de los Códigos Penales. Juan Pablo se ocupa de las “normas sancionatorias” de los arts. 176/3 y 302/1 del Código Penal argentino, que formula como:<sup>54</sup>

(NP 176/3) Si es un deudor sujeto a las reglas del concurso, declarado en quiebra, que paga una deuda por fuera de las reglas concursales, entonces es obligatorio imponer sanción penal de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial de tres a diez años.

(NP 302/1) Si libró un cheque que fue rechazado sin fondos o sin autorización para girar en descubierto, y no lo paga dentro de 24 horas de intimado, entonces es obligatorio imponer sanción penal de seis meses a cuatro años de prisión e inhabilitación especial de uno a cinco años.

---

<sup>54</sup> Cf. págs. 27-28.

De estas “normas” obtiene, por “derivación kelseniana”, y respectivamente, los siguientes “deberes jurídicos” “secundarios”:

(NS 176/3) Si es un deudor sujeto a las reglas del concurso entonces está prohibido -es obligatorio omitir- pagar por fuera de tales reglas.

(NS 302/1) Si libró un cheque rechazado sin fondos, y se encuentra intimado al pago, entonces es obligatorio pagar el cheque.

Parece, así, en primer lugar, que Juan Pablo Alonso intenta “derivar” deberes jurídicos a partir *-no* de las normas de sanción completamente articuladas, como debería haber hecho-, sino de las disposiciones en las cuales, en los códigos penales, y en sus palabras, se “enumeran diversas conductas susceptibles de sanciones penales”<sup>55</sup>. Este es el primer error fundamental del artículo de Juan Pablo. Alonso llama “normas primarias” a lo que expresan estas disposiciones, en las que suelen asociarse descripciones de comportamientos y sanciones aplicables (cf., v.g., toda su sección 2). Sin embargo, en ellas se indica solamente *una* de las condiciones de la sanción: la condición que en la dogmática penal suele recibir el nombre de “tipo objetivo” de una infracción criminal.

El segundo error es una consecuencia del primero. Es el error de entender que el contenido de un deber “derivado” es coincidente con el contenido del antecedente de la norma de sanción a partir de la cual se “deriva” el deber. Alonso, en otras palabras, parece sostener lo que yo arriba identifiqué como (TD\*). Pero (TD\*), como hemos visto, es indefendible. Y aunque sea verdad, como también señalé, que a veces se presenta la tesis de la “derivación” a partir de ejemplos simplificados y de formulaciones elípticas, hay que manejar ejemplos precisamente formulados cuando la tesis de la “derivación” sea esencial (como sucede en el trabajo de Alonso) para el *research programme* que se esté persiguiendo. En este caso, sin embargo, no es posible derivar

---

<sup>55</sup> Cf. pág.33-34.

(NS 176/3) y (NS 302/1) de las normas sancionatorias de los delitos de quiebra fraudulenta y de libramiento de cheques sin fondos.

Dicho de forma más precisa: como sugerí en la sección 2, podemos distinguir dos versiones de la tesis de que es posible derivar normas (“secundarias”) de conducta a partir de normas (“primarias”) de sanción. Estas versiones son (TD\*) y (TD). El artículo de Juan Pablo Alonso está comprometido con alguna de estas versiones, ya que la presentación de su problema depende, como también hemos visto, de la “derivación” de “deberes jurídico penales” a partir de normas de sanción. Pero el siguiente dilema parece plantearse. Por un lado, si Alonso está efectivamente comprometido con (TD\*), entonces está comprometido con una tesis que es claramente errada. Pero si, por otro lado, Alonso está en realidad comprometido solamente con (TD), entonces, aunque (TD) sea correcta, la tesis de la “derivación” no otorga a Alonso criterio alguno que le permita afirmar, como afirma, que deberes se “derivan” de las normas de sanción de las infracciones de libramiento de cheques sin fondos y de quiebra fraudulenta. Es cierto que (NS 176/3) y (NS 302/1) no son formulaciones adecuadas de “deberes”, ya que se limitan a recoger los elementos de los tipos penales correspondientes. Para delimitar y formular el contenido de los deberes cuya infracción es condición necesaria de que se haya practicado un delito criminal sería necesario tener en consideración, por lo menos, y como señalé en la sección precedente, los elementos relativos a la presencia o ausencia de causas de justificación, ya que una conducta justificada no está prohibida. En cualquiera de los casos el problema planteado por Juan Pablo se disuelve como un falso problema. Sin posibilidad de “derivar” de las normas de sanción relevantes los “deberes” que identifica como (NS 176/3) y (NS 302/1), pierde sentido la discusión de un supuesto “conflicto” entre tales “deberes” que resultaría de aquellas normas de sanción.

Debo quizás clarificar -aunque no matizar- estas últimas afirmaciones. Juan Pablo Alonso formula su problema con referencia a la matriz de lo que llama “sistema del ciudadano”. En el caso (1) de este sistema, escribe Alonso,

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<sup>56</sup>.

Este caso -que, claro, es perfectamente posible- plantea dos cuestiones importantes, e interrelacionadas. Estas cuestiones, aunque no sean rigurosamente las que Alonso articula, subyacen a sus preocupaciones. La primera cuestión se formula del punto de vista de un sujeto colocado en aquella situación: lo que hay que saber es si *debe* o *no* pagar el cheque. La segunda cuestión se formula del punto de vista del juez, cuando tenga que decidir la responsabilidad de quien haya estado colocado en aquella situación -la posible responsabilidad por el delito de quiebra fraudulenta, en el caso (1) de la matriz del “sistema primario” (“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 horas de intimado”<sup>57</sup>); o la posible responsabilidad por el delito de libramiento de cheques sin fondos, en el caso (2) de la misma matriz (“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 horas de intimado”<sup>58</sup>). La respuesta a la primera pregunta va a condicionar la respuesta a la segunda.

Ambas preguntas generan, por cierto, alguna perplejidad. Pero se trata, estrictamente, de cuestiones de dogmática de la parte especial del derecho penal argentino. Han de discutirse, así, con argumentos de dogmática de la parte especial del derecho argentino. Mi punto es que es incorrecto presuponer -como presupone Alonso- que el problema sea un problema de “conflicto” o “contradicción normativa” entre “deberes jurídico penales”, o que “el sistema secundario sujeta al agente a dos deberes jurídicos que no puede satisfacer simultáneamente”<sup>59</sup>. Lo único que puede afirmarse sin más es que cualquiera de los comportamientos realiza, y asimismo sólo prima facie, un tipo penal -y no que el agente,

---

<sup>56</sup> Cf. pág. 35.

<sup>57</sup> Cf. pág. 30.

<sup>58</sup> Cf. pág. 30.

<sup>59</sup> Cf. pág. 42.

necesariamente, “siempre violará algún deber jurídico”<sup>60</sup>, ni, mucho menos, que “haga lo que haga será sujeto a una sanción penal”<sup>61</sup> o que “no tiene modo alguno de sustraerse de ser sancionado”<sup>62</sup>. Por la misma razón, es incorrecto caracterizar los casos (1) y (2) de la matriz del “sistema primario” diciendo que en el caso (1) “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, [el deudor] violó la *pars conditio creditorum*”<sup>63</sup>; o diciendo que en el caso (2) “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”<sup>64</sup>. Esto es errado: los casos (1) y (2) de la matriz del sistema primario incluyen solamente la descripción de los comportamientos típicos de cada infracción, y la realización de un tipo penal no es condición suficiente de la imposición de una sanción.

Puede ser que la discusión dogmática del problema conduzca a la conclusión de que la mejor caracterización del caso (1) del sistema secundario sea efectivamente la caracterización como “conflicto de deberes”. Pero eso ha de ser el *resultado* de argumentos aducidos en la discusión del problema, y no el *punto de partida* del problema mismo. Porque puede también ser que el caso (1) *no* deba ser configurado como problema de “conflicto de deberes” (en el sentido en que en la dogmática penal este término suele ser utilizado), sino de otro modo cualquiera. Por ejemplo, como problema de delimitación de los tipos penales por medio de la inclusión de elementos implícitos en el tipo de una de las infracciones, o por medio de una interpretación adecuada del adjetivo “indebida” que, curiosamente, integra la descripción del tipo objetivo del delito de quiebra en el art. 176/3 del Código Penal argentino. Es evidente que para formular y discutir este problema dogmático uno no necesita de manipular cualquier tesis de teoría general del derecho relativa a la “noción” de deber jurídico, ni de comprometerse con

---

<sup>60</sup> Cf. pág. 40.

<sup>61</sup> Cf. pág. 40.

<sup>62</sup> Cf. pág. 42.

<sup>63</sup> Cf. pág. 30.

<sup>64</sup> Cf. pág. 30.

cualquier tesis “kelseniana” sobre “derivación” de deberes. Además de innecesario -y, por eso, absolutamente dispensable- para la formulación y la discusión del problema que pretende discutir, el compromiso de Alonso con la idea de la “derivación kelseniana” de deberes es en realidad perjudicial para esa misma discusión, ya que restringe injustificadamente y *a priori* el catálogo de las posibles respuestas a las soluciones que la dogmática penal ha construido para tratar casos de conflicto de deberes *propio sensu* -soluciones propuestas en sede de justificación y de exculpación, y que así presuponen la verificación de la tipicidad penal objetiva y subjetiva de una conducta<sup>65</sup>. Pero una discusión completa de la cuestión necesitaría de argumentos de muchos otros tipos (además, creo, de una profundización de los propios argumentos que Alonso, en el marco de la discusión de su “conflicto de deberes”, presenta de modo algo superficial)<sup>66</sup>.

En el artículo de Juan Pablo Alonso -para resumir mis críticas- un problema de dogmática penal surge travestido, o enmascarado, como un problema de teoría general del derecho. El problema de teoría del derecho, como he intentado mostrar, es un falso problema, basado en un entendimiento erróneo de la noción de “deber” jurídico. No es sorprendente, pues, que la cuestión dogmática subyacente, una vez incorrectamente planteada, no haya sido adecuadamente resuelta.

---

<sup>65</sup> Que esto es así lo muestra el modo como el propio Juan Pablo intenta solucionar la cuestión. Por ejemplo, la razón que ofrece en contra de la “condena bajo cualquier supuesto” es precisamente que “existiendo un conflicto de deberes” “deberá determinarse cuál de los deberes jurídicos es jerárquicamente superior; determinado ello, la condena solo 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” (cfr. pág. 49.) Incluso si se concuerda con Alonso en cuanto al modo de resolución de un conflicto de deberes, lo que habría de discutirse es, precisamente, si el problema es, o no, un problema de conflicto de deberes.

<sup>66</sup> Por ejemplo, discutiendo la importancia relativa de los “bienes jurídicos” protegidos por las dos incriminaciones, Juan Pablo concluye con excesiva rapidez que, existiendo “bienes jurídicos distintos que apuntan hacia principios distintos (la propiedad, por un lado; el libre mercado, por el otro)”, “es difícil, sino imposible [!] determinar cuál de ellos debe prevalecer en desmedro del otro”: cfr. pag.54.

# FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA IMPUNIDAD POR COLISIÓN DE DEBERES EN DERECHO PENAL

Alejandra Verde

## I. INTRODUCCIÓN

Juan Pablo Alonso, en su artículo *Normas penales y conflicto de deberes*, plantea la existencia de una contradicción normativa entre los artículos 176 inc. 3º y 302 inc. 1º del CP argentino. Dicho autor presenta el siguiente caso: una persona libra un cheque a uno de sus proveedores y cuando éste lo deposita para cobrarlo el cheque es rechazado por falta de fondos. Por ello, el proveedor dentro de los treinta días de su rechazo intima al librador para que en el plazo de 24 horas abone la suma de dinero correspondiente. Pero en el período de tiempo ubicado entre el rechazo del cheque y la intimación al pago, el agente librador es declarado en quiebra



y su patrimonio es intervenido por un juez y administrado por un síndico. Por lo tanto, en ese momento el agente se encuentra inserto en un dilema: pagar o no pagar. Él, en efecto, tendrá por un lado el deber jurídico que surge de la primera de las normas enunciadas, esto es, el deber de no pagar el cheque, ya que si lo hace violaría la *pars conditio creditorum*; y, por otro lado, tendrá el deber jurídico que surge de la segunda norma mencionada: el deber de pagar el cheque dentro del plazo de 24 horas desde que el banco lo intimó a hacerlo, pues, si no lo hace, incurrirá en un delito contra la fe pública.

Por ello Alonso concluye que el sujeto, pague o no pague, no podrá ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuridicidad, toda vez que dicha persona no tendría la “posibilidad teórica de satisfacer ambos deberes jurídicos, ya que un deber (el de pagar) es la negación del otro (el de no pagar). Por lo tanto, no existe la posibilidad teórica normativa de satisfacer ambos deberes jurídicos al mismo tiempo”<sup>1</sup>.

No coincido, sin embargo, con la solución que Juan Pablo Alonso propone para el caso de análisis. A mi juicio, el conflicto de deberes planteado encuentra sencilla solución en el ordenamiento jurídico argentino, concretamente en el art. 34 inc. 4° del CP. Esta norma prescribe que no serán punibles las acciones efectuadas por un agente en cumplimiento de un deber jurídico. En este sentido, a mi entender, sólo será punible el agente que pague el cheque (art. 176 inc. 3° del CP argentino); mientras que, si no lo paga, su accionar estará justificado por el art. 34 inc. 4° del CP, por lo que carecerá de antijuridicidad la conducta típica prescripta en el art. 302 inc. 1° del CP, dado que, a mi juicio, debe apoyarse la opinión (dominante) que sostiene que el art. 34 inc. 4° del CP opera como causa de justificación. Las razones que justifican mis puntos de vista se expondrán en el punto III) del presente trabajo. En el punto II), en tanto, se expondrá con algún detalle la tesis de Alonso, con el objetivo de dotar al presente trabajo de independencia descriptiva.

## II. LA POSICIÓN DE ALONSO

Alonso presenta, en primer lugar, dos definiciones de deber jurídico; a una de ellas la llama estándar y a la otra kelseniana. Explica

---

<sup>1</sup> Alonso, Juan Pablo, *Normas penales y conflicto de deberes*, pág. 57.

que la definición a la que denomina estándar es aquella que, en forma explícita, establece la obligación de hacer o no hacer determinada conducta. La kelseniana en cambio, es la que establece una sanción para el caso de que una persona realice la conducta contraria a la que obliga la norma. Son ejemplos del primer caso enunciados como “es obligatorio no matar a otro” o “es obligatorio conducir por el lado derecho de la calzada”; mientras que son ejemplos del segundo las normas de derecho penal, como el art. 79 del CP argentino, que reza: “se impondrá la pena de 8 a 25 años de prisión o reclusión a quien matare a otro”. En efecto, si se tiene en cuenta la concepción kelseniana puede advertirse que de ese artículo del CP surgen dos conductas obligatorias: una con relación a los ciudadanos, que tienen la obligación de no matar a otro, y otra con relación a los jueces, que tienen la obligación de imponer la sanción prevista en la norma para el caso que una persona no cumpla con esta obligación que le cabe<sup>2</sup>.

Así Alonso, en segundo lugar y siguiendo a Kelsen, sostiene que hay dos clases de normas, una primaria dirigida al juez y otra secundaria dirigida a los ciudadanos. Afirma también que ambas normas son de obligación, pero que se diferencian en cuanto a su destinatario y según sea este deber explícito o no. A partir de este análisis se refiere entonces a dos clases de sistemas: el sistema primario (del juez) y el sistema secundario (de los ciudadanos), y explica en qué consisten cada uno de ellos. En este sentido, establece que un subconjunto de normas primarias regula la actividad sancionatoria del juez penal respecto de lo que él llama –siguiendo a Alchourrón y Bulygin– un Universo del Discurso determinado; mientras que un subconjunto de normas secundarias regula la conducta de los ciudadanos respecto de otro Universo de Discurso determinado. A partir de estas clasificaciones efectúa relaciones entre normas y deberes jurídicos en ambos sistemas y entre ellos, es decir, según quienes sean los destinatarios de las normas<sup>3</sup>.

En tercer lugar, el autor analiza relaciones entre el “sistema del juez” y el “sistema de los ciudadanos” en el ámbito del derecho penal, ante un conflicto entre dos normas jurídicas y sus correlativos

---

<sup>2</sup> Alonso, op.cit., pp. 25 y ss.

<sup>3</sup> Alonso, op. cit., pp. 25 y ss.

deberes jurídicos, y en particular reacciones del sistema normativo del juez ante la existencia de estos conflictos en el sistema del ciudadano. El autor analiza las dos normas penales citadas ya en la Introducción: los arts. 176 inc. 3° y 302 inc. 1° del CP argentino, y desde diferentes ópticas, según los enfoque desde cada uno de los sistemas descriptos. En efecto, las normas primarias que surgen de esos artículos del CP según el sistema del juez son: a) “los jueces deberán imponer una pena de prisión de 2 años como mínimo y 6 años como máximo e inhabilitación especial de 3 años como mínimo y 10 años como máximo a quien, encontrándose sometido a las reglas del concurso y declarado en quiebra, pague una deuda fuera de las reglas que establece el concurso”; y b) “los jueces deberán imponer una pena de prisión de 6 meses como mínimo a 4 años como máximo e inhabilitación especial de 1 año como mínimo y 5 años como máximo a quien haya librado un cheque sin provisión fondos y 24 horas después de haber sido intimado por el banco a estos efectos no abone la suma debida”<sup>4</sup>.

Ante ello, Alonso plantea el conflicto ya descrito en la Introducción: qué debe hacer aquel que, habiendo librado un cheque, es luego declarado en quiebra y, posteriormente, intimado a pagar ese cheque por falta de fondos. Así, Alonso muestra la perplejidad que esto generaría en el sistema del juez si el agente paga el cheque: el juez tendrá el deber jurídico de imponerle la pena establecida en el art. 176 inc. 3° del CP, puesto que violaría la *pars conditio creditorum*; mientras que, si no lo abona, el juez deberá imponerle la pena prevista en el art. 302 inc. 1° del CP, porque cometería un delito contra la fe pública<sup>5</sup>.

Alonso efectúa el mismo análisis con relación a los deberes jurídicos que surgen de las dos normas penales en cuestión, pero desde la óptica del sistema del ciudadano. En efecto, con base a los mismos ejemplos sostiene que el ciudadano, de acuerdo a lo prescripto en el art. 176 inc. 3° del CP, tiene el deber jurídico de no pagar el cheque, pero según el art. 302 inc. 1° tiene el deber jurídico de pagarlo. En el primer caso, ese deber jurídico se fundamenta en que el ciudadano no debe violar la regla de la *pars conditio creditorum* y, en el segundo caso, porque no debe incurrir en un delito contra la fe pública.

---

<sup>4</sup> Alonso, op. cit., pp. 28 y ss.

<sup>5</sup> Alonso, op. cit., pp. 42y ss.

Así planteado el problema, Alonso, siguiendo a Alf Ross, sostiene que se está ante un típico caso de contradicción normativa, pues se trata de dos normas que poseen inconsistencia fáctica, a la cual el autor denomina “parcial-parcial”, en tanto ambas regulan la misma acción: pagar el cheque rechazado, pero de manera deónticamente incompatible (una norma –art. 302- obliga a pagar el cheque, y la otra norma –art. 176- prohíbe pagarlo).

Alonso, con todo, sostiene que el conflicto no se presenta a nivel del sistema primario ya que el juez se encontrará, según él, ante la obligación de condenar al agente sea cual fuera la acción que éste efectúe; es decir, si el agente paga deberá ser condenado según lo prescripto por el art. 176 inc. 3° del CP; y si no paga por el art. 302 inc. 1° del CP. Sin embargo, Alonso se plantea el interrogante de si, no obstante la no conflictividad en el sistema primario, el juez puede ignorar la conflictividad que, según el referido autor, existe en el sistema secundario.

Después de comparar y relacionar estas normas penales y los deberes jurídicos que surgen de ellas en cada uno de los sistemas establecidos, el autor procede a determinar las relaciones posibles que surgen a partir de ello y de las interacciones entre estos dos sistemas. Finalmente, plantea el problema de cómo se debe solucionar este conflicto y establece las siguientes posibilidades: 1) condenar bajo cualquier supuesto; 2) condenar bajo un supuesto y absolver bajo el otro (dando prevalencia a un artículo sobre el otro); 3) absolver bajo cualquier supuesto. A continuación se expondrán los argumentos empleados por Alonso para rechazar las dos primeras posibilidades, y para aceptar la tercera.

### **a) Condena bajo cualquier supuesto**

Alonso, con relación a la primera de las posibilidades sugeridas, refiere que un argumento a su favor sería que “la sanción penal procede porque 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”<sup>6</sup>. Pero el autor rechaza esta posibilidad y sostiene, críticamente, que de las normas primarias en cuestión se derivaría una nueva norma primaria que establecería lo siguiente: “si un agente sujeto a las reglas del concurso, declarado en quiebra, emite un cheque rechazado por no disponer de fondos suficientes, pague o no pague el cheque en cuestión, el juez tendrá la obligación de sancionarlo penalmente”<sup>7</sup>. Respecto de ello, afirma que el nuevo tipo resultante torna indomitable para el agente una acción que, en los dos tipos de origen, lo son, y concluye adhiriendo a la doctrina dominante y rechazando que siempre proceda la condena, por cuanto si un elemento del tipo no es dominable para el autor no puede existir imputación objetiva, por lo que se estaría ante un caso de ausencia de tipicidad<sup>8</sup>.

En esa misma línea argumental en contra de esta posibilidad de solución, Alonso sostiene también que afirmar la creación de una nueva norma podría violar el principio de legalidad. Afirma en este sentido que la derivación de este nuevo tipo penal a partir de los tipos originales es una consecuencia paradójica y que el nuevo tipo que se crea es incomprensible, puesto que no permite captar a qué bien jurídico tutela, y esto último es precisamente lo que vulneraría el principio de legalidad<sup>9</sup>.

Asimismo, Alonso no está de acuerdo con que el sistema secundario sea irrelevante para el juez y que a éste sólo le quepa guiarse por el sistema primario. En este sentido, afirma que “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 superior, su accionar típico se encontrará justificado”<sup>10</sup>. Y aclara que Zaffaroni considera que se trata de una causa de atipicidad por ausencia de antinormatividad, puesto que requiere la consideración conglobada de ésta con las deducidas de los otros tipos penales.

Finalmente, Alonso insiste en que, en el caso de análisis, la condena bajo cualquier supuesto es improcedente sin importar la

---

<sup>6</sup> Alonso, op. cit., p. 43.

<sup>7</sup> Alonso, op. cit., p. 44.

<sup>8</sup> Alonso, op. cit., p. 45.

<sup>9</sup> Alonso, op. cit., p. 46-47.

<sup>10</sup> Alonso, op. cit., p. 47-48.

posición sistemática que se asuma para la fundamentación de la exclusión del ilícito.

### **b) Condena bajo un supuesto y absolución bajo el otro**

Teniendo en cuenta una postura doctrinaria muy difundida que determina que ante un conflicto de deberes siempre uno de ellos prevalece sobre el otro y que ello se logra a través de una hermenéutica adecuada, Alonso quiere demostrar que resulta difícil o imposible determinar, en este caso, cuál de los dos deberes jurídicos es el jerárquicamente superior y afirma que, en el supuesto del delito de quiebra, lo que la norma protege es el patrimonio del deudor como garantía común de los acreedores, mientras que en el delito de cheque lo que la norma protege es la fe pública, es decir, la previsibilidad y fiabilidad del mercado financiero de títulos de crédito. Y agrega que en el caso de análisis tampoco puede afirmarse cuál de los dos es más importante en función de la pena atribuida a su agresión, atento que las escalas penales, según su criterio, no presentan diferencias significativas. En definitiva, para Alonso los bienes jurídicos que las normas en cuestión tutelan son de diversa índole, protegen distintas situaciones y apuntan hacia principios diferentes, y por ello, a su juicio, determinar cuál de los dos es el que debe prevalecer en desmedro del otro es prácticamente imposible. Concluye entonces sosteniendo que la única posibilidad defendible es la de “absolución bajo cualquier supuesto”<sup>11</sup>.

### **c) Absolución bajo cualquier supuesto**

Alonso, como ya se ha visto, adhiere a la postura a la que se refiere este subtítulo. Sostiene que no es posible analizar cuál de los dos deberes jurídicos en conflicto prevalece y cuál cede, pues se trata de deberes jurídicos prácticamente equivalentes y entiende que, por esta razón, no es posible aplicar una sanción al agente por el incumplimiento de uno de ellos. Y sostiene que si el conflicto de deberes jurídicos es irresoluble para el agente, cualquiera sea la conducta que lleve a cabo

---

<sup>11</sup> Alonso, op. cit., p. 54.

–en este caso: pagar o no pagar-, no procedería sanción penal. Explica que esta consecuencia, según la tesis de Zaffaroni, se fundamentará por atipicidad conglobante, toda vez que el poder punitivo no puede colocar a los destinatarios de las normas en situaciones de perplejidad normativa y, por lo tanto –según este último autor– estaríamos ante un problema de atipicidad por falta de tipicidad conglobante de la conducta del agente, ya sea que cumpla con uno de los deberes o con el otro<sup>12</sup>.

Alonso concluye que en el caso bajo análisis el agente no tiene la posibilidad teórico-normativa de satisfacer ambos deberes jurídicos al mismo tiempo (pagar/no pagar), ya que un deber es la negación del otro, por lo que, mientras una persona se encuentre ante esta situación de conflicto entre los deberes ya detallados, nunca actuará antijurídicamente. Así, concluye su investigación sosteniendo que el ciudadano “haga lo que haga (esto es, pague o no pague el cheque) no puede ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuridicidad”<sup>13</sup>.

### III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA POSICIÓN DE ALONSO

Alonso afirma que el agente del caso por él descrito, pague o no pague el cheque, no podrá ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuridicidad, pero no especifica cuál es la causa de justificación aplicable, lo cual ya de por sí es criticable. Sobre todo cuando en el CP argentino existen normas expresamente legisladas que resultan *prima facie* aplicables para solucionar este problema, y que son consideradas mayoritariamente como causas de justificación, como por ejemplo las de los incs. 3° y 4° del art. 34. No acudir a ellas, por lo tanto, exige una fundamentación de la que el trabajo de Alonso adolece, o que en todo

---

<sup>12</sup> Alonso, op. cit., p. 50. Sin embargo, y como enseguida se verá, la doctrina dominante, tanto en Argentina como en Alemania, entiende al problema de colisión de deberes como un caso de falta de antijuridicidad (por la existencia de una causa de justificación) o de falta de culpabilidad (por la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho), y no como falta de tipicidad como lo sostiene Zaffaroni, quien con su idea de “tipicidad conglobante” representa una posición minoritaria en Argentina.

<sup>13</sup> Alonso, op. cit., p. 57.

caso es incompleta y de dudosa consistencia, pues, en los resultados, su posición, al no apoyarse en una causa de justificación expresa, se acerca demasiado a aquella concepción –tan común en la doctrina alemana pero tan alejada del pensamiento positivista– que acepta a las llamadas “causas de justificación supralegales”, como enseguida se demostrará.

Alonso, por otro lado, señala como fundamento de la solución de la impunidad de ambas conductas por ausencia de antijuridicidad la circunstancia de que el librador del cheque declarado en quiebra sí tiene la posibilidad fáctica de pagar o no pagar, pero no la posibilidad teórico-normativa de una u otra conducta, en tanto la afirmación de un deber importa la negación del otro. Y apoyándose en Roxin afirma que, para que una conducta pueda ser antijurídica, tiene que existir al menos la alternativa teórica de una conducta conforme a derecho<sup>14</sup>. Para ilustrar el problema, Alonso pone como ejemplo de caso inverso (esto es: imposibilidad fáctica pero posibilidad teórico-normativa) al supuesto del padre que no puede salvar a sus dos hijos pero salva a uno de ellos, y afirma –siempre siguiendo a Roxin– que el padre, por tener al menos la alternativa teórico-normativa de salvar a los dos hijos, actúa antijurídicamente, aunque sin culpabilidad<sup>15</sup>. Pero aquí no puede dejar de señalarse que esa no es la solución de Roxin, quien justamente elige ese caso para intentar demostrar que el padre que salva a uno de los dos hijos *no* actúa antijurídicamente. Y este malentendido por parte de Alonso se produce porque él pasa por alto una distinción, que es central para la doctrina alemana (y en particular para Roxin), a saber: si los deberes que colisionan son de acción o de omisión.

En efecto, puede decirse que la solución de Alonso (ausencia de antijuridicidad cualquiera sea la alternativa que el autor elija: pagar o no pagar) tiene por base aquella jurisprudencia y doctrina dominante que en Alemania se aplica para el caso de colisión de deberes *de acción* (aun de igual jerarquía) referidos al mismo bien jurídico<sup>16</sup>. Pero no es eso lo que ocurre en el caso propuesto por Alonso, y la solución por él

---

<sup>14</sup> Alonso, op. cit., p. 56.

<sup>15</sup> Alonso, *ibid.*

<sup>16</sup> Sobre esto cf. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, § 16, nm. 100 y ss., pp. 724 y ss.



propugnada no resulta compatible con nuestro ordenamiento jurídico, como luego se verá.

En el caso de análisis se está ante una colisión entre un deber de acción y otro de omisión, es decir, entre un deber de *pagar* y un deber de *no pagar*. En el derecho penal alemán se regula, en el § 34 StGB, el estado de necesidad justificante, mediante el cual se exime de antijuridicidad a la conducta típica realizada por el agente que se encuentra ante una situación de peligro inminente, y no evitable de otra forma, para la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, respecto de sí mismo o de otro, siempre y cuando el interés protegido prevalezca *claramente* respecto del afectado y en la medida que constituya un medio adecuado para evitar el peligro.

Así, Roxin sostiene que la jurisprudencia alemana, inicialmente (esto es: con anterioridad a la existencia del citado § 34 StGB), afirmó que la colisión de deberes se trataba como una forma de estado de necesidad suprallegal<sup>17</sup>. Sin embargo, la norma vigente, en primer lugar, sólo hace referencia a colisión de intereses, no de deberes<sup>18</sup>; y, en segundo lugar, establece claramente que debe efectuarse una ponderación de los intereses en conflicto. Por lo tanto, para la doctrina alemana la colisión de deberes (de acción) de igual o similar jerarquía encuentra su solución no en una causa de justificación específicamente prevista en la ley, sino en una construcción dogmática a partir de lo que el § 34 StGB *no regula*, y por lo tanto se la considera una “causa de justificación suprallegal”<sup>19</sup>.

Al respecto, Roxin afirma que “según la opinión actualmente dominante, sólo se puede hablar de colisión de deberes cuando existan dos deberes distintos *de acción*, de los que se puede cumplir uno de ellos”<sup>20</sup>. El mencionado autor, para justificar la tesis dominante, sostiene que “un deber de omisión lo infringe –a reserva de que haya una causa de justificación- todo el que ataca un bien jurídico ajeno; pero esos casos deben tratarse conforme al art. 34 y no precisan ninguna regulación especial. Lo mismo ocurre en el supuesto de colisión de un deber de

---

<sup>17</sup> Roxin, *ibid*, § 16, nm. 100 y ss., pp. 724.

<sup>18</sup> Roxin, *ibid*, § 16, nm. 100 y ss., pp. 724.

<sup>19</sup> Así expresamente, entre otros, Roxin, *op. cit.*, § 16, nm. 107, pp. 727 y ss.

<sup>20</sup> Roxin, *ibid*, § 16, nm. 101, p. 725.

acción con uno de omisión... Esa colisión también debe resolverse sin más conforme al art. 34, de tal manera que en el caso de equivalencia de los bienes jurídicos tiene prioridad el deber de omisión: nadie puede – p.ej. en el supuesto extremo de que se enfrente una vida contra otra vida– matar a una persona de quien no parte ningún peligro, para salvar de ese modo a otra persona”<sup>21</sup>.

Por lo tanto, en la legislación alemana, mediante el § 34 StGB -estado de necesidad justificante- se resolverían todas aquellas situaciones que se refieran a conflictos de deberes de rango claramente diferente, siempre y cuando no se trate de dos o más deberes de acción, de los que sólo se pueda cumplir uno de ellos. En estos casos, actuará justificadamente quien cumpla uno de esos deberes (de acción), aun cuando sea a costa del otro. Roxin asevera que, incluso en el caso de conflicto de deberes de acción equivalentes, uno de esos deberes es prioritario, puesto que prevalecerá el deber que el obligado elija a su arbitrio, sin que tenga que ser analizada la causa de su elección. En efecto, la conducta que se efectúe en un caso así estará justificada, porque en los casos de ‘conflictos de deberes de acción’ no existe ninguna colisión de deberes en sentido propio, sino que se trata de cumplir un deber<sup>22</sup>. Y aquí es cuando Roxin acude al ejemplo anunciado: si A tiene el deber de salvar a su hijo B y también el deber de salvar a su otro hijo C de una situación de peligro común para ambos, y salva sólo a B, actuará *justificadamente* (y no sólo sin culpabilidad, como Alonso refiere) respecto de la no salvación de C<sup>23</sup>.

Es cierto que otros autores sostienen que en el caso de conflicto entre deberes de acción equivalentes el sujeto obligado actúa siempre antijurídicamente, es decir, ya sea que cumpla alguno de los deberes o que no cumpla con ninguno. Roxin entiende, sin embargo, que sería injusto considerar antijurídica la acción realizada por un sujeto que hace todo lo posible para cumplir con su deber, y que, como consecuencia de ello, cumple al menos uno de los dos deberes a los que está obligado simultáneamente, puesto que de esa manera sería equiparado al que no hace absolutamente nada y por lo tanto incumple

---

<sup>21</sup> Roxin, *ibid.*, § 16, nm. 102, p. 725.

<sup>22</sup> Sobre todo esto cf. Roxin, *ibid.*, § 16, nm. 103, p. 726.

<sup>23</sup> Roxin, *ibid.*, § 16, nm. 103, p. 726.

ambos deberes<sup>24</sup>. Y esta es, precisamente, la razón que da Roxin para considerar lícita –y no sólo inculpable- a la conducta del sujeto del ejemplo.

A modo de síntesis de lo expuesto hasta aquí: para Roxin, si se da una colisión entre dos (o más) deberes de acción de igual o similar jerarquía y referidos a un mismo bien jurídico, debe considerarse *lícita* (esto es, no antijurídica) la conducta del sujeto cualquiera sea el deber que cumpla. Para Alonso, en cambio, esta misma solución corresponde para supuestos de colisión entre dos (o más) deberes de igual o similar jerarquía, aun cuando uno de ellos sea de acción y el otro de omisión (como de hecho sucede en el caso que él se propone analizar). Pues bien, esta solución de Alonso sería inaceptable en el derecho penal alemán, porque si realmente ambos deberes son de igual o similar jerarquía – como él lo afirma- pero uno de ellos es de acción (pagar) y el otro de omisión (no pagar), entonces correspondería resolver el caso mediante el § 34 StGB (estado de necesidad justificante), dado que, cuando colisionan dos deberes de igual o similar jerarquía en abstracto, pero uno de ellos es de acción y el otro de omisión, en concreto prevalece siempre –y *claramente*, como lo exige el § 34 StGB– este último (entre matar y no matar prevalece no matar; entre pagar y no pagar prevalece no pagar, etc.); así, la clara diferencia de rango exigida por el § 34 StGB se da en el caso y corresponde entonces la aplicación de esta norma, como consecuencia de lo cual sólo estará justificado el agente *si no paga*. Es cierto que, en el caso de Alonso, uno y otro deber remiten a bienes jurídicos diferentes, por lo que la prevalencia necesaria del deber de omisión podría, en rigor, ser discutible. Pero no lo es menos que el § 34 StGB ha sido ideado sobre la base de la idea de que los intereses individuales prevalecen por sobre los colectivos (los bienes jurídicos allí mencionados son todos individuales: vida, libertad, honor, propiedad). De allí que, en ese sistema, frente a una colisión entre un deber de proteger, mediante omisión, un bien jurídico individual (la propiedad), y otro de proteger, mediante acción, un bien jurídico colectivo (la fe pública), lo correcto sería concluir que debe justificarse sólo el deber de omisión referido a un bien jurídico individual. Esta cuestión, con todo, será abordada más abajo nuevamente.

---

<sup>24</sup> Roxin, *ibid.*, § 16, nm. 105, p. 727.

Hasta el momento, se ha hecho referencia únicamente a la forma en que el sistema jurídico alemán resolvería esta cuestión desde su ordenamiento penal, y se ha puesto de manifiesto la coincidencia entre la forma en que Alonso soluciona el conflicto entre un deber de acción y uno de omisión y la solución que en Alemania, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, se resuelve un conflicto entre deberes de acción. Sin embargo, la legislación argentina (al igual que la de España)<sup>25</sup> prevé en su Código Penal, dentro de las conductas que considera justificadas, no sólo al estado de necesidad (art. 34 inc. 3°), como en el derecho alemán, sino también al cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4°). Así, si bien cabe coincidir con Alonso en que, *prima facie*, se está frente a un conflicto de deberes jurídicos, ha de rechazarse la solución a la que él arriba. Puesto que, a mi juicio, este problema se soluciona entre nosotros de *lege lata* a través de la aplicación de esta última norma del Código Penal argentino, que tiene por objeto solucionar precisamente esta clase de conflictos normativos. El art. 34 inc. 4° del CP prescribe, en efecto, que no será punible quien actúe en cumplimiento de un deber. Esto significa que la conducta de quien obra en forma típica motivado por el cumplimiento de un deber se encuentra justificada, siempre y cuando la elección del deber jurídico cumplido sea la correcta.

Esta previsión del legislador argentino merece una interpretación diferente a la del derecho penal alemán, puesto que no cabría la posibilidad de incluir dentro de la figura del estado de necesidad justificante a una conducta típica realizada para dar cumplimiento a un deber jurídico en detrimento de otro, dado que el art. 34 inc. 3° del CP argentino se refiere únicamente a casos de colisión de bienes o intereses, no de deberes. Es cierto que una parte de la doctrina -dentro de la cual se encuentra Bacigalupo- sostiene que incluir en forma específica al cumplimiento de un deber como causa de justificación (como eximente de la antijuridicidad) es superfluo<sup>26</sup>. No comparto, sin embargo, esa posición. Pues a mi criterio la norma del art. 34 inc. 4° del

---

<sup>25</sup> Cf. Código penal español, art. 20 inc. 6°.

<sup>26</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 236.

CP argentino es necesaria para, precisamente, resolver los conflictos normativos que *-prima facie-* surjan entre deberes de acción, como así también entre deberes de acción y de omisión.

Esta norma soluciona de manera muy simple la problemática planteada por Roxin, ya desarrollada; es decir: en nuestro sistema de normas penales no es necesario (ni posible) recurrir al estado de necesidad para justificar la colisión entre un deber de acción y uno de omisión, ni tiene que acudirse a una discutible construcción dogmática para fundar *-vía dudosas "causas supralegales"* de impunidad- la justificación de la conducta realizada cuando se trata de un cumplimiento de un deber de acción en detrimento de otro deber también de acción, en tanto el cumplimiento de uno implique el incumplimiento del otro. Es decir: a mi juicio es claro que la norma del art. 34 inc. 4° del CP tiene por objeto resolver, precisamente, casos de colisión entre *deberes*, sean éstos de acción (ambos), o de acción y de omisión. Una norma como esta está ausente en la legislación alemana, y ello es justamente lo que, en ese país, provoca las dificultades interpretativas señaladas. Ahora bien, no obstante ello, el problema que se plantea en nuestro derecho penal es determinar, en caso de colisión entre deberes jurídicos, cuál de ellos es el que tiene que cumplir el agente para que el ordenamiento jurídico justifique su conducta.

Al respecto entiendo que habrá que efectuar, ante todo, una ponderación de los deberes en juego para determinar cuál de ellos es el que prevalece, y para ello será necesario valerse de diversos criterios, los que varían según cada caso concreto que se presente. Así, una vez que queden establecidos los criterios que a mi juicio determinan cuál de los deberes es el que prevalece, la solución del caso planteado por Alonso se presenta sencilla, mediante la aplicación de una norma expresamente prevista en nuestro derecho penal, y precisamente para estos casos de conflictos de deberes: el mencionado art. 34 inc. 4° del CP. De tal modo, si el agente realiza la conducta adecuada (en el sentido planteado aquí), ese actuar típico no resultará punible, porque el ordenamiento jurídico prevé una causa de justificación para tales casos puntuales. Pero sí será punible si realiza la conducta inadecuada (es decir: si opta por el deber que normativamente no prevalece). Y a esto apuntaba una de las críticas iniciales al trabajo aquí analizado: dado precisamente que el art. 34 inc.

4º del CP resulta *prima facie* aplicable para resolver, en materia penal, un conflicto entre deberes jurídicos, no se comprende la ausencia completa de argumentación por parte de Alonso para explicar por qué él considera que no es mediante esa norma que debe resolverse el conflicto en cuestión.

A mi juicio, la vigencia del art. 34 inc. 4º del CP en nuestro sistema jurídico hace que, en caso de conflicto entre deberes jurídicos, rija ante todo el criterio de la especificidad: el deber que prevalece es el específico sobre el general<sup>27</sup>. Sólo para el caso de que no pueda establecerse (o al menos no con claridad) cuál es el deber más específico, rige el criterio de la jerarquía del bien jurídico involucrado. Esa es precisamente la razón de ser de la norma prevista en el art. 34 inc. 4º del CP. En efecto: dado que todos los habitantes de la Nación están obligados a cumplir con los deberes establecidos por el Derecho (CN, art. 19, segunda parte a *contrario sensu*), si se plantea un conflicto de deberes es porque uno es más específico o más importante que el otro. Pero si uno es claramente más específico, ese prevalece, aunque el otro sea de mayor jerarquía, pues de lo contrario el Estado no podría cumplir con ciertas finalidades que le son propias.

En efecto: el deber del policía de aprehender y por tanto de privar de la libertad a una persona a quien sorprende cometiendo un delito prevalece, por su especificidad, frente al deber general de respetar la libertad ajena; el deber específico del oficial de justicia de ingresar a una morada para embargar bienes prevalece sobre el deber general de no violar el domicilio, etc. Y el deber específico del declarado en quiebra de no pagar un cheque prevalece sobre el deber general de no violar la fe pública.

El carácter dirimente de este criterio se aprecia claramente con estos ejemplos, puesto que es evidente que el deber de no violar el domicilio ajeno, prescripto incluso constitucionalmente, es de mayor jerarquía que el de asegurar un derecho patrimonial futuro, previsto en un código de procedimiento, pero, no obstante ello, en el caso del ejemplo este último prevalece sobre aquel. La razón de ser de la primacía del deber específico sobre el de mayor jerarquía reside, pues –y como se

---

<sup>27</sup> Nuñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino, parte general*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 400.

dijo-, en la necesidad estatal de cumplir con determinadas finalidades que le son propias (supuesta su conformidad constitucional), aun en confrontación con otros deberes generales que remiten a bienes jurídicos de jerarquía mayor.

Lo mismo se observa si analizamos el ejemplo del policía, puesto que, claramente, el deber de respetar la libertad ambulatoria de los ciudadanos, previsto expresamente en tratados internacionales incorporados a la Constitución (v.gr. CADH, art. 7.2), es de mayor jerarquía que el deber del policía de evitar que se cometan delitos o de reprimir la delincuencia sorprendida en flagrancia, previsto en leyes locales (ley orgánica de la Policía de la Provincia de Córdoba N° 6701, arts. 6 y 7; CPP Cba., arts. 323, 2° párrafo y 324 inc. 7°). Sin embargo, en estos casos puntuales y en virtud de lo prescripto por una norma, un reglamento, una sentencia, etc., estos deberes de mayor jerarquía ceden ante otro específicamente determinado que le compete a una persona individualizada. Y la especificidad de un deber depende del grado de generalidad (o especificidad) de la norma que lo contiene. Así, y por regla, las normas constitucionales serán más generales que las del derecho penal de fondo, éstas más que las de los códigos de procedimiento y éstas más que las de las leyes orgánicas de funcionamiento de determinadas instituciones, etc.

Y existen incluso deberes más específicos aún que los establecidos por las normas generales de mayor especificidad, valga el juego de palabras. Así, sabido es que Kelsen sostiene que las normas más específicas son las sentencias judiciales (o administrativas), en tanto ellas establecen una “norma individual” que concretiza la norma general para ese caso y para una persona individualizada (o varias) en una situación particular<sup>28</sup>. Es decir, esa persona tendrá un deber que cumplir única y exclusivamente a partir de esa sentencia. Si ese deber colisiona con otro que surge de normas generales, prevalecerá el más específico

---

<sup>28</sup> Cf. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª edic., trad. Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 240: “...De allí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general” (el paréntesis es del original).

de la norma individual. En el Derecho se sigue, así, la regla de la especificidad, en el sentido de que la ley especial deroga a la ley general.

Por esta razón, y para volver al caso en examen, a partir del momento en que el agente es declarado en quiebra mediante una sentencia judicial que así lo determina, tiene el deber específico de no pagar el cheque en cuestión. En efecto, ese sujeto, desde el momento en que es declarado en quiebra por sentencia judicial, tiene ese deber que surge de esa sentencia, y que por ello es específico a su condición de quebrado. Por esta razón, desde el nacimiento de este deber específico, el deber general (de pagar) cede y la conducta típica en relación con el art. 302 del CP (la de no pagar) estará justificada, en virtud de lo expresamente previsto en el art. 34 inc. 4º del CP.<sup>29</sup> Pero si paga, su conducta, por todo lo expuesto, será típica y antijurídica, sin perjuicio de lo que pueda eventualmente discutirse respecto de su culpabilidad, según cómo se presente el caso en relación con la problemática del error de prohibición.

Puede ocurrir, sin embargo –y como ya fuera advertido– que en un caso concreto de colisión de deberes no pueda establecerse con suficiente claridad cuál de ellos es el más específico. Ello ocurre, por ejemplo, cuando colisionan el deber de testimoniar verazmente en juicio con el de no vulnerar el honor de las personas. Ambos son establecidos por normas del CP y tienen por tanto el mismo nivel de generalidad (y de especificidad). En esos casos, entonces, rige el criterio de la mayor jerarquía del bien jurídico al que remite el deber: el ciudadano debe decir la verdad al testimoniar aunque con ello injurie a alguien, porque para el CP es más importante que se respete la debida administración de justicia que el honor, como lo deja en claro la diferencia de los montos de las penas para uno y otro delito: un mes a cuatro años de prisión para el falso testimonio simple (uno a diez años para el agravado) y

---

<sup>29</sup> Con ello la solución aquí propuesta no se compromete con la tesis, criticada por Alonso, que sostiene la completitud *a priori* de los sistemas jurídicos. Simplemente se sostiene que este caso concreto de colisión de deberes puede ser adecuadamente resuelto con la aplicación de una norma del CP (el art. 34 inc. 4º) cuyo objeto específico es precisamente resolver conflictos de colisión de deberes.



un mes a un año de prisión para la injuria (CP, arts. 275 y 109, respectivamente)<sup>30</sup>.

Y es posible, también, que el deber más específico sea también el que remita a un bien jurídico de mayor jerarquía, en cuyo caso no habrá duda de que ese es el deber que prevalece. Eso es precisamente lo que ocurre con el caso propuesto por Alonso, pues allí el deber de no pagar (para no vulnerar la propiedad) no sólo es el más específico por provenir de una norma individual (sentencia judicial), sino también el de mayor jerarquía. En efecto, el bien jurídico protegido por el artículo 176 del CP es la propiedad, y el que protege el art. 302 es la fe pública. Ya ha sido expuesto que Alonso sostiene que no es adecuado utilizar este criterio para determinar cuál de esos deberes es el preponderante. Sin embargo, en mi opinión sí es posible, en el conflicto de deberes que Alonso plantea, determinar cuál de los bienes jurídicos a los que remiten los deberes en juego es el jerárquicamente superior.

Así, puede decirse que, en primer lugar, la propiedad está protegida explícitamente en la Constitución Nacional (art. 17), mientras que esto no ocurre con la fe pública. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, en un Estado de derecho (y tal como el derecho penal alemán lo ha dejado muy en claro a través del § 34 StGB), los bienes jurídicos individuales tienen como mínimo una primacía débil o *prima facie* sobre los bienes jurídicos colectivos. Sobre esta cuestión, Alexy sostiene en efecto que, en un Estado de derecho, “existe... una precedencia general *prima facie* a favor de los derechos individuales. Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los derechos colectivos”<sup>31</sup>. En efecto, la propiedad privada de los acreedores del declarado en quiebra es un bien jurídico individual que, en este caso concreto, prevalece sobre la fe pública, que es un bien jurídico colectivo, puesto que, por fundar un

---

<sup>30</sup> Sobre la importancia de las escalas penales previstas en abstracto para determinar la mayor o menor jerarquía del bien jurídico (y del deber correlativo) de que se trate se ha pronunciado el mismo Alonso, en op. cit., p. 51-52.

<sup>31</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 207. No es este el lugar para analizar en profundidad las razones de esta precedencia *prima facie* a favor de los bienes o derechos individuales. Para ello cf. Alexy, *ibid.*, esp. pp. 200 y ss.

Estado de derecho, ha de afirmarse que nuestro sistema constitucional protege en primera medida y con mayor intensidad al individuo.

Queda claro, pues, que entre el deber de pagar (para proteger la fe pública) y el de no pagar (para proteger la propiedad), este último es tanto el más específico como el de mayor jerarquía, por lo que resulta prevaleciente con respecto al anterior. En consecuencia, cabe afirmar que la fe pública, en este caso concreto, se encuentra obligada a 'soportar' el actuar típico del agente que haya emitido un cheque sin provisión de fondos, declarado en quiebra y con posterioridad intimado al pago. O –lo que es lo mismo– en dicha situación el cumplimiento del deber de no pagar el cheque por parte del agente declarado en quiebra en resguardo del patrimonio de sus acreedores justifica el incumplimiento del deber de pagarlo. Es decir: la acción típica en la que incurre el agente al no pagar el cheque en detrimento de la fe pública no es antijurídica en nuestro sistema penal, pero sí sería antijurídico el accionar del agente si pagara el cheque, pues en ese caso estaría dando cumplimiento al deber menos prevaleciente, tanto por el argumento de la especificidad como por el de la jerarquía.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Sostengo entonces que el caso planteado por Alonso no debe resolverse como el autor lo plantea, es decir: que haga lo que haga el agente (pague o no pague el cheque), su conducta no será antijurídica. Ello importa, a mi juicio, pasar por alto la existencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de una norma prevista expresamente para resolver esta clase de colisiones entre deberes jurídicos: el art. 34 inc. 4º del CP. Según la interpretación aquí efectuada de dicha norma, debe acudirse ante todo al criterio de la especificidad para determinar cuál es el deber prevaleciente, o en su caso al criterio de la jerarquía si no fuera claro que uno de los deberes es más específico que otro. Puede ocurrir, por cierto, que un mismo deber sea el más específico y también el superior en jerarquía, en cuyo caso no habrá duda de que ese será el deber prevaleciente. Es lo que ocurre precisamente con el caso en examen, en el cual el deber de no pagar es tanto el más específico como

el jerárquicamente superior. Por ello es que el deber más general y jerárquicamente inferior de pagar el cheque (CP, art. 302) cede frente al deber más específico y jerárquicamente superior de no pagarlo, conducta ésta que, aunque resulte típica en relación con el art. 302 del CP, estará justificada por el ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto por el art. 34 inc. 4º del CP: actuación en cumplimiento de un deber. Por el contrario, el agente actuará antijurídicamente si paga el cheque, porque en tal caso cumplirá un deber general (y jerárquicamente inferior) en desmedro de uno específico (y jerárquicamente superior) que a él le compete.

**ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LAS ESCALAS PENALES,  
LAS CONSECUENCIAS DE UNA CONTRADICCIÓN  
NORMATIVA Y LA RESPONSABILIDAD EN VIRTUD DE  
LA *ACTIO ILLICITA IN CAUSA***

José Milton Peralta\*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El trabajo de Alonso acerca de “normas penales y conflicto de deberes” trata el problema del sujeto que se encuentra, en principio, ante dos alternativas de conducta igualmente antinormativas, sin que exista una tercera posibilidad. El análisis se realiza desde diversas perspectivas. En los puntos 1 a 4 desgrana el asunto desde un punto de vista lógico y iusfilosófico sobre el que no me encuentro en condiciones de hacer ningún aporte. En el punto 5, una vez establecido con precisión en qué consiste este caso especial de conflicto de deberes, Alonso analiza, ya desde una perspectiva jurídico-dogmática, qué es lo que se sigue, en cuanto a la

---

\* CONICET, Argentina

delictuosidad, de las alternativas de conducta con las que cuenta el sujeto. Bajo los términos “condena o absolución” se propone determinar si las opciones en cuestión son delictivas o no, y en base a qué razón. En este único punto se centran mis observaciones.

En primer lugar, analizo el sub-punto 5.2. donde Alonso descarta que la respuesta a este conflicto normativo pueda encontrarse en las escalas penales previstas para cada delito. Sostengo allí lo contrario. Considero que los montos de pena establecidos por el legislador, por lo menos en este caso, pueden ser decisivos para dirimir la cuestión. Las afirmaciones de Alonso esconden alguna ambigüedad referente a la función de las escalas penales en particular y de las normas penales en general que trato de precisar en esta parte. Por último, aquí también explícito con base a qué elemento de la teoría del delito se puede dar cuenta de esta solución (*infra* 2).

En segundo lugar, me detengo en la solución brindada por Alonso. Este análisis subsidiario se basa en que, independientemente de la plausibilidad de la propuesta anterior, considero desacertada (una de las posibles interpretaciones de) esta solución. Si por “nunca actuará antijurídicamente” se entiende que, haga lo que haga el sujeto, su conducta deberá considerarse justificada, se está defendiendo algo conceptualmente insostenible. Si realmente no se puede dirimir qué norma es la que prevalece, la solución no puede encontrarse en que la conducta no es antijurídica porque el sujeto siempre estará cumpliendo un deber. Pues para saber esto previamente hay que determinar qué norma prepondera (cuál es el deber) y esto es lo que, según Alonso, no se puede saber. Por el contrario, si el conflicto es irresoluble, estamos frente a una antinomia de la que se sigue, en un estado de Derecho, la ausencia de tipicidad por falta de *lex certa* (*infra* 3).

Finalmente, se plantea una tercera hipótesis de solución. Existe una salida distinta a la de la atipicidad válida aún considerando que las escalas penales no cuentan para solucionar este problema. Para que esto sea factible, empero, es necesario agregar un dato adicional que “merodea el caso”, pero que no ha sido incluido en el análisis de Alonso: el conocimiento por parte del sujeto al momento de librar el cheque de que probablemente será declarado en quiebra antes de ser intimado al pago. Si el sujeto es conciente de esa circunstancia y de que, por ende,

probablemente no podrá pagar el cheque sin infringir otro deber, puede ser sancionado penalmente con independencia de la conducta que realice, es decir, puede ser sancionado en ambos casos. En este supuesto, el sujeto es responsable por la situación conflictiva en la que se encuentra y por ello no puede aducir el conflicto como una circunstancia eximente. Para dar cuenta de esta posibilidad es necesario traer a colación la estructura de la *actio illicita in causa* con su correspondiente justificación (*infra* 4).

## 2. LA FUNCIÓN DE LAS ESCALAS PENALES

(a) En la doctrina penal no se discute que las escalas penales cumplen, al menos, una función de orientación para determinar el valor de los diversos bienes jurídicos. En la medida en que se amenaza con más pena al delito de homicidio que al de daño, puede concluirse, en principio, que la vida tiene más valor que la propiedad<sup>1</sup>. Se reconoce ampliamente que este no es el único factor que cuenta, pero también que es relevante, por lo menos como punto de partida. Frente a esta justificación de la relevancia de las escalas penales, Alonso se pronuncia en contra de la siguiente manera:

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’<sup>2</sup>.

Esta afirmación puede ser entendida tanto descriptiva como prescriptivamente. Si se la entiende como una descripción de lo que el legislador *hace* no habría aquí mayores inconvenientes para solucionar el conflicto. Justamente porque el patrimonio es más valioso que la fe

---

<sup>1</sup> En este sentido, Roxin, *Derecho penal, parte general*, t.I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1997, nm. 16/23.

<sup>2</sup> En 5.2.

pública es que el fraude a la quiebra (FQ) tiene una pena más elevada que la omisión de pago de cheque (OPC) y, por consiguiente, no habría dificultades en determinar cuál es el deber que se debe seguir. Sin embargo, de lo que sigue en el texto de Alonso se puede deducir que su afirmación tiene un carácter prescriptivo. La frase indica que el legislador *debe* basar la graduación de las escalas penales en el valor del bien jurídico. Lo que no está claro, no obstante, son las consecuencias de este mandato para la solución del caso.

Para que dicha prescripción se encuentre carente de problemas prácticos, y sea útil para la solución de nuestro caso, hay que suponer, entre otras cosas, un acuerdo general acerca de cuáles son todos los valores sociales. Y, además, que las previsiones legislativas son, en algún sentido, superfluas, pues o bien dan cuenta de ellos, y por tanto no haría falta norma alguna, o bien no lo hacen, y por ello deben ser dejadas de lado al momento de evaluar una conducta. Las normas tendrían así un mero carácter declarativo o serían inválidas. Trasladado a las escalas penales y al problema que nos aqueja, esto significa que o bien las escalas penales reflejan la importancia de los valores sociales y resuelven el problema debido a esa coincidencia o bien la solución debe ser hallada con independencia de ellas y, por ende, son irrelevantes. Esta segunda afirmación parece ser la que sostiene Alonso.

Pero una coincidencia semejante dista de reflejar el estado de la discusión acerca de las cuestiones morales en las sociedades occidentales actuales. En éstas existen desacuerdos sobre prácticamente cualquier cosa. Por eso, entre otras cosas, se han generado autoridades centralizadas, cuyas decisiones acerca de los conflictos sociales resulten vinculantes. Para que dicha autoridad sea legítima debe incorporar a la discusión acerca de las normas la mayor cantidad de puntos de vista posible. Por ello el parlamento elegido democráticamente es la mejor institución en este sentido. Pero, y justamente por la plurirepresentatividad de estos centros de discusión, de ningún modo puede asegurarse que todos los puntos de vista sean contemplados en la decisión final<sup>3</sup>. Habrá personas o grupos de personas que estarán de

---

<sup>3</sup> Cfr. Peralta, *Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico*, Indret Penal, Barcelona, 2008, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 10 y ss., con numerosas referencias ulteriores.

acuerdo con la decisión y otros que no. Para quienes hayan visto triunfar su postura en la discusión, la decisión legislativa será, en cierto sentido, redundante. Pero frente a los que no hayan logrado ese cometido la norma se transforma en una nueva razón para actuar, con independencia de sus propias creencias<sup>4</sup>.

En el ejemplo que opone propiedad frente a vida no se percibe demasiado la relevancia de esta distinción porque aquí existe, a grandes rasgos, una extensa coincidencia valorativa. Pero en la discusión acerca de la legitimidad de la prohibición del aborto, por ejemplo, las posiciones están claramente divididas y es allí donde puede percibirse la importancia de diferenciar entre lo que se cree correcto y lo que se debe hacer. Efectivamente, ese eventual desacuerdo valorativo no es óbice a que la norma que ha decidido la cuestión sea vinculante. Todo lo contrario, *justamente* allí es donde la norma adquiere mayor relevancia determinando qué se debe hacer al darle prevalencia a alguna de las posturas. Una vez que se ha arribado al resultado la norma general vincula a sus destinatarios *porque* así lo ha resuelto el legislador y no porque *sea* más grave en el sentido de que el destinatario de la norma coincida con esta decisión.

En el caso que nos ocupa esta distinción parece adquirir mayor relevancia debido a otro factor adicional. Aquí, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la discusión sobre el aborto, parece no poder hablarse de convicciones uniformes o divididas en la sociedad al respecto. Parece más bien que esto no tiene demasiada relevancia moral en general. No existe un debate público al respecto y si le preguntáramos a alguien qué vale más, si la fe pública o la propiedad, probablemente no pueda elaborar respuesta alguna al respecto. Y esto no hace más que traer agua al molino de la vinculatoriedad de la disposición legislativa. La decisión por darle prioridad a uno u otro de los bienes jurídicos parece asemejarse al carácter de las acciones *mala quia prohibita*, en donde una decisión, o la prioridad de una sobre otra, no refleja una valoración moral en ningún sentido, sino la necesidad de organizar la sociedad de algún modo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Raz, en, el mismo, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 179, 190 s. también 194, 197.

<sup>5</sup> Como cuando se ordena "mantener la derecha" y no "la izquierda" en el tráfico rodado.



Pero más allá de esta última disquisición, no se le quiere negar aquí relevancia a la necesidad de que el derecho deba reflejar una determinada escala de valores. La afirmación de Alonso tiene relevancia práctica, pero sólo en tanto y en cuanto se la entienda como un mandato al legislador. Este debe buscar reflejar la gravedad de los bienes jurídicos al momento de establecer las escalas penales<sup>6</sup>. Pero las escalas de valores que no hayan sido reconocidas por el legislador no valen como parámetro de conducta para cada individuo, que debe obrar en base a otras razones, en concreto, por lo decidido por la autoridad. Su coincidencia personal o no con esta decisión debe ser irrelevante. De lo contrario, si el derecho debiera dar cuenta a efectos prácticos (i.e. para determinar qué hacer<sup>7</sup>) de los puntos de vista de todos los individuos, debería desintegrarse conforme al pensamiento de cada uno de ellos para quienes debería regir una norma particular según lo que consideren correcto. Y así no habría ordenamiento jurídico alguno<sup>8</sup>.

En conclusión, para determinar si el sujeto debe pagar el cheque, y afectar el patrimonio común de los acreedores, o si debe no pagarlo, y afectar la fe pública, debe ser decidido conforme a las valoraciones generales, reflejadas en las escalas penales, y no conforme a lo que el destinatario de la norma considere más grave o importante.

(b) Es cierto, de todas maneras, que, como afirma Alonso citando a Roxin, el criterio del “valor del bien” no es el único que

---

<sup>6</sup> Por lo menos según algunas visiones del Derecho penal. Para quien ve en éste una función sin ninguna vinculación deontológica, las escalas penales pueden reflejar otras cosas, como la frecuencia en la comisión de los hechos o la sensibilidad social a los acontecimientos delictivos.

<sup>7</sup> Como dijimos, los diversos puntos de vista deben ser tenidos en cuenta al momento de la discusión sobre la generación de la norma, sólo que no al momento de evaluar la vinculatoriedad de la norma ya establecida.

<sup>8</sup> Existe aquí un problema con las normas que contradicen crasamente valores fundamentales completamente arraigados. Probablemente, nuestro ordenamiento positivo actual no las consideraría válidas, debido a las normas constitucionales actualmente vigentes. Pero no deja, igualmente, de ser un problema importante para la validez de un derecho positivo de estas características, que contingentemente hoy no existe. Pero, felizmente, esta dificultad no se plantea en el caso en cuestión.

tiene importancia para determinar la intensidad de la pena. Además se debe tener en cuenta “la modalidad de ataque”<sup>9</sup>. Esto significa, en pocas palabras, que existen ciertos tipos penales que tienen contempladas escalas penales más elevadas que otros, no porque reflejen un bien jurídico de mayor valor, sino porque dan cuenta de una forma de ataque más intensa. Sin embargo, no parece que esto pueda debilitar la relevancia de las escalas penales como parámetro de decisión. Pues, definitivamente, las modalidades de ataque también son relevantes para determinar qué se debe hacer y, en este sentido, las escalas penales siguen siendo dirimientes.

Por ejemplo: si alguien en un estado de necesidad agresivo debe decidir, para llevar a su hijo al hospital, si debe sustraer un vehículo que tiene la puerta abierta y las llaves colocadas u otro, para cuyo acceso es necesario romper el vidrio y el tambor de arranque, debe resolver por el primer curso de acción<sup>10</sup>.

El deber de omisión de una conducta es tanto mayor en cuanto las modalidades de ataque sean más idóneas para lesionar el bien jurídico. Existe un deber superior de omitir conductas potencialmente más lesivas de bienes jurídicos que de omitir aquellas que lesionan menos<sup>11</sup>. Si esto es lo que señalan las escalas penales, con mayor razón deben ser seguidas.

En efecto, la relación entre tipo básico y tipo agravado, muchas veces, no pasa por la pluriofensividad de la acción (i.e. en que lesione más *de* un bien jurídico), sino porque el ataque al mismo bien es más intenso (i.e. en que lesiona más *un* bien jurídico). Así, la calificante del hurto por escalamiento (163 inc. 4 CP) puede estar justificada en que el sujeto además de hurtar comete el ilícito de violación de domicilio. Pero, por el contrario, el hurto calamitoso (163 inc. 2) sólo es más grave debido a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra la

---

<sup>9</sup> Alonso, 5.2; Roxin (n.1) nm. 16/24 y 26; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin-New York, 1991, nm. 13/20; Stratenwerth/Kühlen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5ta. ed., Die Straftat, Heymanns, Köln, entre otras, 2004, nm. 9/105.

<sup>10</sup> De otro modo, habrá obrado con exceso intensivo en estado de necesidad. Este exige siempre optar por el medio menos lesivo disponible.

<sup>11</sup> Por todos, Stratenwerth/Kühlen (n.9), nm. 9/107 ss.

víctima, que torna esa conducta más eficaz para lesionar *el mismo* bien jurídico.

Existe otra interpretación posible de la importancia de la modalidad de ataque que sí pone en jaque la relevancia de las escalas penales en abstracto y así la postura aquí defendida. La idea es la siguiente. Una cierta modalidad de acción concreta, por el peligro que implica, puede hacer que un hecho típico sea merecedor, dentro de una escala penal determinada, de una pena más cercana al máximo; mientras que otra forma de acción, por su falta de gravedad, puede transformar a otro hecho, aún subsumible dentro del mismo tipo y, con ello, sometible a la misma escala penal, en merecedor de una pena cercana al mínimo. Así, se podría incluso invertir el orden indicado *prima facie* por las escalas penales. Si bien, por ejemplo, se puede afirmar el valor integridad física tiene más peso que el de la propiedad, riesgos mínimos sobre la integridad pueden hacer que prevalezca el valor propiedad, si este último resulta expuesto a un gran riesgo. Quien, para evitar el incendio sobre su vivienda, conduce el auto violando las normas de tránsito y lesiona a un transeúnte, puede considerar su conducta justificada más allá de las penas establecidas para cada delito. En este sentido, se puede decir que, conforme a las modalidades de ataque a veces hay que dejar de lado las escalas penales.

Si esto es así, se podría pensar en que, en este caso, por la forma en que se realiza, el tipo de FQ es merecedor de una pena menor a la del máximo, y la forma de acción del hecho de OPC lo hace merecedor, en cambio, de una pena sí cercana al máximo de la escala penal correspondiente, de tal modo que, conforme las modalidades del caso concreto, ya las escalas en abstracto no puedan determinar la situación, supongamos, porque en ambos casos el autor debería padecer una pena de cuatro años.

Para sostener esto que, en rigor, no cuestiona en sí el valor de las escalas penales como tales, sino que precisa su operatividad conforme a cada caso<sup>12</sup>, deberían haberse proporcionado razones de por

---

<sup>12</sup> En efecto, conforme a las reglas de la mensuración de la pena (art. 41 inc. 2 CP) las modalidades de comisión del hecho son relevantes para determinar, *dentro de un marco penal*, qué pena corresponde imponer. *Ex ante* esto significa que las modalidades de acción también deben ser tenidas en cuenta para calcular las

qué hay que abandonar el valor indiciario de las escalas penales consideradas en abstracto. Es decir, hubiera sido necesario justificar por qué, en este caso, la QF hubiera ameritado, por ejemplo, una pena media, y por qué la OPC hubiera ameritado, digamos, una pena máxima. Incluso los autores citados por Alonso entienden que las escalas penales pueden ser dejadas de lado *si hay razones* para ello. Esas razones no son proveídas por Alonso y son difíciles de imaginar. Por ello, a pesar de esta posibilidad, parece apropiado seguir el valor indicado por las escalas penales.

(c) Tercero, como menciona Alonso, Roxin hace referencia al hecho de que, aparentemente, ciertas conductas son penalmente impunes no debido a que no lesionen un bien jurídico penal o a que la modalidad no sea lo suficientemente grave como para justificar una intervención penal, sino a que, muchas veces, *a pesar de esto*, existen remedios jurídicos alternativos a la pena. En este sentido, la falta de punibilidad o la punibilidad menos intensa de cierta conducta pueden estar basadas no en su relación con la importancia del bien jurídico o la modalidad de ataque a la que ha sido sometido, sino a *otra cosa*. Siguiendo este razonamiento, Alonso deja deslizar que la menor intensidad de pena del delito de OPC podría deberse no al menor valor del bien jurídico “fe pública” o que la modalidad de ataque sea en este caso menos peligrosa, sino a que el legislador cuenta a estos efectos con más alternativas para proteger el bien jurídico de las que cuenta para resguardar el patrimonio de los acreedores en el delito de QF.

Esto también es posible, pero aquí, otra vez, hubiera sido deseable que Alonso tratara de justificar cómo es que esto puede predicarse del caso en discusión, tratando de señalar cómo la OPC tiene aquí una pena de 1 a 4 años en razón de que no es necesario que tenga una pena más elevada, porque contamos con medios alternativos que, por lo menos en algún sentido, sirven para solucionar estos problemas, cosa que al no suceder con la clase de afectación del patrimonio que afecta la QF hace a esta merecedora de una pena más grave.

---

consecuencias penales de una acción, pero siempre dentro de la escala penal y no más allá de ella. Cfr. al respecto, Peralta, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2008, pp. 599 ss., 614 ss.

Pero aún concediendo este punto, esto no parece desvirtuar la función de las escalas penales. Al contrario, parece fundamentarla. Si la pena más grave para el delito de QF se debe a que aquí no hay otro remedio que recurrir al Derecho penal (o que el recurso al Derecho penal es aquí más necesario) a diferencia de la OPC donde se pueden encontrar soluciones alternativas en algunos casos, entonces las escalas penales continúan teniendo una función motivadora. *Justamente* debido a la falta de medios alternativos es que es más necesario proteger *penalmente* a los acreedores a través de la desestimulación más intensa de estas conductas. El sujeto debe, entonces, aún teniendo en cuenta estos factores, omitir pagar el cheque.

(d) Si se está de acuerdo con lo dicho hasta aquí, el pago del cheque se encuentra amparado por una causa de justificación. El bien jurídico más importante, el más lesionado o el que necesita más protección debe prevalecer sobre el otro, y la lesión a la norma que protege a este último se encuentra justificada de acuerdo a este “balance de intereses”. Aquí se obra en cumplimiento del deber prevaleciente<sup>13</sup>.

Aquí se puede plantear el problema del error. ¿Qué sucede si el sujeto cree que tiene el deber de pagar el cheque? Pues bien, este sería un error de prohibición, pues el autor sabe perfectamente lo que está haciendo (no hay error de tipo en ningún sentido), pero cree que es obligatorio. Este error excluye la culpabilidad, según la doctrina mayoritaria, cuando es inevitable. Caso contrario, cuando es evitable, la disminuye y le corresponde una pena atenuada dentro de la escala penal del delito doloso<sup>14</sup>. Aquí no se plantean mayores dificultades.

### 3. ACERCA DE LA “INDOMINABILIDAD NORMATIVA” DEL HECHO

(a) Alonso descarta la solución ofrecida *supra*. Según sus propias palabras, “no es posible determinar qué deber jurídico prevalece

---

<sup>13</sup> No es para mí clara cuál es la diferencia entre un conflicto de deberes y un estado de necesidad no facultativo, en el que no se sabe qué corresponde hacer. Parece, pues, que una situación que podría caracterizarse como de estado de necesidad se transforma en un deber cuando es obligatorio actuar. Se menciona algo al respecto en el punto 4 de este trabajo.

<sup>14</sup> La evitabilidad o inevitabilidad en este caso, dependerá, normalmente, del asesoramiento legal brindado.

y cuál cede”. Es decir, cuál es el deber superior. De esto él concluye que, haga lo que haga, “no hay forma de sostener que el agente será pasible de sanción penal”. Por ello, éste “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.”<sup>15</sup>

La primera dificultad surge aquí de la ambigüedad en el uso de la proposición “ausencia de antijuridicidad”<sup>16</sup>. Existen al menos dos razones para que una acción sea considerada conforme a derecho (i.e. no antijurídica). La primera, que es válida sólo para la antijuridicidad exclusivamente penal, es la falta de tipicidad de la conducta. Cuando alguien realiza una acción atípica, realiza algo que no es penalmente antijurídico (aunque pueda serlo conforme a otras ramas del ordenamiento jurídico). La segunda razón, es la presencia de causas de justificación. Cuando una acción es típica, pero está justificada, entonces esta conducta tampoco es antijurídica (y aquí también se puede hablar de que no lo sea sólo en sentido penal, aunque lo siga siendo para otras áreas del Derecho, conforme a una doctrina que viene ganando adeptos)<sup>17</sup>.

A pesar de esta indeterminación, se puede suponer que Alonso hace referencia al segundo supuesto (i.e. que existe aquí una causa de justificación), pues en una parte del texto rechaza, con la doctrina mayoritaria, que la solución a este problema pueda encontrarse en el tipo<sup>18</sup> y, además, porque se basa expresamente en Roxin, quien considera al conflicto de deberes como un caso de “justificación supralegal”<sup>19</sup>. Esto, al mismo tiempo, suena plausible. Parece extraño afirmar que la conducta *ya realizada* pueda ser atípica cuando se subsume,

---

<sup>15</sup> 5.3., paréntesis del original.

<sup>16</sup> La misma ambigüedad se encuentra en Jakobs (n.9) 15/6.

<sup>17</sup> Hoy se encuentra cada vez más extendida la idea de que no sólo la tipicidad es específicamente penal, sino que también pueden serlo algunas causas de justificación, de tal modo que la justificación de un hecho desde el punto de vista penal no implica su justificación desde la perspectiva de otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Cfr. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, Heymann, Köln (entre otras), 1983, *passim*. Para un análisis escueto del tema Roxin (n.1), nms 14/2, 14/32 ss. y 16/111 ss.

<sup>18</sup> 5.3.

<sup>19</sup> Roxin (n.1), nm. 16/107.

indudablemente, en uno de los dos tipos penales en pugna, y asimismo parece plausible pensar que está justificada, porque también evita la subsunción en alguno de los tipos penales. Estas últimas afirmaciones, no obstante, también esconden una ambigüedad, cuya elucidación quizás sirva para precisar un poco más la cuestión.

(b) Las causas de justificación cumplen la función general de derogar<sup>20</sup> el mandato señalado en el tipo. Dadas ciertas circunstancias, lo que se encuentra generalmente prohibido ya no debe ser evitado. Por supuesto, existe un interés estatal importante en que este mensaje llegue a los ciudadanos para que estos, dadas las circunstancias establecidas en la justificación, sepan cómo deben o tienen permitido actuar. En este sentido, “no se puede negar que los preceptos permisivos también están destinados a motivar comportamientos”<sup>21</sup>. En el caso de las causas de justificación que contienen un deber, esto es claro. Aquí se ordena realizar cierta acción. Pero la situación en los casos de simples permisiones no es distinta, pues con ella se le quiere indicar al potencial autor que el deber que establecía el tipo, dadas ciertas circunstancias, ya no rige.

La derogación del tipo en ambas clases de preceptos justificatorios tiene, entonces, la misma razón de ser: eliminar el mandato del tipo. El estado de cosas descrito por ellos ya no contiene un disvalor social que deba ser evitado penalmente. Esta función general derogatoria del precepto permisivo supone que una de las dos normas tiene vigencia sobre la otra. Es decir, que una es la que rige el caso dadas ciertas particularidades<sup>22</sup>. Y esto vale también para la tipicidad conglobante de Zaffaroni/Alagia/Slokar<sup>23</sup>.

En efecto, Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden que no se puede considerar típica una conducta que *prima facie* se subsume en una

---

<sup>20</sup> Con esta palabra no tengo la pretensión de tomar partido por la discusión sobre la relación entre normas regla y norma excepción, por lo que la expresión “derogar” no deber ser entendida en este sentido. Cfr. al respecto, Ortiz de Urbina, (n.22) *pássim*.

<sup>21</sup> Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 536.

<sup>22</sup> Cfr. sobre la razón práctica por la que debe predominar la norma especial en Ortiz de Urbina, *De moscas y agresores muertos*, Indret Penal, Barcelona, 2008, pp.18 s.

<sup>23</sup> Aunque tanto él como Roxin y Alonso luego digan otra cosa.

norma, si hay otra que la contradice. Aquí también se entiende que una norma ha desplazado la existencia de la otra. Conforme estos autores, será atípica la conducta de dañar una cosa si, luego de un análisis “conglobante”, se determina que otra norma es la que prevalece en esas circunstancias, por ejemplo, porque dicha rotura estaba implicada en el cumplimiento de un deber<sup>24</sup>. Este sería el caso del bombero que, para rescatar a un accidentado, necesita romper la ventana de una casa<sup>25</sup>.

(c) En ambas construcciones, entonces, la solución es la misma y, en ambas construcciones, la solución es *única*. Del conflicto entre dos normas, se sigue que *una de ellas* es la que rige el caso específico. Ante la presencia de una causa de justificación, incluso en aquellas que establecen meras permisiones, rige la norma justificatoria. Así, en la legítima defensa ya no rige la norma que prohíbe matar (aunque el sujeto tenga permitido no evitar su muerte), sino que rige la norma de permisión que le quita vigencia a la anterior. Y esto no vale a la inversa. No es correcto sostener que la norma que prohíbe matar le quita vigencia a la norma que permite matar. De otro modo la norma permisiva no tendría vigencia.

Lo mismo vale, como es evidente, también para las normas que *obligan* a hacer algo distinto de lo señalado en el tipo. Un bombero no se encuentra, dadas las circunstancias X, ante la alternativa de dos

---

<sup>24</sup> Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 496.

<sup>25</sup> En verdad, Zaffaroni/Alagia/Slokar no sacan ninguna consecuencia con relevancia práctica de la distinción entre atipicidad conglobante (por esta razón) y justificación. Esto sólo podría ser importante para la teoría del error, en la medida en que el desconocimiento de un elemento conglobante podría conducir a consecuencias distintas de las del desconocimiento de las circunstancias que justifican una conducta. El primer caso podría conducir a la atipicidad de la conducta, mientras que el segundo, a la ausencia de culpabilidad (cfr. Sancinetti (n.21) p. 526 n. 28. Claro está, para quien defienda la “teoría estricta de la culpabilidad”). Sin embargo, Zaffaroni/Alagia/Slokar no sacan esta conclusión, sino que sostienen que el error sobre los elementos que niegan la tipicidad conglobante del hecho sólo puede excluir la culpabilidad (Cfr. referencias en Sancinetti (n.21) p. 526 n. 28). Actualmente Zaffaroni/Alagia/Slokar (n.24) p. 534. Es decir, tiene las mismas consecuencias que el error sobre una circunstancia justificatoria. (Al margen, la teoría estricta de la culpabilidad ya no es defendida hoy en Alemania prácticamente por nadie).



normas válidas, una que prohíbe el daño y la violación de domicilio y otra que afirma que es obligatorio dañar y violar el domicilio (porque este es el único medio disponible para salvar una vida). Ante esta aparente contradicción normativa el bombero sólo tiene una opción válida: cumplir con la obligación. De tal modo que si sigue la norma que señala “prohibido dañar e invadir domicilios ajenos” estará realizando algo prohibido e incluso punible. Esto no resulta modificado porque se lo analice desde la perspectiva de la tipicidad conglobante. Allí también existe una norma válida y no dos. El caso del bombero sólo será atípico si cumple con su deber<sup>26</sup>. Esto es claramente lo que sucede en el caso de un sujeto que, al ver un vehículo accidentado, se encuentra ante las alternativas de o bien romper el vidrio, y realizar el tipo del delito de daño, y rescatar a la víctima o bien no romper el vidrio y no rescatar a la víctima, y realizar el tipo de omisión de auxilio. Ambas alternativas parecen implicar el quebrantamiento de una norma y ambas conductas implican el cumplimiento de una norma de modo tal que no existe una tercera posibilidad. Pero está claro que sólo *una* norma es la que rige y que de no cumplirse acarrea responsabilidad penal.

Lo llamativo es que, no obstante esta unidireccionalidad de las normas de justificación, tanto Alonso como Zaffaroni/Alagia/Slokar y Roxin creen poder solucionar el problema de la contradicción normativa en base a una causa de justificación<sup>27</sup>. Y esto sin duda resulta paradójico. Lo que se está sosteniendo es, pues, lo siguiente: dada la situación S rige la norma N1 que deroga la norma N2 y *al mismo tiempo* dada la misma situación S rige la norma N2 que deroga la norma N1. Pero esto es inconcebible. Si N1 deroga a N2 *entonces* ya N2 no puede derogar N1, y viceversa. Dos normas no pueden derogarse simultáneamente mutuamente, porque para que una norma N1 derogue una norma N2 es necesario que tenga vigencia, es decir, que la norma N2 no derogue, al mismo tiempo, la norma N1.

(d) No obstante esto, se debe reconocer que parece plausible afirmar que ambas conductas son típicas y que ambas conductas están justificadas. Haga lo que haga el sujeto, su conducta se podrá considerar subsumida en la norma que no cumple, y por ello será típica, y haga lo

---

<sup>26</sup> Zaffaroni/Alagia/Slokar (n.24), pp. 496 s.

<sup>27</sup> Zaffaroni/Alagia/Slokar, claro está, la denominan causa de atipicidad.

que haga el sujeto su conducta podrá ser subsumida en la norma que cumple, y por ello estará justificada. Sin embargo, esto no puede ser sostenido si uno, como Alonso, distingue nítidamente entre norma primaria (o de sanción) de norma secundaria (o de conducta). En efecto, sólo puede considerarse a la conducta típica y justificada desde la perspectiva de la norma primaria, pero no desde la norma secundaria, o por lo menos no lícitamente.

La diferencia de análisis entre estas concepciones de norma se basa, justamente, en que la norma secundaria queda determinada recién una vez que ambas normas primarias se consideran conjuntamente. Como se mencionara, para el bombero existe una sola norma: obligatorio dañar e introducirse en el domicilio si esto es necesario para salvar una vida. Más allá de que para el juez o el analista de la norma de sanción se esté ante dos normas, una que prohíbe y otra que obliga la misma conducta, para quien debe obrar en base a ellas hay (y debe haber) un solo mensaje (y debe ser claro)<sup>28</sup>.

Si se concede que es lógicamente imposible que las dos normas se deroguen mutuamente y, además, que no se puede determinar cuál norma deroga a cuál, entonces no se puede establecer cuándo el sujeto obra “en cumplimiento de un deber”. No pueden estar las dos justificadas y no se sabe siquiera si una de ellas lo está. La consecuencia de esto no puede ser, evidentemente, que ambas sean conductas típicas sin justificación. La misma razón que impide determinar qué conducta es la debida impide determinar cuál es la *indebida*, esto es, cuál es la conducta típica. La permisión y la prohibición, para la norma secundaria o de conducta, son interdependientes, porque de la conjunción de ambas normas primarias surge recién la norma secundaria. Sólo si se sabe que prevalece la norma N1 sobre la norma N2 se sabe que el sujeto debe realizar la conducta C y que la conducta –C estaba prohibida. Pero como esto es lo que no se sabe, tampoco se sabe si el sujeto debe realizar C ó –C con lo que es imposible determinar la conducta típica. En otras palabras: si no se puede establecer qué norma prevalece no se puede

---

<sup>28</sup> Cfr. al respecto Ortiz de Urbina (n.22), p.23: “desde el punto de vista normológico, desde el principio y hasta el final hay dos normas, mientras que desde el punto de vista pragmático el sujeto recibe un único mensaje normativo”.

determinar el tipo penal (ni el de prohibición ni el de obligación) en el sentido de la norma secundaria<sup>29</sup>.

En virtud del principio de legalidad, de lo dicho hasta aquí debe concluirse que haga lo que haga el sujeto su conducta será atípica, i.e. no regulada por el derecho en sentido fuerte. En efecto, cuando el principio de legalidad exige claridad en la descripción de los tipos penales no está pensando, en primer término, en facilitarle la labor al juez para que este pueda determinar con claridad cuándo castigar. Antes bien, tiene en mente facilitarle al individuo el acceso a la norma<sup>30</sup>. Es éste quien debe poder realizar, incluso por razones meramente prudenciales, un cálculo previsible de las consecuencias penales de sus acciones. Él es quien debe encontrarse en condiciones de prever qué hará el estado ante distintas hipótesis de conducta, porque él es quien necesita estar librado de su arbitrariedad. En este sentido, que los tipos sean precisos significa que envíen un mensaje claro al destinatario de la norma de secundaria. Y un tipo penal será claro cuando, conforme a un cierto conjunto de normas relevantes para el caso, se pueda establecer certeramente qué es lo que se debe hacer. Aquí no es posible saber qué está prohibido porque no se sabe qué está permitido y no se sabe lo que está permitido porque no se puede determinar lo que está prohibido. Debido a que estas normas son interdependientes y que no se puede determinar cuál predomina es que no hay respuesta unívoca posible y se viola el principio de legalidad en el sentido de *lex certa*.

Así, como afirma Roxin, en la cita del propio Alonso: “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’”<sup>31</sup>. Pero de esto no se sigue que ambas conductas están justificadas, sino que ambas deben considerarse atípicas.

---

<sup>29</sup> Evidentemente, cómo debe ser calificada deónticamente una conducta no puede depender de su realización. Así, no es concebible que la conducta C sea obligatoria si se la realiza y prohibida si no se la realiza. Más aún en el derecho penal donde, para la doctrina mayoritaria, la norma está destinada a influir sobre el sujeto *para* determinar su comportamiento. ¿Cómo se podría enviar un mensaje si es necesario esperar a que el sujeto actúe para establecer qué debía hacer?

<sup>30</sup> Por todos Roxin, (n.1), nm.5/1 ss.

<sup>31</sup> Roxin (n.1) pp. 726/727, nm. 16/104.

(e) Sobre esto, sólo una pequeña observación más. El conflicto planteado, de aceptarse la idea de que no se puede determinar cómo se debe actuar, es una contradicción normativa. Como se sabe, de una contradicción se puede seguir cualquier cosa<sup>32</sup> y esto es lo que torna imprevisible para el sujeto evaluar las consecuencias de sus acciones. A consecuencia de ello, se puede decir que aquí no existe una regulación positiva del problema (en el sentido de que se haya previsto expresamente tener por permitido ese caso), sino sólo una negativa, derivada de la regla de clausura que rige en el Derecho penal, según la cual todo lo que no está prohibido está permitido (sin que se pueda determinar certeramente qué es lo que se está permitiendo)<sup>33</sup>. A efectos prácticos, la solución es la misma, sólo que la razón para considerarla permitida es distinta<sup>34</sup>.

Debido a esta distinción también resulta necesario diferenciar dos clases de conflicto de deberes con consecuencias jurídicas distintas. El caso de Alonso plantea un conflicto entre normas *contradictorias*, de modo tal que el cumplimiento de una de ellas implica la imposibilidad de cumplimiento de la otra y el no cumplimiento de alguna de ellas implica el cumplimiento de la otra. Esto es lo que sucede cuando se establece simultáneamente un deber de *acción y uno de omisión*<sup>35</sup>. En el caso de que una norma de conducta ordene ambas, será inválida por violar el principio de *lex certa*.

---

<sup>32</sup> Alchourrón/Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 101.

<sup>33</sup> Alchourrón/Bulygin (n.32), p. 191.

<sup>34</sup> Cfr. sobre la ausencia de relevancia entre una conducta atípica y una típica pero justificada, en Ortiz de Urbina (n.22), *pássim*.

<sup>35</sup> Que entre una acción y una omisión siempre se deba cumplir el deber de omitir (así Roxin, n.1, nm. 16/101) sólo puede ser sostenido cuando el bien jurídico es de la misma envergadura. Pero cuando el deber de omisión es de mucho menor rango que el de acción la regla perfectamente puede invertirse. Esto es lo que sucede con quien rompe el vidrio del auto para rescatar a quien se encuentra preso dentro de éste (más allá del consentimiento presunto del dueño del vehículo, que pueda querer o consentir esta acción). Pero incluso frente a bienes de igual envergadura -excluida quizás la vida-, la regla sólo vale mientras no se tenga posición de garante y no se esté ante un estado de necesidad defensivo de los bienes de un tercero. El padre que al ver a su hijo atacado por un agente sin capacidad de culpabilidad tiene derecho a herir a este para librar a su hijo del mismo daño.

Pero existe otro conflicto de deberes que correlaciona dos normas que son sólo contrarias entre sí, i.e. que no se pueden cumplir ambas a la vez, pero que sí se pueden incumplir ambas a la vez. Esto sucede cuando las normas correlacionan dos *acciones* incompatibles<sup>36</sup>. Es el caso de quien ve a dos sujetos ahogándose y sólo puede rescatar a uno de ellos. En este supuesto se puede afirmar, sin contradicciones, que el sujeto tiene prohibido omitir una conducta y que, a la vez, tiene permitido también omitir una conducta. El destinatario de la norma que regula la situación conflictiva sólo puede realizar *una* de esas conductas (no ambas a la vez), pero está a la vez también obligado a realizar *una* de ellas. Debido a esto se puede concluir que tiene permitido omitir *una* de las dos conductas en cuestión (la alternativa a la realizada). Con otras palabras, en el caso de conflicto entre dos acciones, el sujeto no puede omitir cumplir con ambas, pero sí con alguna de ellas. Si omite cumplir ambas, entonces será sancionado por la norma que le ordenaba actuar<sup>37</sup>. Pero, en el caso de conflicto entre dos acciones, si el sujeto decide cumplir con una de ellas, la elección de qué conducta realizar –si estamos realmente ante un conflicto de deberes- es libre, no está regulada por el derecho<sup>38</sup>. En este sentido, está tan permitido que elija cualquiera de ambas conductas como, en el caso nuestro (de tener razón Alonso en que no se puede saber qué deber prevalece), que elija pagar o no pagar el cheque.

#### **4. SANCIÓN BAJO LAS DOS ALTERNATIVAS: LA RESPONSABILIDAD SEGÚN LAS REGLAS DE LA *ACTIO ILLICITA IN CAUSA***

(a) Además de las dos soluciones mencionadas, la primera que sostiene que sólo se debe castigar en uno de los casos y la segunda que sostiene que no se debe castigar en ninguno, se puede pensar en una tercera posibilidad según la cual se debe sancionar en ambos supuestos. Para que eso sea posible, sin embargo, es necesario agregar un dato empírico que Alonso no menciona: la existencia de un peligro serio de

---

<sup>36</sup> El conflicto entre dos omisiones es conceptualmente imposible.

<sup>37</sup> Stratenwerth (n.9), nm. 9/123.

<sup>38</sup> Jakobs (n. 9) nm. 15/6, n.11, habla aquí de “ámbito libre del derecho”.

que el librador del cheque sea declarado en quiebra antes de ser intimado al pago. Configurado este supuesto, el sujeto puede ser hecho responsable ya por la situación conflictiva en la que se encuentra y, en virtud de ello, ser sancionado luego haga lo que haga. La mejor manera de analizar esto es estudiar las reglas de la *actio illicita in causa* en estado de necesidad, cuya vinculación con el conflicto de deberes es patente<sup>39</sup>.

El código penal argentino justifica las conductas dañinas que se realicen para evitar un mal mayor e inminente no eludible de otro modo. Esta exención de responsabilidad no rige incondicionalmente, sino que está limitada a los casos en que el sujeto es “extraño” a la situación de necesidad (art. 34 inc. 3 CP). Si se entiende que con esta norma se establece una causa de justificación, de esto se sigue que en los casos en que el agente no sea extraño a la situación su conducta no podrá considerarse justificada. Lo que corresponde analizar ahora, brevemente, es, en primer lugar, el significado de la palabra “extraño” en este contexto y, en segundo, cuáles son las consecuencias jurídicas de no serlo. Ambas cuestiones se encuentran discutidas, aunque sobre ambas existen casos claros que permitirán señalar lo relevante para analizar esta posible solución.

Es extraño a la situación de necesidad a quien ésta no puede serle imputada de ningún modo. Esto es, cuando la situación ha sido generada por caso fortuito o por un tercero ajeno a los titulares de los bienes en juego. Quien resulta herido en un desastre natural o en un robo es extraño al estado de necesidad que lo coloca en la situación de tener que elegir entre su vida o el respeto del uso exclusivo de un vehículo (que puede llevarlo al hospital más cercano) por parte de un tercero.

Según la doctrina mayoritaria no es extraño a la situación de necesidad quien se coloca en ella con la intención de causar un daño a un tercero y luego quedar amparado en una causa de justificación<sup>40</sup>. Por ejemplo, un sujeto “A” que, con la finalidad de hacerle daño a “B”, azuza al feroz perro de este último para verse en la obligación de matarlo

---

<sup>39</sup> Cfr. lo dicho en n.13.

<sup>40</sup> Robinson, *Causing the Conditions of One's Own Defense*, en “Virginia Law Review”, vol. 71, num. 1, 1985, 1.

en estado de necesidad defensivo<sup>41</sup>. Supongamos que se dan todos los requisitos del estado de necesidad, en el sentido de que el mal mayor es inminente y no eludible (ya) de otro modo. Aquí, de cualquier manera, debe negarse la mentada causa de justificación, porque la situación le es imputable al sujeto<sup>42</sup>.

En la doctrina se discuten dos posibilidades más para analizar el carácter de imputable (= no extraño) de la situación de necesidad: i. aquella en la que el sujeto ha generado la situación con dolo eventual, y ii. aquella en la que la ha generado con imprudencia<sup>43</sup>. La imputación al sujeto por la situación, en general, se debería ir atenuando en la medida en que se van superando cada uno de estos niveles. La situación de necesidad generada con dolo eventual le resulta menos imputable al autor que la generada con dolo directo (de lesión del bien de un tercero) y, a su vez, es más imputable que la generada por mera imprudencia. No corresponde aquí realizar un análisis más detenido de estas cuestiones<sup>44</sup>, sino más bien evaluar las consecuencias que de ellas se siguen, si es que es correcta esta graduación.

En particular, corresponde aquí analizar la posibilidad de desdoblamiento entre la norma primaria (o de sanción) que ordena castigar y la norma secundaria (o de conducta) que ordena actuar. En efecto, si bien se puede admitir con cierta plausibilidad que el sujeto será sancionado, en el caso, si mata al perro que él mismo ha irritado, no lo está del todo que deba tolerar el ataque del animal, es decir, que no pueda emprender una acción destinada a defenderse. Si se concluyera que, en efecto, el sujeto puede realizar la acción defensiva, se presentaría la siguiente paradoja: estaría penado (en el sentido de la norma de

---

<sup>41</sup> Ejemplo de Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ma. ed., C.H.Beck, Múnich, 2006, 23/antes del 32.

<sup>42</sup> Roxin, (n.1) nm. 16/52.

<sup>43</sup> En rigor, también se analiza una tercera posibilidad, aquella en la que se ha generado la situación de peligro sobre un bien jurídico sin que se viera como previsible la posterior necesidad de lesionar el bien de un tercero. Robinson, (n.40), 16 y 20.

<sup>44</sup> En particular, sostengo que no hay ninguna diferencia entre el obrar con dolo directo y el obrar con dolo eventual, por lo que entre estas dos hipótesis no debería hacerse diferencia alguna. Pero no resulta necesario analizar aquí un tema tan intrincado. Respecto del concepto de dolo como conocimiento, Sancinetti (n.21), pp. 146 ss.

sanción) aquello que el sujeto tiene derecho a hacer (en el sentido de la norma de conducta). La relevancia de esta distinción se divisa cuando se analiza si el dueño del perro puede ejercer legítima defensa para evitar el daño del animal. Si la acción está permitida, existe el deber de tolerar<sup>45</sup>; si, en cambio, se trata de una agresión ilegítima, el dueño del animal tiene el derecho de evitar la acción del agente, por lo que este último debería dejarse lastimar por el perro. Y aquí parece ser que estamos en presencia de ambas cosas, pues parece una agresión ilegítima, desde que dicha acción está amenazada con pena, pero también parece un estado de necesidad justificante en el sentido de que parece contraintuitivo pensar en que ante tal desproporción de bienes se deba optar por el “mal mayor”.

Existen dos formas de negar esta paradoja. La primera consiste en redefinir el concepto de mal. Si dentro de este concepto se introduce la responsabilidad del agente por el conflicto se puede obtener una solución satisfactoria que niegue el desdoblamiento mencionado. En efecto como sostenía antiguamente Binding<sup>46</sup> e insinúa actualmente Jakobs<sup>47</sup> la gravedad del mal se debe reducir en la medida en que el autor es imputable por él<sup>48</sup>. En el ejemplo en cuestión, puesto que el autor es absolutamente responsable del ataque del perro, no reside ningún mal jurídicamente relevante (o es un mal menor) en que este lo ataque y, por ende, no existe dilema alguno. El sujeto debe abstenerse de afectar derechos de terceros<sup>49</sup>.

La segunda solución posible consiste en adelantar el ámbito de aplicación de la norma. Se podría decir que es típico del delito de

---

<sup>45</sup> Roxin (n.1), nm. 15/14.

<sup>46</sup> Citado por Roxin (n.1), nm. 16/50.

<sup>47</sup> Jakobs (n.9), 13/27 y 21/84.

<sup>48</sup> En contra Roxin (n.1), 16/50. Lo cual resulta por lo demás extraño, porque Roxin acepta que si esta actividad es emprendida con intención desaparece el derecho de necesidad (cfr. aquí n.42). Con ello reconoce que la actividad del agente puede, por lo menos en algunos casos, reducir el valor del bien jurídico. Claro que se puede pensar que sin intención, i.e. con dolo eventual, no pierden tanto su valor. Pero esto puede ser tenido perfectamente en cuenta en la mensuración de la pena. Ver, además, lo que sigue en este texto.

<sup>49</sup> Así es de hecho como en la legítima defensa se habla de que el mal de matar al agresor es menor que el del homicidio de este. La razón radica en la responsabilidad del agresor por el conflicto. Cfr. Sancinetti (n.21), p. 519 s.



daño ya emprender una acción en la que el autor se coloque ante dos alternativas en donde el mal menor (sin incluir ahora su responsabilidad) implique la comisión del delito mencionado. Allí se encuentran fundamentadas ambas normas, la de sanción y la de conducta, de tal modo que no existe aquí tampoco desdoblamiento alguno<sup>50</sup>. Se le anuncia al autor una pena en el caso de que se decida a emprender una acción con este tipo de consecuencias y ante esa acción se podría pensar una legítima defensa del tercero que sabe que sólo a costa de sus bienes se podrá evitar el mal mayor.

Aquí se puede objetar una violación al principio de legalidad en cuanto a que la conducta de, supongamos, levantar un palo frente al perro no se subsume en la norma que prohíbe el daño<sup>51</sup>. Tampoco parece claro que, como sostiene Roxin<sup>52</sup>, se pueda afirmar aquí siquiera una tentativa. Es cierto que se ha generado un riesgo equivalente al que se quiere censurar con el tipo que castiga la tentativa (el riesgo de no poder evitar un daño) y que, por ende, ya se configuran aquí los presupuestos que legitiman el castigo en base a esa figura, pero es difícil que el principio de legalidad permita entender como “comienzo de ejecución” del delito de daño la incitación a un perro a atacar. Sin embargo, para esto existe en el Derecho argentino una solución sencilla. La norma que dice que el sujeto no debe ser extraño a la situación generada está ampliando ya por ley el ámbito de interpretación de la norma. En otras palabras, sería una interpretación auténtica del alcance de los tipos penales particulares en estas circunstancias concretas. Si esta ley tiene la precisión suficiente para satisfacer el sentido de *lex certa* es otra pregunta.

De aceptarse esta interpretación, la reconstrucción final sería la siguiente. Cuando el sujeto comienza la ejecución de su acción de provocación al perro comienza la tentativa. Esta queda acabada ya cuando pierde el dominio sobre la reacción del animal (cuando el azuzamiento fue “suficiente”). A partir de este momento lo que sigue

---

<sup>50</sup> Schönke/Schröder, (n.41), *loc. cit.*

<sup>51</sup> Roxin, (n.1) nm. 16/54 y, en atención al mismo problema en la *a.l.i.c.* 20/61.

<sup>52</sup> Roxin, (n.1) nm. 20/61, en relación a la *a.l.i.c.* y en 20/65 en la *a.i.i.c.* en el estado de necesidad exculpante.

es todo resultado<sup>53</sup>. Todo el daño que el sujeto se ve forzado a realizar para evitar el ataque del perro es la consumación de un ilícito que había empezado antes y cuya posibilidad de evitación había perdido ya al perder el dominio sobre el perro.

(b) La segunda solución (adelantar el ámbito de vigencia de la norma) resulta más satisfactoria que la primera (redefinir el concepto de daño), en primer lugar, porque resulta más intuitiva. A un “montañero” que ha emprendido “una escalada” parece sensato permitirle “que penetre en una cabaña privada para no congelarse” y al suicida que “se tira al agua” y luego “cambia de opinión” parece demasiado prohibirle el uso de la barca de un tercero si desea salvarse<sup>54</sup>. Pero, justamente porque sus acciones implican estos riesgos para terceros se les podría impedir que emprendan dichas actividades, no ya con argumentos paternalistas sino liberales. En estos supuestos, cuando el sujeto pierde el control de las circunstancias que generan el peligro (no puede bajar de la montaña o no puede volver a la orilla) ha culminado la tentativa y lo demás es un resultado ya “inevitable”.

Pero la segunda razón por la que privilegiar esta solución se basa en su coherencia con casos análogos. Así, y ya acercándonos más a nuestro problema, esta segunda solución es satisfactoria para los casos en que el agente pone en conflicto dos acciones igualmente desagradables, pero cuya dañosidad recae en ambos supuestos sobre bienes jurídicos ajenos. Un ejemplo es el siguiente: “A” quiere destruir la granja de “B”. Para esto comienza un fuego en la zona rural que pone en riesgo de incendio extensiones de campo inmensas, con el consiguiente peligro para viviendas y vidas de varias personas. La única forma de evitar que el fuego se propague, como lo sabía “A” antes de efectuar la conducta mencionada, es realizar un “contrafuego” para lo que necesita quemar la granja de “B”<sup>55</sup>.

Aquí no se puede plantear la posibilidad de que “A” no neutralice el peligro inicial. No sólo por la superioridad de los daños en juego, sino porque además “A” no puede consentir sobre bienes jurídicos

---

<sup>53</sup> En el mismo sentido Schönke/Schröder/Lenckner, (n.41), *loc. cit.*

<sup>54</sup> Este y otros ejemplos en Roxin, (n.1), 16/51; en el mismo sentido de lo dicho en el texto, Robinson, (n.40), 28; Schönke/Schröder/Lenckner, (n. 41), *loc. cit.*

<sup>55</sup> Ejemplo de Robinson, (n.40), 3 s.

ajenos. La posibilidad de permitir legítima defensa por parte del dueño de la granja sólo es imaginable, si acaso, ante el caso de que el propio “A” se haya colocando intencionalmente entre la alternativa de sus bienes o su vida o la granja de “B”. Pero de ningún modo puede admitirse esto si lo que está en juego son los bienes y la vida de terceros. Aquí, indudablemente, existe el deber de salvar el bien de mayor preponderancia para cuya mensuración de ningún modo puede incluirse la responsabilidad del agente (no titular del bien jurídico) por el conflicto<sup>56</sup>.

En este caso, el sujeto no es extraño a la situación y, por ende, no puede ampararse en el estado de necesidad para ser eximido de pena. Pero también está fuera de discusión que la única alternativa posible es la de elegir el mal menor, si es el único medio disponible para evitar el mal mayor inminente. Para dar cuenta de esto coherentemente lo que se debe entender es que lo que está prohibido, y sobre lo que cabe legítima defensa por parte del tercero ajeno al conflicto, es que se emprenda la actividad que va degenerar en el conflicto mentado. Con el emprendimiento de la primera acción el sujeto ya se ha hecho responsable, en el ejemplo dado, por el delito de daño y su situación sólo puede empeorar si es que no realiza la acción de salvamento. Con otras palabras, el sujeto ya ha hecho *todo* para ser responsable del incendio de la granja del vecino (i.e. ha acabado la tentativa) y sólo la suerte podría mejorar su situación (evitar el resultado). La omisión de esa conducta, por el contrario, lo transformaría en autor del delito de incendio doloso<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Con el consiguiente deber de la policía de evitar el mal menor dando lugar al mal mayor.

<sup>57</sup> Esto es valorativamente idéntico a la situación de quien imprudentemente lesiona a un transeúnte con el auto en un lugar en el que este no puede recibir asistencia de terceros. Ya el hecho de haberlo lesionado lo hace responsable de todas las consecuencias de sus actos que ni con la mejor de las voluntades pueda evitarse. Así, si inmediatamente lo conduce al hospital, pero esto no puede evitar que las lesiones sean graves, esas lesiones le serán imputables. Por el contrario, si lo deja allí ya con esa conducta (si se dan el resto de los requisitos -i.e. falta de posibilidad de asistencia de terceros, posibilidad de que las lesiones, ante la falta de asistencia desencadenen un resultado mortal-) comete una tentativa de homicidio y si luego muere será responsable por

La estructura de análisis que se utiliza para solucionar estos casos se denomina *actio illicita in causa*, que es similar a la de la *actio libera in causa* con la diferencia de que aquí no se puede obrar de modo lícito debido a la falta de culpabilidad, mientras que allí lo es a causa de que ninguna de las acciones disponibles puede considerarse lícita<sup>58</sup>. En ambos casos, la responsabilidad surge de una conducta anterior punible y como en la *a.l.i.c* también en la *a.i.i.c.* la responsabilidad por el acto posterior debe basarse en el grado de imputación del sujeto por el riesgo. Si lo hizo con intención<sup>59</sup>, deberá responder por su conducta posterior por dolo directo. Si, en cambio, sólo conocía, pero no deseaba que ocurriera, su responsabilidad posterior será por dolo eventual y así sucesivamente<sup>60</sup>. En rigor, ambas estructuras responden a la responsabilidad por injerencia y son ambas una cuestión perteneciente a la estructura de la imputación objetiva.

Con este esquema de análisis en mente puede verse que son infundadas las objeciones en cuanto a que, con esta comprensión, se llega a soluciones contradictoras que, además, son político-criminalmente inconvenientes<sup>61</sup>. La contradicción entre permitir y sancionar, como se ha visto, es sólo aparente en la medida en que lo sancionado y prohibido es emprender la acción generadora del riesgo<sup>62</sup>. En cuanto su inadecuación político-criminal, Roxin afirma que “si el autor ha de pensar que es cierto que va a estar justificado al emprender el salvamento por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por

---

homicidio. Todas las lesiones que surjan del hecho inicial y sean inevitables le serán imputadas si es que hace todo lo que pueda para que la situación no sea aún peor. En este sentido, su omisión sólo puede empeorar su situación.

<sup>58</sup>Existen también diferencias prácticas, por ejemplo, en la oportunidad para ejercer la legítima defensa. Mientras que en la *a.i.i.c.*, cuando se pone en juego bienes de terceros, la legítima defensa sólo es posible en el momento de emprender la acción riesgosa y luego existe el deber de tolerar, en la *a.l.i.c.* la legítima defensa puede ejercerse hasta último momento.

<sup>59</sup> Cfr. n.44.

<sup>60</sup> Por todos Jakobs (n.9), 21/84.

<sup>61</sup> Así, no obstante, Roxin (n.1), 16/54; en similar sentido Robinson, (n.40), 27.

<sup>62</sup> En igual sentido Jakobs, (n.9), 21/84, quien habla aquí de un hecho justificado en autoría inmediata, pero injustificado en autoría mediata; también Robinson, (n.40), 27 ss., pero sin hacer referencia alguna a la relevancia del resultado.

su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal”<sup>63</sup>. Lo que aquí olvida Roxin es que si el sujeto se abstiene de actuar será responsable por los daños que ocurran de *no* emprender la acción salvadora<sup>64</sup> y, por ello, deberá optar por una u otra acción teniendo en consideración cuál es la que impone menos pena<sup>65</sup>, entre otras cosas<sup>66</sup>.

(c) A esta altura se debe analizar si la estructura aquí desarrollada de modo esquemático se puede utilizar en el caso de marras. La situación planteada por Alonso tiene en común con el estado de necesidad que el sujeto se encuentra ante dos alternativas aparentemente antijurídicas y punibles. Además, aquí, como los casos discutidos *supra* en (b) de este punto, se encuentran en juego bienes jurídicos ajenos, i.e. no de exclusivo interés del sujeto actuante. Y en ambos casos los titulares de los bienes jurídicos carecen de responsabilidad por la situación conflictiva. Si la respuesta fuera positiva, y se pudiera usar este esquema, la norma aplicable a este caso no sería: “está prohibido *estar* intimado al pago de un cheque rechazado sin fondos estando sujeto a las reglas concursales”<sup>67</sup>, sino “está prohibido *emprender* una conducta que implique el riesgo de colocarse ante dos acciones incompatibles e igualmente típicas”<sup>68</sup>. Estaría prohibido librar el cheque si existe el riesgo de que al deber pagarlo se tenga que realizar un ilícito penal.

---

<sup>63</sup> Roxin, (n.1), 16/54.

<sup>64</sup> Robinson, (n.40), 28.

<sup>65</sup> Esto es, por lo menos, lo más conveniente para el autor del hecho. Por eso es importante la coherencia entre pena y riesgo a evitar. En el caso de bienes de igual envergadura, al estar amenazados ambos con la misma pena, las dos acciones serán igual de desestimulantes, con lo que el argumento de Roxin se anula por sí mismo.

<sup>66</sup> Cfr. punto 2 del presente texto.

<sup>67</sup> 5.1.

<sup>68</sup> Se puede pensar una relación entre esta conducta y la de estafa. En efecto, quien libra un cheque sabiendo que no podrá pagarlo está induciendo en error a la contraparte. Y este error puede generar una disposición patrimonial perjudicial. En este supuesto se podría pensar un concurso ideal entre estafa y libramiento de cheque que luego no podrá ser legalmente pagado. Pero, de todos modos, la coincidencia será contingente. La estafa tiene más requisitos que el delito de libramiento de cheques que aquí se analiza. El libramiento de cheques no requiere disposición patrimonial en contra alguna. Ya sea porque la contraprestación se iba a efectuar después del cobro (donde el sujeto haya

Para eso, lo primero que cabe preguntarse es si el libramiento del cheque envolvía un riesgo considerable de que su librador fuera declarado en quiebra antes de la intimación al pago de dicho documento. Dadas estas circunstancias, el libramiento del cheque configura la creación de un riesgo no permitido de colocarse en la situación conflictiva (de la que sólo se podrá salir violando alguno de los dos deberes). En segundo lugar, se debe evaluar si el librador conocía las implicancias de su conducta, esto es, si el riesgo no permitido generado le puede ser imputado subjetivamente<sup>69</sup>. Para quien defienda que una situación conflictiva sólo puede ser atribuida si el agente obra con dolo directo, habrá que evaluar si, además de conocer el riesgo, tenía la intención de perjudicar a alguna de las partes. La responsabilidad por imprudencia queda descartada, porque ninguno de los dos delitos en cuestión está previsto de ese modo<sup>70</sup>.

Establecido el caso así con estos datos adicionales, como último punto corresponde evaluar si las reglas de la *actio illicita in causa*, le pueden ser aplicadas al conflicto de deberes. Como una cuestión valorativa, quien la admita para el estado de necesidad, en principio, no tiene ninguna razón para negarla para el conflicto de deberes<sup>71</sup>. Pero mientras nuestro CP da cuenta de esta regla para el estado de necesidad al exigir el carácter de “extraño” del agente para hacer

---

obrado asumiendo el riesgo de no poder pagar el cheque y ver así frustrada su operación comercial) o porque no se iba a configurar nunca: el caso de una donación de dinero. Y, en todo caso, sólo podrá ser válida en la medida en que el autor opte por no pagar el cheque. Si lo hace y defrauda a la masa de la quiebra, tampoco podrá hablarse de estafa (más allá de que haya sido pagado al margen de la ley). La relación entre estafa y esta propuesta de solución fue sugerida por Andrés Bouzat en oportunidad de la presentación del texto de Alonso en la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, en noviembre de 2008.

<sup>69</sup> Roxin, (n.1), 16/52.

<sup>70</sup> Y esto con independencia de que la conducta final sea, evidentemente, dolosa. Por eso se habla de *actio illicita in causa*. Lo importante es el estado mental del agente al emprender la acción. Cfr. Mir Puig, (Derecho penal, parte general, 5ta ed., Reppertor, Barcelona, 1998, nms. 17/79 s., aunque usa una terminología inadecuada.

<sup>71</sup> Y en la legítima defensa con el requisito, universalmente admitido, de “falta de provocación suficiente”. Cfr. sobre la relación entre conflicto de deberes y estado de necesidad lo dicho en n.13.

operativa la justificante, no sucede lo mismo cuando existe un conflicto de deberes. La aplicación de esta regla en este caso constituiría, entonces, probablemente, una analogía *in malam parte*.

Pero quizás no sea necesario conformarse con la afirmación de que estamos ante una laguna axiológica (“sería justo que el sujeto sea sancionado haga lo que haga, pero debemos conformarnos con la solución expuesta aquí en 2. o en 3.”). El art. 302 del CP, en su inciso segundo, prevé expresamente esta posibilidad, para el caso de libramiento de cheque, al tipificar que será sancionado “el que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá ser legalmente pagado”<sup>72</sup>. La doctrina afirma al respecto que este supuesto se configura cuando las “circunstancias ... colocan al librador en situaciones jurídicas particulares que no permiten afrontar el pago del cheque (librador que está en quiebra o concursado cuando libra el cheque...)”<sup>73</sup>. Pero, asimismo, se afirma que no es necesario que el impedimento sea preexistente al libramiento del cheque, sino que alcanza con que sea cierto que aparecerá en el futuro. Creus/Buompadre dan el ejemplo de “quien sabiendo que está en camino la comunicación al banco girado del embargo de todos los fondos de la cuenta, libra el cheque en otra plaza minutos antes de que se reciba allá esa comunicación”<sup>74</sup>. Con un poco de imaginación no es difícil subsumir nuestro caso en este tipo penal. Si el librador del cheque sabía de un modo certero que prontamente sería declarado en quiebra (v. gr., porque ya se había iniciado judicialmente el trámite al respecto y estaban dadas todas las condiciones para que esto fuera resuelto por el tribunal en breve, o porque ya existía una sentencia no firme al respecto) sabía también que era muy probable que el cheque no fuera (legalmente) pagado a su presentación y, en consecuencia, su conducta podría subsumirse perfectamente en esta norma. (Por supuesto, para que esta solución sea

---

<sup>72</sup> Nótese que el texto sólo parece requerir dolo eventual al usar la expresión “a sabiendas”.

<sup>73</sup> Creus/Buompadre, *Derecho penal, Parte especial*, 7ma. ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 555; en el mismo sentido Soler, *Derecho penal argentino*, t.5, 3ra. ed., Tea, Buenos Aires, 1970, p. 389 s.; Fontán Balestra/Ledesma, *Derecho penal, Parte especial*, 16ta. ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, 1014 s.

<sup>74</sup> Creus/Buompadre (n.73), p. 555.

operativa hay que sostener que la respuesta brindada en 2. es la correcta. De otro modo, no tendría imposibilidad legal alguna de pagar el cheque.)

## 5. RESUMEN

El artículo de Alonso ha servido para un debate que excede, por su contenido, los comentarios aquí reproducidos. Me he limitado a realizar observaciones desde la dogmática penal y ellas reflejan, creo, un esfuerzo para aportar algo a la discusión. He dividido mi aporte en tres partes, dos de ellas netamente críticas y una tercera que constituye más bien la sugerencia de análisis.

En primer lugar, he defendido que existe una respuesta que diluye el conflicto de normas en caso de conflicto entre QF y OPC, porque de hecho existe un solo deber debido a que una norma prevalece sobre la otra. Para saber qué mandato se debe seguir, en este supuesto, sólo es necesario detenerse en las escalas penales establecidas para cada alternativa de conducta. Aquella que establece la pena más elevada es la que determina la opción no aprobada por el Derecho. Es cierto que las escalas penales sólo tienen la primera palabra para solucionar un conflicto entre deberes. Sin embargo, muchos de los argumentos esgrimidos para dejarlas de lado, más bien parecen fundamentar su valor decisorio que debilitarlo. Una interpretación sofisticada de las afirmaciones de Alonso para que estas sí puedan poner en jaque el valor *prima facie* de las escalas penales, requería, de todos modos, de datos adicionales para dejar de lado ese valor indiciario, datos que no fueron proveídos Alonso y, en verdad, no parece que existan.

En segundo lugar, analicé, de modo independiente, la solución defendida de Alonso. Sostuve allí que aunque las escalas penales no pudieran dirimir el conflicto, la propuesta de Alonso es incorrecta. Calificar a ambas conductas como permitidas en virtud de que sendas normas que las regulan sancionan la conducta opuesta, sólo aparentemente es una solución. No es conceptualmente posible que ambas normas rijan simultáneamente y si, como sostiene Alonso, ningún procedimiento puede determinar cuál predomina, entonces estamos ante una verdadera contradicción normativa de la que se puede seguir



cualquier cosa. Debido a esto y a que el principio de legalidad requiere, principalmente, que los destinatarios de las normas reciban un mensaje claro, es que corresponde afirmar aquí la falta de tipicidad de la conducta, i.e. que no hay norma válida que, en verdad, regule qué se debe hacer en este supuesto.

Finalmente, he propuesto una tercera solución agregando datos que no están en el caso presentado. Esta sostiene que puede estar justificado que el sujeto deba ser sancionado en los dos supuestos, pague o no el cheque. Para que una sanción semejante pueda considerarse legítima (desde el punto de vista de la moralidad del castigo estatal) es necesario recurrir a un momento en el que el sujeto haya generado, evitablemente, un riesgo jurídicamente desaprobado. La justificación, entonces, del castigo en los dos supuestos, sólo puede encontrarse en una conducta anterior realizada por el sujeto que generara un riesgo considerable de encontrarse posteriormente en la situación de conflicto de deberes. Y, de hecho, esto es lo que parece estar previsto en el inc. 2 del art 302 del CP, que, dadas las condiciones, sería de aplicación al caso. Por supuesto, siempre es necesario que ese riesgo pueda serle imputado también subjetivamente al autor.

# NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE DEBERES

## RESPUESTA A LAS CRÍTICAS

Juan Pablo Alonso<sup>1</sup>

### 1. LUÍS DUARTE D'ALMEIDA.

Las críticas de d'Almeida hacia mi trabajo se centran en una supuesta errónea reconstrucción del pensamiento kelseniano. Puntualmente, respecto de mi noción de “deber jurídico por derivación kelseniana” que d'Almeida considera insostenible; de este error se sigue, según d'Almeida, que el problema planteado en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” se disuelve *ab initio* como un falso problema.

De su análisis, d'Almeida concluye que es un error “entender que el contenido de un deber derivado es coincidente con el contenido del antecedente de la norma de sanción a partir de la cual se deriva el deber”.

---

<sup>1</sup> Universidad de Buenos Aires.

Señala que los dos deberes que se analizan como en conflicto (el deber de no pagar por fuera de las reglas concursales y el deber de pagar el cheque rechazado) no son derivables en los términos en que se pretende en “Normas Penales y Conflicto de Deberes”, por lo que las afirmaciones de que “existe un conflicto entre deberes jurídico-penales” y que “el sistema secundario sujeta al agente a dos deberes jurídicos que no puede satisfacer simultáneamente” están fuera de lugar.

Antes de ingresar en detalle en las críticas de d’Almeida, quiero señalar que los otros tres críticos (Ortiz de Urbina, Verde y Peralta) no han dudado en suscribir mi tesis de que existe un genuino conflicto de deberes jurídico-penales entre el deber de no pagar por fuera de las reglas del concurso y el deber de pagar el cheque rechazado (si bien Ortiz de Urbina es oscilante en este punto), aunque disienten conmigo en la forma en que resuelvo tal conflicto. En su crítica de que nos encontramos frente a un falso problema, d’Almeida se encuentra en soledad.

### **1.1. Sanción en sentido amplio y sanción *stricto sensu*.**

Señala d’Almeida que en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” no se recoge la distinción kelseniana entre “sanción en sentido amplio” y “sanción *stricto sensu*”. Las primeras se refieren a “todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico”, mientras que en las segundas (*stricto sensu*) la idea de sanción es equivalente a la de “pena” que tiene que aplicarse como consecuencia de una conducta. “Es claro –señala d’Almeida- que para Kelsen las normas de conducta cuya “derivación” está aquí en juego deben ser derivadas no de las normas sancionatorias en sentido amplio, sino de las normas sancionatorias *stricto sensu*.”

Señalo, de manera preliminar, que, con independencia de que la distinción entre sanción en sentido amplio y sanción *stricto sensu* sea una razonable exégesis de la obra de Kelsen, lo cierto es que tal distinción es irrelevante para el objetivo desarrollado en “Normas Penales y Conflicto de Deberes”. Si, como señala d’Almeida, la tesis de

la derivación sólo se aplicaría para los casos de sanción *stricto sensu* (por ejemplo, a las sanciones penales) entonces tal tesis estaría correctamente aplicada en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” ya que se trata del conflicto emergente entre dos normas del derecho penal argentino que imponen sanciones penales; complementariamente, de prisión y multa. Por tanto, tal distinción propuesta carece de impacto en el trabajo que se pretende criticar.

## 1.2. El problema de la norma penal “completa”.

d’Almeida sostiene que en mi trabajo existe una confusión en cuanto a mi reconstrucción kelseniana sobre la prelación existente entre “deber” y “sanción”. Con justicia d’Almeida señala que no estoy sólo en esa confusión, ya que Hart también había sostenido una tal exégesis de Kelsen.

d’Almeida sostiene que, en términos conceptuales, la idea de deber es previa a la idea de sanción, y por tanto sería errónea la caracterización de “secundaria” de la norma de deber y la de “primaria” de la de sanción; tales términos, señala d’Almeida, deberían invertirse.

Para ello, d’Almeida acude a una exégesis del pensamiento de Kelsen en donde se concluiría que para Kelsen la idea de deber es previa a la de sanción. Según Kelsen, el antecedente de la sanción se configura por una norma extremadamente compleja que incluye múltiples condiciones diferentes que son extraídas de expresiones legislativas dispersas por todo el ordenamiento jurídico. De ahí concluye que la sanción requiere de la infracción de algún deber, pero cuál es ese deber depende de construir criterios que nos permitan discernir, de entre todos los requisitos de la sanción, cuál debe elegirse como “el deber jurídico relevante”. Señala d’Almeida, adecuadamente, que los criterios elaborados por Kelsen para solventar esta problemática no han tenido éxito. Sin embargo, señala d’Almeida que tampoco han tenido éxito las teorías dogmáticas penales que no llegan a ponerse de acuerdo sobre cuáles son las condiciones de la norma de conducta, ya que se distingue entre justificaciones y excusas como elementos que excluyen la responsabilidad penal, incluyendo a las primeras (pero no a las

segundas) como delimitando el campo de la antijuridicidad. Por otro lado quedan fuera del concepto de delito las cuestiones sobre la perseguibilidad penal o la competencia de los jueces, aunque cada uno de estos elementos, fuera de la noción de delito, también serían, en algún sentido, condición de la sanción penal.

### **1.3. Los dos errores de “Normas Penales y Conflicto de Deberes” según d’Almeida.**

Así las cosas, en el trabajo “Normas Penales y Conflicto de Deberes” se habría incurrido en dos errores:

En primer lugar, se intenta derivar “deberes jurídicos” de normas incompletas, esto es, de normas que no han sido completamente articuladas en cuanto a las condiciones para la sanción penal. Las normas derivadas en el trabajo indican sólo *una* de las condiciones de la sanción: la condición que en la dogmática penal suele recibir el nombre de “tipo objetivo”.

El segundo error sería consecuencia del primero; en el trabajo se afirma que existe un conflicto de deberes jurídicos cuando, a lo sumo, hay un conflicto entre tipos penales, existiendo duda sobre si el agente *debe o no debe pagar el cheque*. La respuesta a esta duda dependerá de las condiciones bajo las cuales el juez debe imponer una sanción penal al incumplidor del deber.

Para d’Almeida es incorrecto presuponer que sea un problema de “conflicto” entre “deberes jurídico-penales”, o que “el sistema secundario sujeta al agente a dos deberes jurídicos que no puede satisfacer simultáneamente”. Según d’Almeida lo único que puede afirmarse sin más es que *cualquiera* de los comportamientos realiza, *prima facie*, un tipo penal, toda vez que los casos (1) y (2) del sistema primario incluyen solamente la descripción de los comportamientos típicos de cada infracción y la realización de un tipo penal no es condición suficiente para la imposición de una sanción.

#### **1.4. El supuesto avance de mi propuesta por encima de los límites teóricos y dogmáticos.**

En el punto 1.1. ya he explicado porqué entiendo que la distinción entre sanción en sentido amplio y sanción *stricto sensu* (sanción penal) es irrelevante en este entorno, ya que el problema que analizo en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” es un problema de índole penal, por lo que no existirían mayores reparos para aplicar la regla de conversión, si el único obstáculo fuese que sólo se aplica a conductas correlacionadas con sanciones *stricto sensu*.

Pero está claro que para d’Almeida ese no es el único obstáculo.

El obstáculo central sería, a entender de d’Almeida, que ni la teoría del derecho ni la dogmática penal han avanzado lo suficiente como para determinar criterios claros para establecer cuál es el deber jurídico penal y así distinguirlo de entre las numerosas condiciones que se requieren para la procedencia de una sanción penal.

Yo no creo que éste sea un obstáculo para intentar aplicar un modelo teórico como el de Kelsen en el análisis de un problema penal.

En su *Teoría Pura del Derecho* Kelsen especificó “la regla de conversión” para pasar de una norma sancionatoria a una norma de deber. Que su empresa haya quedado incompleta no nos permite afirmar que haya sido una empresa inútil.

Los dogmáticos penales tampoco han resuelto del todo problemas análogos y no por ello creen que deben quedarse de brazos cruzados frente al análisis de problemas normativos.

Creo que ese es el punto.

Por la regla de conversión Kelseniana se ha podido reconstruir el sistema normativo del Juez y el sistema normativo del ciudadano; se ha podido, además, determinar las relaciones entre ambos sistemas normativos. Hemos detectado un conflicto en el sistema del ciudadano que no presenta analogía en el sistema del Juez y nos hemos preguntado si el Juez debe atender o hacer caso omiso al conflicto en cuestión.

d’Almeida nos dice que es un falso conflicto, ya que no han sido (porque no pueden ser) especificadas todas las condiciones de la sanción. Pero en todo caso d’Almeida debería haber demostrado cuál de

las condiciones no analizadas resulta crucial para subvertir, diluir o anular el conflicto planteado. Pero como d'Almeida no lo hace (ni siquiera lo intenta) entonces su crítica queda sólo en una petición de principios, señalando que se ha avanzado en un caso concreto más de lo que la teoría y la dogmática lo han hecho.

Como dije en la presentación de las críticas de d'Almeida, los otros tres críticos no han dudado en señalar que nos encontramos frente a un genuino conflicto de deberes, y ello más allá de que la teoría y la dogmática no han resuelto todos los problemas que tal caracterización supone. Al respecto cito a Ortiz de Urbina, que señala,

en el caso que nos ocupa, el problema jurídico penal descrito por Alonso es fácilmente identificable como un supuesto de colisión de deberes"; y a Verde, que sostiene "si bien cabe coincidir con Alonso en que, prima facie, se está frente a un conflicto de deberes jurídicos, ha de rechazarse la solución a la que él arriba.

## 2. ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO.

Las críticas de Ortiz de Urbina comienzan señalando sobre la utilización trivial (o innecesaria) que se efectúa de las herramientas metodológicas del análisis lógico del derecho. Señala que se identifica un problema utilizando un engorroso material para luego resolverlo con arreglo a la dogmática penal clásica y sin conexión con el engorroso material inicialmente usado. Analiza las relaciones entre el sistema del juez y del ciudadano, afirmando lo trivial que resulta mi comparación entre el sistema del juez y el sistema del ciudadano cuando éste último es incompleto, dado que en el derecho penal no hay lagunas normativas.

Continúa señalando sobre la inadecuada especificación que se realiza de los sistemas del juez y del ciudadano, ya que sólo incluye normas sobre la tipicidad y se excluyen, deliberadamente, normas que establecen eximentes.

Finaliza su análisis criticando mi propuesta de que bajo cualquier condición el sujeto debería ser absuelto. Para Ortiz de Urbina,

dada la mayor pena atribuida al delito de quiebra, el agente deberá omitir pagar el cheque para satisfacer el deber emergente del art. 176 inc. 3º del cód. penal. En caso de que pague el cheque deberá ser sancionado por violar la *pars conditio creditorum*, salvo que se pruebe la existencia de un error invencible.

Anticipo que las críticas de Ortiz de Urbina me dejan ciertas perplejidades. La primera es que inicialmente afirma que es un genuino conflicto de deberes (“el caso es fácilmente identificable como un supuesto de colisión de deberes” dice en sus primeras páginas), luego afirma que esa colisión de deberes ha sido construida artificialmente por manipulación de los axiomas de los sistemas normativos y la omisión de normas relevantes, y por último afirma que el conflicto (que finalmente acepta como un genuino conflicto) se resuelve cumpliendo el deber de mayor jerarquía (esa es su conclusión). La segunda perplejidad es sobre la supuesta innecesariedad del método analítico para elucidar cuestiones de dogmática penal, aunque luego propone integrar normas de la parte general a los sistemas del juez y del ciudadano de un modo confuso pero que, según él, nos permitiría un análisis más fructífero.

## **2.1. La supuesta inadecuada caracterización de los sistemas normativos del juez y del ciudadano.**

Recordemos que en mi esquema construyo inicialmente la matriz del sistema normativo del juez y del ciudadano sobre la base de los tipos penales de los arts. 176 inc. 3 (quiebra fraudulenta) y 302 inc. 1 (libramiento de cheque sin provisión de fondos). Detecto un conflicto de deberes en el sistema del ciudadano y me pregunto si tal conflicto tiene relevancia en el sistema del Juez, más allá de que éste no lo recoja. Sentada la cuestión, continúo el análisis comparando las diversas soluciones posibles al conflicto, analizando entre otras cuestiones, los diversos eximentes aplicables al caso, como ser el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber (art. 34 incs. 3º y 4º del cód. penal).

La crítica de Ortiz de Urbina se dirige a señalar que nunca debí analizar los eximentes a posteriori sino que debí analizarlos inicialmente,



de manera contemporánea a la construcción de la matriz de ambos sistemas (el del juez y el del ciudadano).

Creo que esto es un error, y el mismo parte de no comprender el distinto funcionamiento normativo-analítico de las normas penales de la parte especial y de las normas penales de la parte general.

Las normas de la parte especial tienen la estructura del tipo kelseniana “si cometes p entonces es obligatorio la sanción q”. Las normas de la parte general tienen un funcionamiento lógico muy diferente; carecen de la estructura kelseniana y, en general, tienen un carácter metanormativo, ya que son normas que se refieren a otras normas; estas segundas normas (“normas objeto”) pueden ser tanto normas de la parte especial como de la parte general<sup>2</sup>.

Uno de los axiomas metodológicos de la construcción de sistemas normativos es que debe existir un Universo del Discurso que aglutine la selección de normas a analizar y que el Universo de Soluciones esté dado por los mismos contenidos normativos<sup>3</sup>.

No es que no puedan construirse sistemas normativos con normas de la parte general<sup>4</sup>, pero lo que definitivamente no puede hacerse es mezclarse de manera indiscriminada normas que poseen estructuras y funcionalidades distintas y que responden a niveles normativos distintos. El análisis en etapas o niveles es una de las características centrales del análisis lógico del derecho.

Una cosa es que un modelo, para ser plausible, deba poder analizar todos los aspectos relevantes de un fenómeno normativo. Otra cosa, muy distinta, es que todo deba analizarse al mismo momento, en el mismo nivel y con las mismas herramientas metodológicas. Ello parece exigir Ortiz de Urbina del modelo lógico analítico del derecho.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, el criterio de la ley penal más benigna es metanormativo respecto de (se aplica a) normas de la parte especial (un tipo que luego tiene una pena más leve), como a normas de la parte general (mejores condiciones para la prescripción de la acción penal). Ver Alonso Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, págs. 142 y ss. (Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006).

<sup>3</sup> Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin 1971, *Normative Systems*, pág. 32 y ss. (Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974, traducción de los autores.)

<sup>4</sup> En *Interpretación de las normas y derecho penal* (op. cit.) construyo la matriz del sistema de suspensión del juicio a prueba del derecho argentino (art. 76 bis del código penal argentino) (págs. 9 y ss.).

En efecto, en “Tiempo y validez”<sup>5</sup>, Bulygin nos explica, con la precisión analítica que lo caracteriza, el funcionamiento metanormativo de los criterios de aplicabilidad de la ley en general, y de la ley penal en especial. No recurre a la construcción de una matriz (cosa que hubiera hecho si era pertinente, ya que él, junto con Carlos Alchourrón, son los inventores de la “matriz de los sistemas normativos”), por la simple razón de que considera que ese método de reconstrucción racional no es el adecuado para el fenómeno de la metanormatividad.

También en *El Concepto de sistema jurídico*<sup>6</sup> Raz nos explica las diversas relaciones internas y externas existentes entre las distintas disposiciones de los sistemas jurídicos, señalando que una misma disposición interactúa de diversas formas metodológicas conforme sean distintas las funcionalidades de las otras disposiciones con las que se relaciona.

No creo necesario ahondar más en posiciones metodológicas que respaldan mi decisión de efectuar un análisis en etapas y con metodologías distintas. Lo cierto es que considero infundado el reclamo de Ortiz de Urbina de que las matrices del sistema del ciudadano y del juez están mal construidas. Está claro que Ortiz de Urbina no es un experto en el análisis lógico del derecho ni en *Normative Systems*; ni tampoco tiene porqué serlo ya que sus intereses pasan por la dogmática penal. Por eso resulta curioso que se expida tan categóricamente sobre un terreno que, claro está, desconoce absolutamente.

En “Normas Penales y Conflicto de Deberes” lo que se efectúa es un análisis en etapas, y la conclusión a que se arriba respecto de que hay un conflicto de deberes lo es sólo *prima facie*, aclarando que restan niveles por analizar. No entiendo porqué la insatisfacción de Ortiz de Urbina sobre este punto, máxime si en la disciplina en la que es experto, la teoría del delito, el análisis estratificado de los problemas es un rasgo metodológico importante.

---

<sup>5</sup> Eugenio Bulygin, “Tiempo y validez” en *Análisis Lógico y Derecho*, págs. 195 y ss. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991.

<sup>6</sup> Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1986 (traducción de Tamayo Salmorán).

## 2.2. La supuesta resolución del conflicto.

En “Normas Penales y Conflicto de Deberes” sostengo que no puede establecerse una primacía clara entre los dos deberes en conflicto, y como consecuencia de ello, afirmo que el juez deberá absolver en cualquier supuesto.

Ortiz de Urbina afirma lo contrario; sostiene que el tipo de quiebra fraudulenta (176 inc. 3) establece un deber superior al tipo de cheque sin fondos (302 inc.1), por lo que en caso de conflicto el sujeto quedará exento de responsabilidad cumpliendo con ese deber.

Ortiz de Urbina no analiza la exigente de “cumplimiento de un deber” contenido en el inc. 4 del art. 34 del código penal argentino. Su análisis del conflicto de deberes lo efectúa como una instancia del estado de necesidad.

Descartando el argumento cualitativo en cuanto a la posible inconmensurabilidad de los bienes jurídicos tutelados, Ortiz de Urbina se decanta por el argumento cuantitativo: como la pena para el delito de quiebra es mayor que la pena del delito de cheque, entonces el deber emergente del primero es superior al deber emergente del segundo.

Sin embargo, Ortiz de Urbina omite analizar una parte del tipo penal de quiebra que señala que la prohibición es de “conceder ventajas **“indebidas”** a cualquier acreedor”. Ahora bien, si se acepta que existe el deber de pagar el cheque, deber que subsiste en aquellos casos en que el deudor no está sujeto a un proceso de quiebra, ¿porqué tal deber de pagar el cheque no existe cuando el deudor esta en proceso de quiebra? ¿Ya no es un deber “debido” sólo por la particular situación del deudor? ¿Deja de ser un “deber debido” porque el otro tipo penal impone una pena más grave? ¿Porqué no sostener que están prohibidos los pagos “indebidos” pero como en este caso el pago es “debido” en función de otra norma penal entonces el acreedor debe pagar el cheque y ese pago le excepciona de la pena del delito de quiebra?

Ortiz de Urbina no da respuesta a estas cuestiones; su afán de presentar el problema como un problema fácilmente resoluble (o un falso problema) le impide ingresar en estas cuestiones de detalle que podrían inclinar la balanza hacia un lado u otro.

### 3. ALEJANDRA VERDE.

Las críticas de Verde hacia mi trabajo se centran en la segunda parte del mismo, esto es, en mis análisis sobre cuál es la posición del juez frente al conflicto de deberes detectado entre los dos tipos penales analizados.

En tal sentido, Verde parece aceptar como correcta mi caracterización de las normas primarias y secundarias, como también la forma en que se caracterizan e interrelacionan el sistema del juez y el sistema del ciudadano. Por omisión, parece entender que las críticas de d'Almeida y Ortiz de Urbina a la utilización del modelo analítico para dar cuenta del conflicto son improcedentes. Ello porque, de hecho, su punto de partida para efectuar sus críticas se apoya en la caracterización analítica que se efectuó de los sistemas primarios y secundarios y, en especial, en el conflicto de deberes jurídico-penales detectado. Al respecto afirma, *“si bien cabe coincidir con Alonso en que, prima facie, se está frente a un conflicto de deberes jurídicos, ha de rechazarse la solución a la que él arriba”*.

#### **3.1. El cumplimiento de un deber como causa de justificación. La supuesta prevalencia de los deberes de omisión por sobre los deberes de acción.**

Verde comienza señalando que según mi posición, pague o no pague el agente no podrá ser objeto de sanción penal por ausencia de antijuridicidad. Señala que mi posición es criticable ya que no especifico cuál es la causa de justificación aplicable.

En esto Verde se equivoca. En efecto, en el punto 5.1. de mi trabajo (“la condena bajo cualquier supuesto”) comienzo analizando la posible atipicidad por indominabilidad de la conducta, para luego dar lugar al siguiente análisis:

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 justificado <sup>20</sup>.

La nota al pié (que aquí reproduzco) dice: “<sup>20</sup> *El cumplimiento de un deber es una causa de justificación expresamente prevista por el art. 34 inc. 4 del cód. penal argentino*”.

La posibilidad de que un deber sea superior a otro lleva a que yo concluya en que no puede sostenerse la condena bajo cualquier supuesto. Asimismo, en el punto siguiente (5.2.) efectúo una ponderación entre los dos deberes jurídicos en juego, teniendo en cuenta la pena, el bien jurídico tutelado y el modo de agresión al mismo, concluyendo que no puede afirmarse que un deber es superior a otro.

Por tanto, las afirmaciones de Verde relativas a que mi trabajo se apoyaría en alguna “causa de justificación supralegal”, son injustificadas. En todo momento analizo la posible solución al caso a la luz de la causa de justificación “cumplimiento de un deber” contenida en el art. 34 inc. 4 del código penal argentino.

Posteriormente, desmenuzando la obra de Roxin, Verde analiza la colisión entre un deber de acción y un deber de omisión, en el caso, el deber de pagar y el de no pagar. No coincido, nuevamente, con Verde, en que la solución a esta colisión estaría amparada bajo una causa de justificación supralegal ya que, a mi entender, el conflicto se sigue manteniendo en el ámbito normativo del inc. 4 del art. 34, que considera al cumplimiento de un deber como causa de justificación autónoma. La cuestión, a mi entender, es determinar si alguno de esos deberes es superior al otro, con independencia de si un deber es de acción y el otro de omisión.

Continuando su análisis, y de manera preliminar, Verde coincide con Roxin en lo siguiente:

si se da una colisión entre dos (o más) deberes de acción de igual o similar jerarquía y referidos a un mismo bien jurídico, debe considerarse lícita (esto es, no antijurídica) la conducta del sujeto cualquiera sea el deber que cumpla.

En esto coincido plenamente, pero no en su análisis inmediato siguiente.

En efecto, Verde me critica porque dice que yo aplico esta doctrina alemana (basada en causas de justificación supralegales) a deberes de acción y de omisión, pero tal doctrina alemana no aceptaría mi aplicación.

Señala Verde que en esta doctrina alemana, cuando colisionan dos deberes de igual o similar jerarquía, pero uno es de acción y el otro es de omisión, prevalece el de omisión. Afirma Verde que, del mismo modo en que entre matar y no matar prevalece no matar, entre pagar y no pagar prevalece no pagar.

No estoy de acuerdo con esta conclusión de Verde, que se asemeja mucho a una mera petición de principios. Primero, porque mi punto de partida es una causa de justificación positiva, contenida en el art. 34 inc. 4 del código penal y no en una causal supralegal. Segundo, porque entiendo que no existe ningún paralelismo entre “matar/no matar” y “pagar/no pagar”. En ciertos contextos matar estará justificado pero siempre será preferible no matar a hacerlo. La acción de pagar, en cambio, es absolutamente neutral y hacerlo u omitirlo dependerá de cuál es el deber jurídico superior, y si no existe tal deber jurídico superior, el agente podrá hacer cualquiera de las dos acciones, y en ninguna de las dos hipótesis puede ser sancionado. Ninguno de los argumentos dogmáticos de Verde permite dar prevalencia, *per se* y bajo igualdad de circunstancias, a la acción de omitir pagar por sobre la de hacerlo.

### **3.2. La ponderación entre los dos deberes jurídicos en pugna.**

En este punto, Verde comienza explicando, a través de varios ejemplos, cómo en muchas ocasiones un deber jurídico prevalece sobre otro, sea por razones de jerarquía, sea por razones de especificidad.

Analizando el caso concreto, Verde refiere que una vez que el sujeto es declarado en quiebra tiene el deber específico de no pagar el cheque rechazado, por su específica situación de quebrado. El nacimiento de ese deber específico hace que el deber general de pagar el cheque rechazado ceda.

Además, señala Verde, que el delito de quiebra protege la propiedad privada y el delito de cheque protege la fe pública, afirmando que el primer bien jurídico, por ser individual, es jerárquicamente superior al segundo, que es colectivo. Siguiendo a Alexy, Verde afirma que existe una preferencia general *prima facie* a favor de los bienes jurídicos individuales por sobre los bienes jurídicos colectivos.

No me parece que este argumento sea dirimente. En muchas ocasiones los derechos individuales (el derecho a trabajar o a ejercer la industria) ceden ante derechos colectivos (la no contaminación ambiental), por lo que la antinomia bien individual/bien colectivo es un dato indiciario, no dirimente, para resolver la jerarquía de dos derechos o deberes en pugna.

Insisto que, más allá de los intensos esfuerzos por demostrar que el delito de quiebra merece mas protección que el de cheque sin fondos, los argumentos desarrollados por Verde son meramente *prima facie*, pero no logran decantarse, de manera dirimente, a favor de uno u otro deber jurídico.

## 4. JOSÉ MILTON PERALTA.

### 4.1. La función de las escalas penales.

En un meduloso análisis, Peralta critica, acertadamente, mi siguiente afirmación:

no puede afirmarse que ‘no matar’ es más importante que ‘no dañar al 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 ‘no matar’ tiene mayor pena que ‘dañar al patrimonio.’<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Salvo d’Almeida, los otros críticos (Ortiz de Urbina, Verde y Peralta) han criticado este párrafo. Si bien ya he esbozado algunas respuestas a Ortiz de Urbina y a Verde, me detendré un poco más en el análisis de Peralta ya que, a mi entender, ha sido el más agudo respecto de esta cuestión.

Peralta sostiene que esa afirmación puede ser entendida tanto en forma descriptiva como en forma prescriptiva. Si se entiende como descripción de lo que el legislador hace no habría mayores inconvenientes en solucionar el conflicto, ya que sería evidente que el patrimonio común de los acreedores de una quiebra es más importante que la fe pública.

Según Peralta, si se entiende de manera prescriptiva mi posición (interpretación que Peralta favorece), no es fácil ver qué consecuencias acarrearía. Una posible consecuencia sería que las escalas penales son superfluas, ya que si reflejan la genuina importancia de los bienes jurídicos, entonces tendrían un mero carácter declarativo, y si no reflejan tal importancia entonces serían inválidas.

No estoy seguro de que las conclusiones a las que arriba Peralta sean consecuencias necesarias de mi aserción; pero si posee tales consecuencias, las rechazo. Mi intención era mucho más modesta: intentaba señalar que frente a escalas penales tan similares (de seis meses a cuatro años de prisión para el delito de cheque sin fondos, y de dos a seis años de prisión para el delito de quiebra fraudulenta) tal similitud nos impide determinar cuál es el bien jurídico que posee mayor importancia y, en definitiva, qué deber jurídico debe prevalecer.

También es atinada la crítica de Peralta respecto de mis aserciones referidas a que la modalidad de ataque al bien jurídico puede incrementar la escala penal, pero por ello no significa que el bien jurídico en sí tenga mayor valor que el bien jurídico en pugna. Si bien ello es aceptado por Peralta, el autor critica las consecuencias que yo extraigo de la misma: para Peralta las escalas penales combinan la importancia del bien jurídico tutelado con la modalidad de ataque, y en la ponderación de los deberes jurídicos en pugna no solo es importante el bien jurídico sino la concreta modalidad de ataque que el deber pretende proteger.

Sobre la base de estas críticas, que acepto parcialmente, Peralta concluye que dada la mayor protección penal del delito de quiebra (por estipular mayor escala penal), el deber jurídico que prevalece es el de no pagar el cheque.



Sin embargo, estas concesiones parciales que efectúo a las críticas de Peralta, no impactan en mi conclusión final, respecto de que no puede determinarse cuál es el bien jurídico de mayor jerarquía. Y ello por dos razones.

La primera es reconocida parcialmente por Peralta, cuando coincide en mi análisis respecto del hecho que las escalas penales en juego tienen gran parte en común (el tramo que va de dos a cuatro años), agregando que no puede descartarse que en ciertos casos concretos la pena a imponer por cometer uno u otro delito se encuentra dentro de ese rango común. Lamentablemente Peralta no continúa su argumento, pero si eso fuera así, en ese caso los deberes jurídicos en juego tendrían exactamente la misma jerarquía, y la solución debería ser la propuesta en “Normas Penales y Conflicto de Deberes”: haga lo que haga el agente, no puede ser sancionado penalmente.

La segunda razón ya fue esbozada al criticar a Ortiz de Urbina. El delito de quiebra reprime a quienes efectúan “**pagos indebidos**”, por lo tanto, de manera previa a analizar las escalas penales, debería elucidarse si pagar el cheque rechazado es un “pago indebido”. Sería un pago “indebido” según la ley de quiebra, pero no lo sería según la ley de cheque con refuerzo en el art. 302 inc. 1 del código penal. ¿Por qué no sostener que se trata de un pago “debido” en aras de proteger la fe pública y la transparencia y previsibilidad del mercado monetario en general y de los títulos circulatorios en particular?

Recordemos que el delito de cheque está en el mismo título que el delito de colocar moneda falsa en el mercado (protegen el mismo bien jurídico). ¿Consideraríamos prohibido que el fallido trueque moneda falsa por moneda genuina si alguna norma penal se lo exigiera bajo amenaza de pena?

Creo que las dudas son muchas y las mismas impiden afirmar de manera categórica que el deber jurídico de no pagar el cheque (por el delito de quiebra) es jerárquicamente superior al deber jurídico de pagarlo (por el delito de cheque).

## 4.2. La indominabilidad normativa.

Sobre el tema de la indominabilidad normativa, Peralta, al igual que Verde, considera que sostengo que el conflicto de deberes es una causa de justificación supralegal. Nunca he dicho tal cosa. Para el caso por mí analizado, la única causa de justificación es el “cumplimiento de un deber” (art. 34 inc. 4 cód. penal). El tema es que una norma penal exige un deber (el de pagar) y la otra norma penal exige el deber inverso (no pagar). Como se trata de un conflicto de deberes me pareció atinado revisar la posición de Roxin, pero tal revisión no supone que yo he aceptado, como sí parece aceptar Roxin, que el conflicto de deberes es una causa de justificación extralegal.

Peralta afirma que mi posición es paradójica, por lo siguiente:

dada la situación S rige la norma N1 que deroga la norma N2 y al mismo tiempo dada la misma situación S rige la norma N2 que deroga la norma N1. Pero es inconcebible. Si N1 deroga a N2 entonces ya N2 no puede derogar N1, y viceversa. Dos normas no pueden derogarse simultáneamente mutuamente, porque para que una norma N1 derogue una norma N2 es necesario que tenga vigencia, es decir que la norma N2 no derogue al mismo tiempo, la norma N1.

Creo que Peralta queda atrapado en las palabras que ha elegido. Más que “derogar” (que parece tener como consecuencia la pérdida de la vigencia) la palabra correcta sería “derrotar” o “prevalecer”, siguiendo el término “defeasibility” introducido por Hart<sup>8</sup>. Si N1 prevalece sobre N2 en un caso concreto, N2 no pierde vigencia; simplemente prevalece o “la derrota”.

Aclarado este punto, lo paradójico es el sistema normativo del ciudadano, y no, como sugiere Peralta, la presentación que yo efectué del mismo. Es evidente que en algún sentido el deber de pagar

---

<sup>8</sup> Herbert Hart, *Punishment and Responsibility*. Oxford University Press, 1968.

el cheque excepciona el delito de quiebra y, en otro sentido, el deber de no pagarlo excepciona el delito de cheque sin fondos. La cuestión, insisto, es si un deber prevalece sobre (o derrota a) el otro.

Luego Peralta sostiene que si es el caso que ambas normas se neutralizan mutuamente entonces es imposible determinar la conducta típica, “ya que si no se puede establecer qué norma prevalece no se puede determinar el tipo penal (ni el de prohibición ni el de obligación) en el sentido de la norma secundaria”. Concluye Peralta que la conducta del sujeto será atípica por no estar regulada por el derecho en sentido fuerte.

Estoy de acuerdo en las conclusiones finales de Peralta, más no en el modo en que arriba a ellas. No me parece que se trate de una conducta atípica, como sostiene Peralta en su argumentación; es más, de sostener la atipicidad me parece más sustentable la posición de Zaffaroni de atipicidad conglobante. Pero rechazo la atipicidad. Como señalé en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” me parece que el camino es la ausencia de antijuridicidad por la ausencia de un “accionar conforme a derecho” posible.

Creo que el error de Peralta es presuponer (como presuponen muchos dogmáticos) que no existen sistemas inconsistentes; o que, más allá de ciertas inconsistencias de la ley, la dogmática penal posee herramientas superpoderosas para tornar consistente lo que no lo es.

Los analíticos somos más modestos en cuanto a las potencialidades de los sistemas normativos y los sistemas dogmáticos. Ambos están hechos por seres humanos y pueden poseer errores.

Creo que, justamente, estamos frente a un error legislativo en donde dos normas se derrotan mutua y simultáneamente. Se trata de dos normas secundarias que permiten normas opuestas, que derrotan tipos penales inversos. Por tanto, ambas conductas están permitidas, la de pagar el cheque y la de no pagarlo.

### **4.3. *Actio illicita in causa.***

Peralta explora una alternativa no analizada en “Normas Penales y Conflicto de Deberes”; aquella situación según la cual el sujeto

libra el cheque a sabiendas de que será declarado en quiebra (por ej., porque ya entró en cesación de pagos). En tal situación, el sujeto puede ser sancionado cualquiera sea la acción que realice: si paga el cheque será sancionado; si no lo paga, también.

El fundamento de tal necesaria punición se encuentra, según Peralta, en la exigencia de que el sujeto sea “extraño” a la situación de necesidad, entendiéndose que un sujeto es “extraño” a la situación de necesidad cuando la misma no le puede ser imputada; por ej. cuando la situación se generó por caso fortuito o es imputable a un tercero.

Trasladado al caso en estudio, Peralta indica que la norma en cuestión, sancionadora de la *actio illicita in causa*, señalaría “está prohibido emprender un conducta que implique el riesgo de colocarse ante dos situaciones incompatibles e igualmente típicas”. Según Peralta, estaría prohibido librar el cheque si existe el riesgo de que al deber pagarlo se tenga que realizar un ilícito penal.

La clave, entonces, es determinar si al momento de librar el cheque el librador conocía que existía certeza de que se decreta su quiebra. La mera posibilidad de una quiebra futura no segura, creo, descarta la tesis de Peralta.

Sin embargo Peralta termina descartando esta hipótesis porque la *actio illicita in causa* sólo está prevista para el estado de necesidad (art. 34 inc. 3 cód. penal) y no para el cumplimiento de un deber (art. 34 inc. 4 cód. penal). Aplicar este instituto significaría una analogía en contra del imputado. Coincido con Peralta en que, sobre esta cuestión, nos enfrentamos ante una laguna axiológica.

## 5. PALABRAS FINALES.

Más allá de los esfuerzos de los cuatro críticos, entiendo que mis tesis centrales sostenidas en “Normas Penales y Conflicto de Deberes” no han sido rebatidas. Reconozco que han introducido observaciones a ciertos párrafos o formulaciones de mi trabajo que merecen ser atendidas, pero en nada han subvertido las tesis centrales. Hacia ellos mi agradecimiento por haber dedicado su tiempo a leer mi trabajo y criticarlo agudamente.

Por último agradezco a dos amigos. A Pablo Navarro, director de *Discusiones*, por haber elegido un trabajo mío para ser parte de su colección. A Hernán Bouvier por haber coordinado el número con infinita paciencia a mi persona.

Sección II

Problemas abiertos



# PROBLEMAS ABIERTOS

## PRESENTACIÓN

Pablo E. Navarro  
Director

Hernán G. Bouvier  
Encargado de sección

Los problemas filosóficos se resisten a desaparecer. Una y otra vez, los mismos temas ocupan el centro del debate académico. Las soluciones que en ciertos momentos han obtenido consenso son desafiadas por nuevos enfoques y estrategias de análisis. A esta dinámica se debe, en gran medida, la vitalidad del trabajo filosófico pero también genera una suerte de pesimismo acerca de las posibilidades de progreso en esa disciplina. Más aún, en ocasiones, algunos problemas simplemente desaparecen del horizonte de intereses académicos sin haber recibido una respuesta satisfactoria.

Esta sección es un espacio para presentar tanto problemas actuales como también temas que han sido injustificadamente dejados de lado en



los debates contemporáneos. El propósito de los editores es invitar a los miembros de la comunidad académica a identificar problemas y enunciar de manera sumaria cuestiones que merezcan discutirse en filosofía. Dado que el objetivo central de esta sección es señalar problemas, y no involucrarse en las diferentes soluciones, se valorará especialmente la brevedad y claridad de la presentación. Los requisitos de aceptación de trabajos para esta sección son similares a los que se exigen para la sección principal.

## EL CARÁCTER CONVENCIONAL DEL DERECHO

Federico J. Arena\*

A veces se sostiene que el convencionalismo acerca de un cierto fenómeno es el punto de vista según el cual ese fenómeno, a pesar de las apariencias, surge de, o es determinado por, una convención. Quizás puede afirmarse que en sede iusfilosófica se ha dado la situación inversa, es decir, aun cuando el derecho parece ser un fenómeno convencional no ha resultado sencillo explicar con precisión en qué consiste este rasgo. El convencionalismo jurídico suele asociarse con quienes responden afirmativamente a las siguientes preguntas: ¿existe una convención entre los jueces?, ¿es esta convención el hecho jurídico fundamental?

Sin embargo, para comprender en qué consiste responder

---

\* Universidad de Génova, Italia

afirmativamente, quizás sea adecuado distinguir los distintos ámbitos de lo jurídico que han sido considerados convencionales. Por un lado se sostiene que el concepto mismo de derecho es convencional, en oposición a puntos de vista realistas o escépticos (Nino, Bayón). Por otro lado el convencionalismo ha sido sostenido con relación a la tesis de las fuentes sociales, ya sea como un elemento más primitivo de esa tesis (Coleman, Bayón), ya sea como una especificación de ella (Coleman, Postema, Marmor).

El *convencionalismo acerca del concepto de derecho* es una posición que se deriva de un modo de concebir los conceptos en general. Según este punto de vista los conceptos no dependen de otra cosa más que de nuestras estipulaciones o de nuestras prácticas, y si bien se acepta que quizás existan algunas excepciones, como los conceptos de clases naturales o los conceptos primitivos, el derecho no formaría parte de ellas. La mayor virtud de este modo de entender el concepto de derecho parecía consistir en su capacidad para disolver las (ahora pseudo) disputas teóricas, transformándolas en elecciones de un concepto en lugar de otro. Sin embargo, este terminó siendo, como veremos, el flanco hacia el que apuntó una de las críticas más persistentes al convencionalismo.

El *convencionalismo con relación a la tesis de las fuentes sociales* ha sido, como adelanté, desandado siguiendo dos caminos distintos. Uno de ellos ha consistido en sostener que la tesis de las fuentes sociales, según la cual el contenido y la existencia del derecho dependen de hechos sociales, admite un análisis reduccionista en términos de tesis más primitivas, a saber, la tesis convencionalista y la tesis de las fuentes.

Según la *tesis convencionalista* la identificación de los criterios de validez jurídica es una cuestión que depende de las convenciones existentes al respecto. Según la *tesis de las fuentes* el contenido de los criterios de validez jurídica (identificados convencionalmente) no tienen que ver con el valor de la norma, sino con su origen. Este modo de descomponer la *tesis de las fuentes sociales*, distinguiendo entre identificación y contenido de los criterios de validez jurídica, persigue encontrar en la tesis convencionalista el contenido mínimo que compartirían tanto el denominado positivismo excluyente

como el denominado positivismo incluyente. Y pretende además, como se verá más adelante, ser un modo de afrontar un insistente problema para el convencionalismo. El problema vinculado con el hecho de que los jueces, tal como se asume en el caso, suelen apartarse del significado de las disposiciones normativas cuando, para justificar su decisión, identifican el derecho.

El otro camino del *convencionalismo con relación a la tesis de las fuentes sociales* es aquél que se propone como una especificación de ésta tesis. En este caso el convencionalismo sostiene que la práctica judicial que fija los criterios de validez jurídica, denominado por Hart regla de reconocimiento, puede ser mejor precisada en términos de una especial convención (de coordinación o constitutiva) entre los jueces. Este es un hilo de discusión que se inicia a partir del presunto *giro convencionalista* que habría dado Hart en el *Postscript a The Concept of Law* publicado en 1994, y mediante el cual procuraba responder a sus críticos.

Estos distintos ámbitos del convencionalismo terminan superponiéndose cuando aparece la pregunta acerca de cuál es el concepto (convencional) de derecho presente en la práctica (convencional) de los jueces. En este sentido el convencionalismo ha debido enfrentarse a varias dificultades. Por un lado el convencionalismo conceptual ha debido vérselas con las derivaciones de los argumentos que apuntaron a negar la posibilidad de un fundamento convencional de la lógica (Quine). Estos argumentos repercutieron no sólo en la filosofía de la lógica, sino también en teoría política, en filosofía del lenguaje y en filosofía del derecho. Traducida a la discusión acerca de conceptos, la objeción señalaría que no es posible que todos nuestros conceptos estén basados en convenciones, pues para ello sería necesario un acuerdo entre los poseedores de los conceptos, y un acuerdo tal no puede ser alcanzado sin usar ya ciertos conceptos (por ejemplo el de acuerdo).

D. Lewis mostró que una de las premisas en las que se basa el argumento de Quine, i.e. que la existencia de una convención depende de un acuerdo, es falsa. Ello en cuanto una convención puede surgir sin acuerdo en los casos en que se dan ciertas condiciones que definen un problema de coordinación. Un problema de coordinación se presenta en situaciones en las que encontrándose disponibles dos o más opciones de

acción, la elección de una de ellas por parte de un individuo depende de la decisión que tomen al respecto otros individuos, y viceversa, y además entre los individuos involucrados existe una cierta coincidencia de intereses. Cuando el problema de coordinación sea recurrente, la solución alcanzada en casos anteriores generará entre los individuos involucrados expectativas recíprocas de comportamiento que los llevarán a converger regularmente en esa solución. Habrá surgido así una convención. En virtud de esta vinculación con los problemas de coordinación estas convenciones han sido posteriormente denominadas convenciones de coordinación, con el objetivo adicional de resaltar la existencia de otros tipos de convenciones.

Más allá del éxito o fracaso del intento de Lewis de rehabilitar el convencionalismo con relación al lenguaje y a la lógica, si su abordaje de las convenciones es plausible entonces es posible que el concepto de derecho judicial sea convencional aun cuando no exista entre los jueces un acuerdo sobre él. Pero una vez descartado el acuerdo se vuelve indispensable ofrecer un relato acerca de cómo la práctica judicial da lugar a la convención. Algunos filósofos del derecho (Postema, Coleman) creyeron en un primer momento encontrar en las convenciones de coordinación una especificación de la tesis de las fuentes sociales que ofreciera ese relato y que además permitiera responder a varias de las objeciones que habían sido dirigidas contra la teoría de las reglas sociales como práctica defendida por Hart. Objeciones tales como la inexistencia de acuerdo, la necesidad de explicar la normatividad del derecho, esto es, su capacidad para ofrecer razones para la acción, y la necesidad de dar cuenta de la autoridad del derecho. Sin embargo parece ser un problema cerrado que recurriendo a este tipo de convenciones no es posible dar una respuesta completa a esos problemas (Green, Dickson, Celano). A pesar de ello, me parece, debe mantenerse abierta la cuestión acerca de cuál sea el lugar (centralidad, relevancia) de estos problemas dentro de un abordaje convencionalista del derecho. De todos modos, las convenciones de coordinación, caracterizadas por la elección arbitraria entre dos opciones, no parecen encajar bien con ciertos rasgos que se atribuyen a la práctica jurídica, sobre todo la importancia política de la elección de los criterios de validez jurídica. El abandono de esta vía no quiere decir

que las convenciones de coordinación hayan sido olvidadas por los filósofos del derecho, subsisten aún vinculadas a la explicación de algunas de las funciones de la autoridad (Raz) o como explicación de las costumbres jurídicas (Celano).

Estas insuficiencias llevaron a algunos filósofos del derecho a buscar alternativas. Así se propusieron tanto las convenciones constitutivas (Marmor) como las convenciones profundas (Marmor, Bayón).

Mediante las convenciones constitutivas se pretende suplir las deficiencias del abordaje lewisiano, al menos como enfoque de las convenciones en general. Si bien el enfoque de Lewis funciona en algunos casos, el derecho no parece ser uno de ellos. Es decir, este segundo tipo de convenciones se propone, no como alternativa, sino como complemento de las convenciones de coordinación. Por un lado independizando la noción de convención de la de problema de coordinación, por otro lado insistiendo en la capacidad del derecho para definir y crear (hacer posibles) nuevas formas de comportamiento.

Ahora bien, aun si aceptamos la plausibilidad de un enfoque según el cual la existencia de una convención es independiente de la existencia de un acuerdo, en el caso de la práctica judicial parecen darse dos circunstancias que dificultan afirmar que encaja en alguna de las reconstrucciones propuestas. Por un lado, como adelanté, los jueces suelen apartarse del significado convencional de las disposiciones normativas. Por otro lado suelen desacordar acerca del contenido del derecho y acerca de los criterios para identificarlo.

Con relación al primero de los hechos el convencionalista podría optar por ceñir su pretensión y sostener que la convención alcanza sólo la identificación de las disposiciones normativas. Creo que es un problema abierto si una convención así restringida, i.e. que se limita a las disposiciones y no incluye su significado, es una idea plausible.

Otro intento de dar cuenta del primero de estos hechos consistió en ampliar el conjunto de hechos sociales relevantes. En este sentido, junto a las convenciones semánticas que fijan el significado literal de los textos jurídicos, se postula también la existencia de convenciones interpretativas que fijan métodos de interpretación

adicionales. De este modo, del hecho de que los jueces se aparten del significado literal no se sigue todavía que para la identificación del derecho abandonen las convenciones y se aboquen a argumentos morales, sino que puede tratarse todavía de convenciones interpretativas.

Sin embargo esta extensión cuantitativa de la convención fue considerada insuficiente. Para dar cuenta del hecho en cuestión resultaría necesario en cambio articular de modo más complejo el contenido mismo de tales convenciones. Esta articulación exigiría abandonar la tesis de las fuentes para defender aisladamente la tesis convencionalista. Es decir, se trataría de sostener que si bien cuáles sean los criterios de validez es una cuestión que depende de convenciones (tesis convencionalista), los criterios así individualizados no han de referirse necesaria y únicamente a hechos sociales, sino que pueden referirse también al valor o corrección moral de la norma (negación de la tesis de las fuentes). Esta propuesta teórica, que caracteriza a los defensores del positivismo incluyente y que pretende dar un espacio a los argumentos morales dentro del convencionalismo, debe enfrentarse a lo que podemos denominar los dos dilemas de Bayón.

El primer dilema se presenta cuando se intenta especificar el contenido de los criterios de validez jurídica que han sido identificados convencionalmente. Existen dos opciones, o bien el contenido de esos criterios depende a su vez de convenciones, i.e. de lo que los jueces creen que es moralmente correcto, pero en este caso se excluye la argumentación moral sustantiva y se termina otra vez comprometido con la tesis de las fuentes; o bien esos criterios no son convencionales, pero en este caso la única opción disponible es que se trata de criterios morales objetivamente correctos.

Para evitar el primer cuerno, el defensor del positivismo incluyente bien podría asumir un punto de vista realista acerca de la moral y sostener que se trata de una convención de seguir criterios moralmente correctos. Se enfrentaría así al segundo dilema. O bien existe acuerdo acerca de cuáles son los criterios moralmente correctos, pero entonces se regresa nuevamente a la tesis de las fuentes; o bien no existe acuerdo, pero entonces se trata de una convención de seguir criterios no convencionales. De este modo, ambos dilemas comparten un

cuerno, a saber, el verse inevitablemente comprometido con la tesis de las fuentes, y se diferencian en el segundo cuerno. Mientras en el segundo cuerno del primer dilema acecha el realismo moral, en el del segundo dilema acechan las convenciones huecas o aparentes. Para escapar también a este segundo dilema de Bayón, el positivista incluyente debería volver plausible la noción de “convención de seguir criterios no convencionales”, i.e. convenciones para cuya existencia basta que la convergencia se verifique sobre cuáles son los criterios a seguir, aun cuando no exista un acuerdo acerca del contenido de tales criterios (Coleman). Que esta no es una buena estrategia parecía ser un problema cerrado (Bayón), aunque existe un intento reciente de rehabilitarla (Orunesu).

A pesar de estos esfuerzos, la cruz del convencionalismo sigue siendo su dificultad para ofrecer criterios sustantivos que permitan elegir entre conceptos diferentes y que permitan otorgar relevancia a las discusiones sobre ellos. Un convencionalista convencido debería responder que se trata sólo de estipulaciones distintas o prácticas divergentes. Si bien esta actitud parecía adecuada para cuestiones terminológicas, algunos teóricos (Dworkin) sostienen que esto es incompatible con el modo en el que entendemos ciertas cuestiones jurídicas en las que se encuentran involucradas nuestras más profundas convicciones. Y este sigue siendo uno de los problemas abiertos para el convencionalismo, es decir, si puede volver compatible la afirmación de que el concepto de derecho depende de nuestras estipulaciones o prácticas con la posibilidad de que existan desacuerdos sustantivos acerca de ese concepto.

El problema de los desacuerdos teóricos es uno de los problemas del convencionalismo que más atención ha recibido en los últimos años e incluso ha sido ya abordado en esta misma sección de Discusiones. Mediante las convenciones profundas, finalmente, se persigue resolver este problema otorgando un espacio conceptual a la posibilidad de que los criterios de validez jurídica sean convencionales aun cuando no exista acuerdo acerca de ellos o resulten opacos a los individuos que forman parte de la



convención. Al menos si este fenómeno se produce hasta un cierto nivel.

Que ambas estrategias, aquella basada en la idea de convenciones constitutivas y aquella basada en la idea de convenciones profundas, sean viables, es todavía un problema abierto.

Puede agregarse, para concluir, que los defensores del convencionalismo jurídico se han preocupado sobre todo por responder a cada una de las críticas que fueron dirigidas al abordaje hartiano del concepto de derecho. Quizás pueda afirmarse que este punto de vista acerca del derecho se ha encontrado en una posición defensiva, que incluso parece haber conducido al fracaso. Este fracaso provoca que no sean pocos los que dudan o niegan que el derecho efectivamente sea un fenómeno convencional.

Sin embargo quizás sería también una cuestión abierta determinar qué aspecto adquiriría la discusión si se insistiera en cambio en las virtudes de un abordaje convencionalista del derecho.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2010, en  
los talleres de A3 Servicios Gráficos, Francia 743, Bahía  
Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 150 ejemplares

