

Tesis Doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra



LA DELIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

Una aportación al estudio del error de prohibición

David Felip i Saborit

Director:

Prof. Dr. Jesús M^a Silva Sánchez

Catedrático de Derecho Penal

1997

B. Objeto y contenido del conocimiento de la antijuricidad

1. Introducción

1. El primer paso en el análisis del conocimiento de la antijuricidad como requisito para atribuir plenamente el hecho a su autor consiste en establecer qué se entiende por dicha conciencia de estar actuando antijurídicamente, es decir, en determinar qué se debe ignorar para afirmar que el sujeto no sabía que su comportamiento era ilícito. Para responder a tal pregunta es necesario, pues, establecer cuál es el *objeto* de la conciencia de lo injusto del hecho.

Si nos apartamos de los delitos más comunes, raramente el sujeto tiene un conocimiento claro de los preceptos jurídicos que atañen a su comportamiento y simplemente llega a un pronóstico sobre si “puede o no puede” llevar a cabo un determinado comportamiento. Ciertamente, la mayoría de la población tiene una idea de lo que está prohibido –u ordenado– jurídicamente o por otras normas sociales. Sin embargo, cuando se trata de decidir en un momento concreto si es delito mantener relaciones sexuales con una adolescente de quince años, si uno debe detenerse a prestar auxilio tras presenciar un accidente de tráfico o si tiene derecho a negarse a alquilar una habitación a un emigrante magrebí, el ciudadano corriente no podrá sino apelar a una vaga sensación de lo permitido o prohibido, muy a menudo indiscernible de la idea de lo que se considera correcto o incorrecto moral o ético-socialmente. Por otra parte, a pesar de que la mayoría de las personas poseen una esquemática noción de la responsabilidad civil, administrativa o penal, de poco le valdrá la misma para prever las consecuencias de librar un talón sin fondos, circular en un automóvil sin seguro o causar unos daños de poco valor.

En suma, en muchos casos los ciudadanos no suelen ser conocedores de la conminación penal abstracta de la clase de conducta que están realizando ni

del concreto juicio de antijuricidad que corresponde efectuar con respecto al hecho que se va a llevar a cabo. Exigir un conocimiento técnico-jurídico completo de la norma no es practicable ni, posiblemente, deseable. Por tanto, es necesario precisar qué elementos deben ser conocidos *como mínimo* para poder entender que el sujeto ha recibido suficiente motivación por parte de la norma. Se trata, pues, de establecer el armazón básico del mensaje prescriptivo que debe servir de orientación y con cuyo conocimiento se hace plenamente exigible el cumplimiento de la norma. Sirva de ejemplo para orientar la exposición el siguiente caso:

Un joven circulaba por las calles de Sevilla en una motocicleta de su propiedad debidamente matriculada, sin portar las correspondientes placas identificadoras de la misma. Acusado de un delito de omisión de placa de matrícula del art. 279 bis del ACP, alegó que, si bien creía que su conducta podría ser merecedora de una “multa”, no le pasó por la cabeza que con ello cometiera delito alguno²⁷⁹.

2. El objeto de la conciencia de lo injusto es motivo de controversias. Mayoritariamente – especialmente en Alemania– se entiende que, para poder imputar el hecho al sujeto basta con que el mismo tenga conocimiento de la – eventual– antijuricidad general de esa clase específica de hechos. En cambio, otros sectores consideran que es necesario cualificar este conocimiento.

Las discrepancias sobre el objeto del conocimiento de la antijuricidad, lógicamente acentuadas para permitir una mejor diferenciación de las mismas, pueden parecer algo estériles, puesto que, en la práctica, normalmente no deberían tener repercusiones muy significativas, especialmente porque es difícil que la mayoría de sus matices se presenten efectivamente en la mente del sujeto y, mucho menos, que se puedan llegar a probar. Sin embargo, tienen su importancia por cuanto, a medida que nos alejamos del núcleo del Derecho penal, la persona puede recurrir cada vez menos a sus propios recursos y el conocimiento técnico-jurídico de la norma se va haciendo más imprescindible con lo que aumenta la posibilidad de conocimientos parciales o matizados. Por otra parte, no debe olvidarse que el objeto de la conciencia no sólo es un elemento a probar en el proceso sino también el punto de referencia en la valoración y determinación de la

²⁷⁹ Cfr. SAP Sevilla 9 Junio 1993, *APen*, 1993, @220, que apreció un error de prohibición.

vencibilidad de los errores.

2. El concepto de objeto de conocimiento de la antijuricidad

a) Contrariedad a los principios ético-morales y lesividad social

1. En principio existe acuerdo casi unánime en que no es suficiente con que el autor sea consciente de que su conducta vulnera los principios ético-sociales o morales imperantes en la sociedad (*Sittenwidrigkeit*)²⁸⁰, puesto que ello no es condición necesaria ni suficiente para formular una prohibición jurídica de cualquier clase. Si bien es verdad que respecto a las conductas que integran el corazón del Derecho penal criminal, los ciudadanos suelen identificar e incluso confundir las valoraciones de las normas ético-sociales fundamentales y las de las normas jurídicas, ambos niveles no deben mezclarse. Por otra parte, el pluralismo ideológico de las sociedades actuales ha reducido considerablemente la identificación entre ambas esferas. En definitiva, con un objeto de conocimiento tan difuso se estaría fomentando la no realización de conductas a pesar de su legalidad²⁸¹.

Por razones parecidas se rechaza mayoritariamente que pueda identificarse conciencia de lo injusto con conocimiento de la *dañosidad social*²⁸². Aunque la misión específica del Derecho penal sea la evitación de

²⁸⁰ Opinión absolutamente predominante. *Vid.*, por todos, NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 794. Mantenido por alguna de las primeras sentencias del BGH, parece que en la actualidad sólo SCHMIDHÄUSER, (cfr. *AT Studienbuch*, 2ª ed., 7/74-75) sostiene este concepto de conocimiento de la antijuricidad en Derecho penal criminal, si bien requiere algo más que la simple inmoralidad: es necesario que el sujeto se represente una vulneración de las exigencias básicas de la convivencia social.

²⁸¹ *Vid.* PALAZZO, *RIDPP*, 1988, p. 942.944.

²⁸² Cfr., por ejemplo, NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 15 y ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 12. En realidad fue un criterio pensado en el marco de la teoría del dolo en el anterior StGB y muy influenciado por la problemática de la delincuencia nacionalsocialista que podía encontrar refugio a sus crímenes en una concepción formal del injusto; *vid.*, al respecto, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 92-98. Además, en la actualidad, su máximo valedor, Arthur KAUFMANN (*Lackner-FS*, pp. 188 y ss.), mantiene la distinción entre error sobre lo injusto del hecho –sobre la dañosidad social–, dentro de la esfera del dolo, y error sobre la antijuricidad o error de prohibición propiamente dicho. Esta postura influyó en la ya descrita propuesta de OTTO, que también identifica conciencia de lo injusto y conciencia de la lesividad social como elemento del dolo, reservando el

comportamientos socialmente lesivos, no todos ellos están prohibidos. Aparte de los problemas de indeterminación, parece claro que con dicho conocimiento no se ha obtenido todavía el conocimiento de la norma ni de su infracción.

Cuestión distinta es que dichos elementos sean *indicios* de la posible antijuricidad de una conducta y que, en condiciones normales, tales datos se asocien al carácter prohibido de un hecho. Sin embargo, por sí solos, no son base suficiente para fundamentar el conocimiento de la prohibición. El objeto del conocimiento de la antijuricidad debe ser el punto a partir del cual no es admisible el error y, a pesar del conocimiento de la inmoralidad o lesividad de un comportamiento, un sujeto puede tener razones atendibles para creer que el hecho no está jurídicamente prohibido. Los indicios del objeto no deben convertirse pues en sus substitutivos.

b) Infracción del ordenamiento valorativo material del Derecho.

1. La opinión mayoritaria en Alemania, tanto en la literatura científica como en la jurisprudencia, entiende que ser consciente de lo injusto significa saber que el hecho infringe el “ordenamiento valorativo material vinculante del Derecho” y que, por este motivo, la conducta está prohibida²⁸³. El autor debe ser consciente de la concreta afectación de ciertos valores o intereses y de que éstos gozan de protección a través del Derecho. Se trata de una mezcla en la que va unida la conciencia de la vulneración de una prohibición o mandato jurídico, esto es, de la *antijuricidad formal general*, y el conocimiento de la *antijuricidad material del hecho*²⁸⁴. Como ya se ha visto, no es suficiente con el simple conocimiento de la dañosidad social o la sensación de que lo que se hace no es correcto o es inmoral si ello no va acompañado de la idea de prohibido. Pues bien, según esta opinión, tampoco es necesario el

conocimiento de la antijuricidad formal para la culpabilidad.

²⁸³ Así, LACKNER, § 17, Nm. 2. Cfr. definiciones parecidas (conciencia de la contrariedad al valor social, del carácter vinculante general del valor afectado, etc.) en MAURACH-ZIPF, *AT I*, 8ª ed., § 38, Nm. 10-11; RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 3; JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 a); CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 17, Nm. 5.

²⁸⁴ *Vid.*, claramente, JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 a).

conocimiento del precepto concreto que haya podido ser vulnerado ni la punibilidad del hecho cometido. Una vez captada la contrariedad a Derecho y su fundamento material es indiferente saber la clase de norma que se infringe con la conducta o la clase de consecuencias que acarreará la misma. En definitiva, se trata de vincular el desvalor social o prejurídico del hecho a la existencia de una norma jurídica prohibitiva o preceptiva.

Así, por ejemplo, no actúan con conciencia de lo injusto los campesinos que mantienen relaciones sexuales consentidas con una enferma mental, conscientes de la inmoralidad de su comportamiento pero sin llegar a pensar que el hecho estaba prohibido²⁸⁵. Una persona que sin conocimiento de la otra parte graba una conversación telefónica en la que está interviniendo es perfectamente consciente de la incorrección de su proceder pero puede desconocer que ello está prohibido²⁸⁶.

?
- Art. 197 - ?

De todas formas, en algunos momentos no se llega a discernir claramente en estas posturas cuál es el papel de la prohibición formal del hecho. Por una parte parece que se trate de un elemento *implícito* al conocimiento de la contrariedad al valor jurídicamente protegido. Es decir, que con el conocimiento de este último elemento, el sujeto ya poseería todos los factores de los que necesariamente se deriva la prohibición. Pero ese caso, no se estaría muy lejos de identificar conciencia de lo injusto con conocimiento de la dañosidad del hecho, toda vez que a partir del mismo cualquier ciudadano normal prácticamente tendría que deducir la existencia de una prohibición formal. Así, por ejemplo, bastaría con saber que un comportamiento perturba el derecho a la propiedad y que éste es un interés jurídicamente protegido para derivar de ello que el hecho está prohibido y satisfacer de este modo la conciencia de lo injusto. Por otra parte, puede entenderse, por el contrario, que se exige el conocimiento de la prohibición como un elemento adicional, una relación entre hecho y ordenamiento que el sujeto debe representarse como un *plus* al conocimiento de la contrariedad al valor material²⁸⁷. Por todo ello, sin apartarse sensiblemente de la propuesta

²⁸⁵ Caso de la jurisprudencia alemana de 1954; cfr. ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 16.

²⁸⁶ Según el § 201 I StGB; *vid.* JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 a).

²⁸⁷ La ambigüedad de los planteamientos mayoritarios, estimulando cada uno de ambos aspectos según los casos, queda patente cuando, desde posiciones disidentes se les

mayoritaria, algún autor recalca que el sujeto debe tener claro que con su comportamiento vulnera reglas de conducta de vigencia general²⁸⁸. De ser así, con la mención a la contrariedad al valor jurídicamente protegido, simplemente se estaría poniendo énfasis en el denominado *carácter específicamente típico* de la conciencia de lo injusto, esto es, en la relación que debe establecerse entre la efectiva representación del carácter formalmente prohibido del hecho y las bases materiales o motivos que fundamentan concretamente dicha prohibición –*vid. infra*. p. 135–.

En definitiva, según este punto de vista, para afirmar la existencia de conciencia de lo injusto es suficiente con la creencia de estar vulnerando una norma jurídica de cualquier clase. Con lo que, desde una perspectiva psicológica, lo único que se añadiría al dolo sería una vaga idea de la contrariedad al Derecho siempre que, eso sí, se haya captado el específico contenido de injusto del hecho cometido. Sin embargo, a medida que nos adentramos en el Derecho penal accesorio²⁸⁹ y en las contravenciones²⁹⁰, los

dirigen críticas en sentido opuesto: tanto por llegar a fundirse prácticamente con la idea de lesividad social, orillando el carácter jurídico de la prohibición (así NEUMANN en NK, § 17, Nm. 18-19 y 42) como por no hacer suficiente énfasis en que la conciencia de lo injusto no tiene por objeto únicamente el perfil formal de la antijuricidad (así OTTO, *Grundkurs*, 5ª ed. § 13, Nm. 44 ; *el mismo*, *Jura*, 1990, p. 645).

²⁸⁸ ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 12. Insiste también en el carácter compuesto de la conciencia de lo injusto, antijuricidad formal y contenido valorativo de la norma, RUDOLPHI en SK, § 17, Nm. 4.

²⁸⁹ En el campo del Derecho penal en sentido estricto, se distingue entre el StGB y el *Derecho penal accesorio* (*Nebenstrafrecht*), término bajo el que se agrupan las numerosas leyes penales especiales existentes en Alemania y para las que rige también la parte general del StGB (*vid.* ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 1, Nm. 7). Sin embargo, a menudo el término Derecho penal accesorio se utiliza en un sentido algo diferente, para referirse únicamente a aquellas leyes que contienen preceptos penales pero que regulan cuestiones que, por su importancia o por la naturaleza de los delitos previstos en ellas, se alejan del núcleo del Derecho penal criminal y se aproximan a las contravenciones –por ejemplo, la Ley sobre medicamentos–. En cambio, otras leyes penales –por ejemplo, la Ley penal económica– podrían alinearse junto al StGB en las denominadas *leyes penales principales*. *Vid.* al respecto, JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 12, I y II, y, más restrictivamente, MAURACH-ZIPF, *AT*, 8ª ed., § 8, Nm. 27-28; según este último, además, la denominación *Derecho penal especial - Sonderstrafrecht*– se reservaría únicamente a las normas penales destinadas a determinadas categorías de personas, como la Ley penal militar.

²⁹⁰ A grandes rasgos (*vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 3, Nm. 6-10 y JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 7, V), el Derecho sancionador alemán está dividido en delitos (*Straftaten*) y contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*). Éstas últimas se distinguen de los delitos por la clase de sanción, multa administrativa en lugar de pena, y por el proceso de

aspectos materiales de la conducta se van desdibujando y la conciencia de lo injusto queda prácticamente reducida a la idea básicamente formal, de “no permitido” o “ilegal”.

2. La crítica más radical dirigida a la doctrina dominante, procedente de NEUMANN²⁹¹. Este autor considera inaceptable que se deduzca, sin más, la antijuricidad de una conducta del conocimiento de su relación de contrariedad con los valores jurídicamente protegidos. Si conciencia de lo injusto supone el conocimiento de que el comportamiento que se está llevando a cabo vulnera una norma jurídica, no puede saberse la relación definitiva que existe entre una conducta y el Derecho hasta que no se conoce la *decisión concreta* que ha tomado el legislador expresada mediante la *norma de Derecho positivo*. La afectación a un valor o a un interés que suele estar protegido por el ordenamiento jurídico no es un elemento del que se derive necesariamente un mandato o una prohibición, pues este interés puede entrar en conflicto con otros valores o principios y dar pie a una solución distinta a la prevista. Puesto que falta esta relación de necesidad, el conocimiento de la norma no puede ser sustituido por el conocimiento de las bases materiales de la misma. De lo contrario se dejaría al sujeto concreto prácticamente en la misma situación que el legislador, reconstruyendo su proceso de toma de decisiones. No se trata de llegar al extremo de exigir el conocimiento concreto de la norma que regula la conducta en abstracto. Basta con saber que ha existido una decisión legal al

imposición, un procedimiento administrativo en lugar de un procedimiento judicial. Aproximadamente las contravenciones alemanas se corresponderían con nuestras infracciones administrativas. Sin embargo existen mayores similitudes entre el Derecho penal y contravencional alemanes que entre el Derecho penal y administrativo sancionador españoles. En efecto, la técnica de codificación de las contravenciones es muy parecida a la de los ilícitos criminales, y en la OWiG se incluye una parte general con muchas similitudes a la del StGB. Finalmente, algo más alejado técnicamente del Derecho penal criminal, quedaría el Derecho disciplinario, destinado a las infracciones no criminales cometidas en el seno de organizaciones e instituciones: función pública, ejército, instituciones penitenciarias, educación, organizaciones profesionales, etc. (*vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 3, Nm. 11-21). Por lo que al error de prohibición se refiere, en el § 11 (2) OWiG se establece que si al autor le falta la comprensión de estar actuando ilícitamente, especialmente por desconocer la existencia o aplicabilidad de una norma jurídica, no le es reprochable su actuación siempre que no haya podido evitar dicho error. Por ello, con algunas matizaciones, cuando se discute el régimen de la conciencia de lo injusto y del error de prohibición se está incluyendo también a las contravenciones.

²⁹¹ *Vid.* NEUMANN en *NK*, § 17, Nm.18-19; *cfr.*, también, *el mismo*, *JuS*, 1993, p. 794 y s.

respecto.

Para ilustrar el razonamiento se utiliza el caso del propietario que impone condiciones de arrendamiento abusivas a sus inquilinos aprovechándose de su debilidad de voluntad (§ 302 a StGB), precepto donde se soluciona de una forma determinada una colisión entre la protección jurídica a las personas desfavorecidas y la libertad contractual: de la simple afectación del interés no puede derivarse necesariamente una norma²⁹².

3. Desde algún sector se ha intentado concretar cómo debe expresarse en la mente del sujeto esta idea de estar vulnerando un mandato o prohibición jurídica, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de reducir la conciencia de lo injusto a la sensación, más o menos vaga, de estar haciendo algo incorrecto o no permitido que apenas es distinguible de la perturbación social que comporta el hecho o de la afectación de principios ético-sociales. Para evitar estos problemas, se pone énfasis en la necesidad de que el carácter específicamente jurídico de la norma se refleje claramente en la conciencia del sujeto. Así, se ha indicado que conocer que se está infringiendo una norma del ordenamiento jurídico debe traducirse en que el autor sepa que el hecho que va a realizar puede provocar la *intervención del poder coactivo del Estado*, sea mediante una decisión judicial, una intervención policial u otras medidas adoptadas por la autoridad²⁹³.

4. En España, la cuestión del objeto del conocimiento de la antijuricidad había estado siempre muy vinculada a la distinción entre la ignorancia de la vulneración del precepto legal concreto y el desconocimiento de la contradicción de la conducta con el Derecho en general²⁹⁴, distinción que era utilizada para salvar los impedimentos legales

²⁹² De hecho, la propia tipicidad no es más que el ámbito donde primariamente se ha efectuado esta ponderación de intereses (libertad del sujeto activo, bien jurídico afectado) hasta tomar una decisión determinada.

²⁹³ STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 565; en términos parecidos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 22, concreta la comprensión de lo injusto en el conocimiento de la posibilidad de una reacción pública, de oficio o a instancia de parte y descarta que sea suficiente, por ejemplo, el conocimiento de un incumplimiento contractual. *Vid.* también ZACZYK, *JuS*, 1990, p. 891 y s.: existirá conciencia de lo injusto cuando el autor sea consciente de que su campo de actuación jurídica se expande a costa de los derechos de otras personas, y que ello puede ser resuelto mediante coacción jurídica.

²⁹⁴ *Vid. supra* p. 81.

a la relevancia del *error iuris*. Toda vez que el error sobre el carácter penal de la prohibición se identificaba con la –irrelevante– *ignorantia legis*, se había venido entendiendo que para el conocimiento de la antijuricidad como requisito del delito bastaba con el conocimiento de la contrariedad genérica al Derecho²⁹⁵. En la actualidad, la cuestión del objeto del conocimiento de la antijuricidad sigue sin ser tratada en detalle, pero algunos pronunciamientos expresos, siguiendo la línea anteriormente apuntada, se orientan en la misma dirección que la doctrina alemana mayoritaria. Así, se habla de conocimiento de la antijuricidad como conocimiento por parte del sujeto de que su conducta contraviene una prohibición legal que, trasladado a la esfera del profano, se reduciría al conocimiento de la antijuricidad material del hecho²⁹⁶. De todas formas, las menciones a la antijuricidad material son una manera de expresar que no es preciso el conocimiento del precepto concreto; se sigue pensando en la antijuricidad esencialmente como relación de contradicción con la norma como aspecto central, probablemente incluso desde una perspectiva más formal que la alemana.

5. LUZÓN PEÑA adopta una posición algo más matizada²⁹⁷. Este autor también considera preferible entender el error de prohibición como error sobre la ilicitud general del hecho puesto que, siempre que el sujeto sea sabedor de que su conducta está genéricamente prohibida, no queda perturbada plenamente su capacidad de motivación normal mediante normas jurídicas. Ahora bien, este autor admite que es muy posible que el desconocimiento de la gravedad de la prohibición, de la conminación penal,

²⁹⁵ Tanto CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 98-103, como CEREZO MIR, *Problemas fundamentales*, p. 77, n. 12, manifestaron ya tempranamente que bastaba con la conciencia de la oposición de la conducta al Derecho, sin que fuera necesario el conocimiento de la norma misma (de la *ley penal*) ni de la punibilidad. En sentido opuesto, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado VI*, 3ª ed., p. 615: “Si el agente ignora que su acto está penado por la ley, desconoce, en verdad, la prohibición”.

²⁹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *PG*, 2ª ed., p. 307, siguiendo la doctrina alemana mayoritaria. *Vid.*, también, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *PG*, 2ª ed., p. 400 y s. COBO-VIVES, *PG*, 4ª ed., pp. 601-602 y n. 38 y 39 indican que el sujeto debe conocer la valoración que el Derecho otorga a su comportamiento, básicamente en su aspecto material, no requiriéndose el conocimiento de su aspecto formal ni siendo necesario el conocimiento de la punibilidad.

²⁹⁷ *Vid.* LUZÓN PEÑA, *PG I*, pp. 462-463. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Los elementos normativos”, p. 16.

suponga una cierta *disminución* de dicha capacidad. En cualquier caso, aún en el supuesto de un error *invencible* únicamente sobre la prohibición penal, no se podría llegar al extremo de eximir completamente de pena puesto que siempre quedaría el remanente de capacidad de motivación que supone el haber captado la antijuricidad general del hecho. Por todo ello, entiende que la mejor solución es la aplicación de una atenuante analógica cuando exista un error sobre el carácter penal de la prohibición²⁹⁸.

c) *Conocimiento de la sancionabilidad o del carácter penal de la prohibición*

1. Un pequeño sector de la doctrina alemana entiende que para poder hablar del conocimiento de la antijuricidad a efectos motivatorios es precisa una valoración más específica del hecho. En este sentido, resulta muy interesante, a mi juicio, la propuesta de NEUMANN. Éste considera que es preciso que el sujeto sepa que la *respuesta estatal* a la infracción que se está cometiendo será una sanción. Conciencia de lo injusto sería conciencia de la sancionabilidad jurídica del comportamiento realizado²⁹⁹. Según ello, no es suficiente con que el sujeto sea conocedor de que viola una norma de Derecho civil, administrativo o disciplinario, sino que es preciso el conocimiento de que el comportamiento vulnera una norma que *desaprueba* el hecho y lo considera *merecedor de sanción*. Será necesaria, pues, la conciencia de estar vulnerado una norma de Derecho sancionador, sea ésta contravencional o penal³⁰⁰.

²⁹⁸ Atenuante que podría llegar a ser muy cualificada. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los elementos normativos", p. 16, añade que, ello no obstante, en algunas ocasiones esta clase de error puede no dar pie siquiera a una atenuación.

²⁹⁹ NEUMANN en NK, § 17, Nm.21-23; *el mismo*, JuS, 1993, p. 795. Este autor distingue entre la "corregibilidad" y la "sancionabilidad" de un hecho por parte del ordenamiento jurídico. En el primer caso, el ordenamiento jurídico se conforma con el restablecimiento de la situación lícita. Por contra, en el segundo, se efectúa un reproche al sujeto, su comportamiento es jurídicamente *desaprobado*. Así, por ejemplo, en relación a disposiciones vinculantes de Derecho civil, la ejecución forzosa por incumplimiento contractual será un ejemplo de corregibilidad, frente a la sancionabilidad del impago de una obligación de alimentos.

³⁰⁰ No es suficiente, en cambio, la conciencia de estar cometiendo una infracción disciplinaria (*vid.* NEUMANN en NK, § 17, Nm. 21 y 29), por tratarse de deberes específicos vinculados a las finalidades de determinadas instituciones que van mucho más

Ejemplo: Un sujeto se demora injustificadamente unos días en el pago de una obligación dineraria. En ciertas situaciones el hecho también puede ser un delito de infidelidad en la administración de patrimonio ajeno (§ 266 StGB)³⁰¹. Perfectamente consciente de que la falta de pago inmediato constituye un incumplimiento civil –hecho meramente “corregible”– el sujeto puede sin embargo no haber actuado con conciencia de lo injusto en relación al delito de infidelidad³⁰².

La idea de la sancionabilidad se distingue de la posición de STRATENWERTH y JAKOBS en que éstos comparten con la doctrina mayoritaria el mismo *objeto* de referencia de la conciencia de lo injusto y simplemente precisan cuál es el *contenido* de la conciencia de dicho objeto, expresan cómo el ciudadano común se representa la idea “prohibido”. Por contra, NEUMANN restringe el propio objeto a la vulneración de una norma que valora el hecho como merecedor de sanción.

2. Finalmente, quedan quienes opinan que conciencia de lo injusto comporta el conocimiento del carácter *penal* de la prohibición del hecho. Su más conspicuo representante es F.C. SCHROEDER³⁰³. Para este autor, existe una gran diferencia entre si el ordenamiento jurídico, por ejemplo, amenaza un comportamiento con una pena criminal o bien prevé meramente la obligación de indemnizar unos daños. Cuando un sujeto yerra sobre la *punibilidad*³⁰⁴ del hecho que está realizando no incurre simplemente en un

allá de lo exigido por las normas generales del Derecho.

³⁰¹ Por los costes económicos que comportará al patrimonio que se administra el incumplimiento de una obligación que podría haberse satisfecho en tiempo y forma.

³⁰² NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 21. Otro ejemplo, (*ibidem*, Nm. 29): un maestro puede ser consciente de que un correctivo corporal mesurado a un alumno va a ocasionarle responsabilidad disciplinaria y, sin embargo, obrar simultáneamente en error de prohibición respecto al delito de malos tratos y lesiones.

³⁰³ *Vid.* SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 7-8. Últimamente también, KORIATH, *Jura*, 1996, p. 113. Esta posición, apenas defendida hasta hace poco en Alemania, tiene como prestigioso antecedente a FEUERBACH. Desde su *teoría modificada del dolo*, también considera que en el § 17 StGB se exige el conocimiento de estar infringiendo un precepto penal OTTO, *Jura*, 1990, p. 648 y el mismo, *Grundkurs*, 5ª ed. § 13, Nm. 41; cfr., en idéntico sentido, GEERDS, *Jura*, 1990, p. 430. También se centra en el conocimiento de la relevancia penal de la conducta infractora GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 111 y s. y 135

³⁰⁴ Correctamente (*vid.* LUZÓN PEÑA, *PG I*, p. 462; VENEZIANI, *Foro it.*, 1995, II, p. 504; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO en ROXIN, *PG*, § 12, Nm. 104)) se ha señalado que la denominación conciencia de la “punibilidad” (*Strafbarkeit*) no es acertada puesto que en

error sobre las consecuencias jurídicas de la infracción, sino que desconoce el específico juicio de desvalor expresado en la norma penal y, por tanto, incurre en un error sobre la prohibición³⁰⁵, hasta el punto que el simple conocimiento de la “contravencionalidad” de la infracción cometida no podría substituir a la conciencia de la punibilidad.

No obstante, debe remarcarse que tanto NEUMANN como SCHROEDER aceptan que los supuestos en que existe conciencia de la antijuricidad general del hecho en concurrencia con un error sobre la sancionabilidad o el carácter penal de la prohibición, a menudo tales casos pueden no ser merecedores de la atenuación prevista para el error de prohibición³⁰⁶.

3. También un sector de la doctrina española se muestra partidario de identificar el objeto del conocimiento de la antijuricidad del hecho con el conocimiento de que el hecho es un ilícito penal, basándose en que sólo entonces se habrá conocido plenamente el significado antijurídico del mismo³⁰⁷. Según SILVA SÁNCHEZ³⁰⁸, ello se justificaría porque las normas penales no son meramente sancionatorias sino que expresan una cualidad material de la conducta, el *merecimiento abstracto de pena*.

BACIGALUPO es el jurista hispano que ha llegado más lejos en esta dirección. Considera que el sujeto debe poder ser consciente de la *desaprobación jurídico-penal* del hecho cometido, desaprobación que depende básicamente de la amenaza penal prevista para el mismo, es decir, de su

ella se entremezclan dos cuestiones distintas: el problema del error sobre la *prohibición penal* del hecho y el error sobre elementos de la punibilidad como categoría sistemática en la teoría jurídica del delito. SCHROEDER (*LK*, § 17, Nm. 7) se refiere a la primera de ellas, puesto que utiliza como sinónimo a la conciencia de la punibilidad, la conciencia de la antijuricidad penal (*Strafrechtswidrigkeit*).

³⁰⁵ Es decir, que el objeto de la conciencia es el especial desvalor del hecho que contiene la norma, si bien ello normalmente se expresará en el ciudadano corriente con la conciencia de la punibilidad de la conducta.

³⁰⁶ Vid. NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 84 y SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 7.

³⁰⁷ MIR PUIG (*El Derecho penal en el Estado*, p. 72, n. 109) ya manifestó tempranamente su interés por estas posiciones en Alemania. Actualmente se pronuncia a favor del conocimiento de la antijuricidad penal en *PG*, 4ª ed., Lec. 21 Nm. 22

³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 647-648 y n. 3; *cfr.* también, *Aproximación*, p. 403.

*punibilidad*³⁰⁹. Según este autor, la completa dimensión de la lesión normativa que comporta una conducta no puede aprehenderse simplemente por el conocimiento de la norma sino que, además, debe tenerse presente la *amenaza de sanción* dirigida contra la violación de aquélla³¹⁰. Si en la culpabilidad se determina la capacidad de motivación del sujeto, deben tenerse en cuenta ambos factores.³¹¹ Por tanto, es necesario que el autor sepa que realiza un hecho que está amenazado con pena si bien no es preciso conocer la magnitud de la misma. En definitiva, junto al error sobre la prohibición, en el sentido de la doctrina mayoritaria, debe tenerse en cuenta también el error sobre la desaprobación penal, puesto que quien obra en tal situación se encuentra, desde la perspectiva de la motivación, en las mismas condiciones que quien actúa en error de prohibición³¹².

4. El rechazo mayoritario a la noción de conocimiento de lo injusto como sancionabilidad genérica o específicamente penal puede resumirse en dos argumentos expresados por ROXIN³¹³. En primer lugar, uno de índole básicamente práctica: la distinción tendría muy poca incidencia puesto que el ciudadano corriente identifica casi siempre prohibición con prohibición penal, es decir, suele tener una representación de lo jurídico-penalmente prohibido muy superior al real³¹⁴. En segundo lugar, un argumento de

³⁰⁹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 2ª ed., pp. 187 y ss.; *el mismo*, CPC, 1978, pp. 16-20. Lo más característico de su posición es que lleva su planteamiento hasta el punto de que el error sobre la amenaza penal no se producirá sólo cuando el sujeto erre sobre el carácter penal de la prohibición, sino también cuando cualquier elemento le lleve a hacer pensar que su conducta no es merecedora de pena, con lo que incluye también el error sobre los elementos que integran la categoría sistemática de la *punibilidad*. Vid., también, (sin pronunciarse al respecto), ZUGALDÍA ESPINAR, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA- RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal*, p. 32; utiliza también el concepto "error sobre la desaprobación jurídico-penal", PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 71. Crítico al respecto, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, p. 477. Abierto también a conceder relevancia al error sobre las excusas legales absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, si bien por la vía de la inexigibilidad, BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 4ª ed., pp. 517-518.

³¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, *CPC*, 1978, p. 17.

³¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 2ª ed., p. 176.

³¹² Ello motivaría una aplicación analógica de la regulación del error de prohibición, el art. 6 bis a) III del ACP, vigente en el momento de efectuarse la propuesta.

³¹³ ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 13.

³¹⁴ Vid. la respuesta de VENEZIANI, *Foro it.*, 1995, II, p. 505: si bien ello es cierto

fondo: el conocimiento de que un determinado hecho está prohibido debe ser suficiente para motivar un comportamiento conforme a Derecho; si ello es conocido, el resto sólo son especulaciones sobre la mera impunidad que no merecen ninguna atenuación³¹⁵.

Ello se ilustra con el ejemplo de quien sabe que con la utilización de un vehículo automóvil ajeno está cometiendo una conducta prohibida por ser una apropiación no permitida por el Derecho privado, si bien no tiene ni idea de que ello constituya un delito. Tal sujeto ni se encontraría en un error de prohibición ni merecería una atenuación de la pena³¹⁶.

Debe señalarse que este último razonamiento se sustenta sobre la aceptación de dos premisas³¹⁷. La primera consiste en que el contenido material específico de injusto ha sido correcta y plenamente captado. La segunda se refiere a que, al menos en las zonas fronterizas de las distintas ramas del Derecho, la diferencia entre un ilícito penal y un ilícito administrativo o civil es sólo *cuantitativa*, es decir, no hay elementos específicos que caractericen materialmente un injusto frente a otro. En tales condiciones, el simple error sobre el carácter penal de la prohibición no supondría ningún déficit sobre los elementos constitutivos de lo injusto del hecho: el contenido de la norma de conducta y su juicio de desvalor han sido perfectamente captados, junto con su carácter obligatorio, por el autor, con lo que este sujeto posee todos los datos que han de impulsarle a un comportamiento conforme a la norma. La norma ha sido elevada a motivo de su comportamiento³¹⁸. Llegados a este punto, cualquier error se

en el campo del Derecho penal convencional, en el Derecho penal accesorio debe primar una conciencia más tecnico-jurídica.

³¹⁵ *Vid.*, también, STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 562. Obsérvese que se trata de una *decisión* acerca de cuándo se ha recibido suficiente motivación, por lo que, por ejemplo, también la percepción de la mera lesividad podría entenderse como suficiente para motivar comportamientos fieles al Derecho. Es más, en realidad ya lo es, puesto que, en circunstancias normales, dicho conocimiento permite fundamentar un error de prohibición *vencible* y atribuir el hecho a su autor. Las fronteras entre conciencia y error son pues normativas ya que no las predetermina exactamente su objeto de conocimiento.

³¹⁶ ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 13.

³¹⁷ *Vid.* RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm.6.

³¹⁸ En este planteamiento subyace la teoría de las normas de BINDING como mandatos del Derecho anteriores a la ley penal, que desempeña simplemente un carácter sancionador. Así lo reconoce MAURACH, *Tratado I*, p. 258 y s. y *II*, p. 151 al considerar que todo error sobre el carácter penal afecta únicamente a las consecuencias del delito.

reduciría a la mera creencia de que la realización del hecho *percibido como prohibido* no será sancionada penalmente. Consiguientemente no hay ningún error *sobre* lo injusto y no procede la aplicación del error de prohibición. A lo sumo algún autor acepta la posibilidad de una menor culpabilidad en comparación con quien comete el hecho con plena conciencia de estar cometiendo un delito, pero siempre en el seno del marco penal ordinario³¹⁹.

3. Conocimiento de lo injusto específico del hecho

1. Las auténticas diferencias entre las dos posiciones principales acerca del objeto del conocimiento de la antijuricidad no podrían calibrarse por completo si no se tiene en cuenta que existe acuerdo general respecto a que la conciencia de la antijuricidad debe emanar de la norma concreta vulnerada, esto es, debe aprehenderse el contenido específico de injusto del correspondiente tipo realizado. Para evitar que el conocimiento de la antijuricidad se convierta en un mero enjuiciamiento ético y no legal del hecho por la vía de la valoración paralela del profano o que quede reducido a una conciencia abstracta de prohibición, como relación meramente formal, se exige que dicha conciencia se fundamente en aquellos elementos del hecho sobre los que se asienta la norma concreta y cuya vulneración se atribuye al autor³²⁰. No basta pues con la sensación de estar haciendo algo prohibido, o que lo está en relación a lo injusto de otro tipo, sino que debe captarse el específico contenido de injusto de la infracción de que se trate. Sólo a través del conocimiento correcto del contenido de valor de la norma afectada, el ciudadano puede determinar su conducta teniendo en cuenta la consideración que el Derecho tiene realmente de su comportamiento³²¹. En definitiva, es

Cfr., al respecto, TORÍO LÓPEZ, *ADPCP*, 1975, pp. 25-30, BACIGALUPO ZAPATER, *CPC*, 1979, pp. 8-9 y GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, pp. 76 y ss. y 474 y ss.

³¹⁹ Vid. STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 563 y ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 13. En España, con particularidades, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (*vid. supra* n. 297).

³²⁰ STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm.566 y ARTZ en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 1041. Doctrina absolutamente dominante: *vid.* JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 d).

³²¹ ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 16.

preciso el conocimiento de los aspectos socialmente lesivos por los que el hecho está prohibido.

Ejemplo: Un padre obliga a su hijo, menor de edad, a la práctica de la mendicidad y para ello recurre a las amenazas e, incluso, a la violencia. La conciencia de la antijuricidad de su proceder en relación a la afectación de la seguridad e integridad física del niño no exonera de la necesidad de constatar también el conocimiento de la antijuricidad de la utilización del menor para la mendicidad para poder imputar plenamente al padre un delito del art. 232.2 CP.

2. Sobre este requisito de *especificidad* se sustenta la llamada *divisibilidad de la conciencia de lo injusto*, que permite solucionar algunas situaciones especiales de error, evitándose de esta forma incurrir en el *versari in re illicita*. Así, en caso de concurso ideal es necesario determinar el conocimiento de la antijuricidad en relación a cada uno de los delitos concurrentes, de tal manera que puede existir error de prohibición respecto a uno y plena conciencia de la antijuricidad respecto a otros³²². También por esta vía se concede relevancia al *error de prohibición doble*: la falta de conciencia de lo injusto del hecho (error de prohibición) no puede ser sustituida por la conciencia de un injusto imaginario (delito putativo)³²³.

Más problemática es la cuestión en caso de *tipos cualificados*, o en los delitos especiales impropios, donde se discute si es suficiente la conciencia de lo injusto del tipo básico o común –como lo entiende la jurisprudencia³²⁴ – o

³²² Doctrina absolutamente dominante en Alemania (*vid.*, por ejemplo, CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 17, Nm. 8, JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 d o LESCH, *JA*, 1996, p. 504), incluida la jurisprudencia que ha abandonado reticencias pasadas, basadas en que el conocimiento de la antijuricidad de uno de los delitos bastaba para omitir la conducta constitutiva de diversos delitos. Se citan recurrentemente dos casos como el siguiente, que fueron objeto de resoluciones contrarias por parte del BGH: un padrastro mantiene relaciones sexuales con su hijastra menor de edad consciente del delito de abuso sexual a persona sometida a su custodia y no, en cambio, de un delito de incesto impropio; si bien inicialmente se rechazó la existencia de error de prohibición respecto a este segundo delito, posteriormente el BGH aceptó el error por ser el autor un alemán de origen balcánico y no ser delito el incesto impropio en su país de origen; cfr. éste y otros ejemplos en ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 16.

³²³ Ejemplo (ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 18): un tío seduce a su sobrina de quince años con la finalidad de yacer con ella, sin conciencia de que ello está prohibido hasta los dieciséis años (§ 182 StGB). Sin embargo cree, erróneamente, que se trata de un delito de incesto.

³²⁴ Cfr. las referencias en RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm.9.

bien es precisa una conciencia de lo injusto específica del tipo cualificado o especial –como lo concibe la doctrina científica mayoritaria³²⁵–. En este punto se ha indicado³²⁶ que seguramente la cuestión crucial estriba en determinar si entre los diferentes tipos en juego existen diferencias puramente *cuantitativas* en relación al contenido de injusto o si las mismas son *cualitativas*. Es decir, si se presenta una situación de *pluriofensividad*, en cuyo caso el conocimiento de la antijuricidad es divisible y puede entrar en juego un error de prohibición, o si únicamente se trata de un problema de mayor intensidad de la lesión sin cambios cualitativos, en cuyo caso se trata simplemente de un error irrelevante sobre la magnitud de la pena.

Ejemplos: Puede existir error de prohibición en relación a un delito de difamación de los órganos constitucionales (§ 90 b StGB) cuando se actúa simplemente con la conciencia de lo injusto de las injurias. Sería irrelevante, en cambio, el error de quien yerra sobre la cantidad de droga a partir de la cual se agrava la pena del delito de tráfico de estupefacientes.

Esta precisión seguramente recoge el espíritu de la tendencia general, puesto que la mayoría de casos barajados por la doctrina para expresar la divisibilidad de la conciencia de lo injusto en caso de errores respecto a cualificaciones o tipos especiales se refiere a situaciones de *pluriofensividad*³²⁷. De todas formas, la posibilidad de que en la práctica se presenten estos supuestos es pequeña, – máxime si es suficiente con la valoración paralela en la esfera del sujeto, – con lo que la prueba de conciencia de lo injusto genérica de esa clase de delitos prácticamente

³²⁵ *Vid.*, por todos, RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm.8-10.

³²⁶ *Vid.* NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 37; los ejemplos que se indican a continuación proceden de este mismo autor. ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 17, n. 29 considera correcta esta distinción.

³²⁷ *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 27: robo a conductores de automóviles en tránsito (§ 316 a StGB), no siendo consciente del aspecto lesivo para la seguridad en el tráfico. *Vid.* también ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 17 y SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 15. Incluso RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 8, quien seguramente efectúa un planteamiento más extremo al admitir error tanto en la *calidad* como en el *grado* de *injusto*, entiende que si a la conciencia de lo injusto del tipo básico se le une el perfecto conocimiento de todos los elementos que determinan la mayor lesividad del bien jurídico, necesariamente se es consciente también del grado de injusto cometido. A mi juicio, el problema estriba básicamente en precisar hasta qué punto el conocimiento de los aspectos que determinan la mayor lesividad *no forman* ya parte del dolo.

absorberá todas las posibles modalidades agravadas³²⁸. Por otra parte, adviértase que en algunos de estos supuestos de falta de conocimiento específico subyace un concurso de leyes (así en el caso de delitos comunes y especiales), en el que la existencia de conciencia de la antijuricidad –o, al menos, la ausencia de error de prohibición inevitable– determinará cuál es la norma que finalmente debe ser aplicada³²⁹.

3. Como puede verse, aunque concentrado esencialmente en el campo de los concursos, la idea de especificidad y divisibilidad de la conciencia de lo injusto va introduciendo elementos de concreción de su objeto de manera que se va aproximando al conocimiento técnico del tipo penal concreto³³⁰. En realidad, la comprensión del auténtico contenido de lesividad de una conducta muy a menudo sólo será posible si se representa la posibilidad de que el hecho esté jurídico-penalmente prohibido³³¹. En cualquier caso, llama la atención que se esté exigiendo una comprensión del significado del tipo y se siga sin dar valor al hecho de que se sepa si la conducta está jurídico-penalmente tipificada o no, cuando en algunos casos para el ciudadano corriente la auténtica comprensión del sentido de lo injusto del hecho es menos asequible que el conocimiento formal del carácter penal de la prohibición.

4. Valoración

1. Debe señalarse que las diferencias entre las posiciones mayoritarias y quienes abogan por el conocimiento del carácter penal de la prohibición u

³²⁸ Vid. SCHROEDER en LK, § 17, Nm. 15.

³²⁹ En nuestro país la situación puede ser incluso más compleja, dada la cláusula de atenuación obligatoria del error de prohibición vencible. Así, podría resultar que el marco penal aplicable en relación a la norma preferente infringida en error de prohibición vencible fuera *menor* al correspondiente a la infracción de la norma desplazada cometida con plena conciencia de lo injusto. De todo ello se deriva que, probablemente, el concurso de leyes no puede solventarse hasta que no se hayan contrastado también la *infracción personal* de cada una de las normas cuya aplicación está en litigio.

³³⁰ Vid. ARTZ en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, p. 1041.

³³¹ Vid., en este sentido, JAKOBS, AT, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 23; también SCHROEDER en LK, § 17, Nm. 7. Admite que la vinculación al tipo concreto de la conciencia de lo injusto supone una aproximación a la conciencia de la punibilidad, ROXIN, AT I, 3ª ed., § 21, Nm. 16.

otras similares no son tan considerables como podría pensarse. En primer lugar, porque al juzgar estas últimas propuestas deben evitarse confusiones entre lo que es el objeto de conocimiento (la contrariedad de la conducta a una norma jurídico-penal) y la representación mínima que del mismo ha de tener el sujeto para estar motivado normativamente, es decir, el *reflejo* psicológico de tal objeto una vez pasado por el tamiz de la valoración paralela en la esfera del profano y, especialmente, del conocimiento eventual. Así, la representación de que el hecho está genéricamente prohibido puede ser, en ciertas circunstancias, el reflejo motivatorio mínimo a partir del cual el ciudadano debe contar con la seria posibilidad de la existencia de una norma penal que proscriba su comportamiento³³². La cuestión del objeto es sólo un elemento parcial en la configuración del conocimiento de lo injusto, quedando todavía por determinar el resto de factores que lo componen así como el propio papel de dicho conocimiento en la atribución de responsabilidad. El modelo que suele utilizarse para criticar a los partidarios del carácter penal de la prohibición es el de un sujeto que, sin estar informado y sin distinguir claramente nada, alega un error sobre la punibilidad. Pues bien, la respuesta es –salvo que se defienda un subjetivismo extremo– que normalmente en estos supuestos no existe un error sobre el carácter penal de la ilicitud del hecho y, en todo caso, se trata más de un problema de delimitación del conocimiento eventual de lo injusto que de su objeto.

Por otro lado, se produce también una notable aproximación de posiciones a partir de la admisión del carácter específicamente típico de la conciencia de lo injusto por parte de la doctrina dominante. Así, en muchos casos en los que el sujeto se representa que su hecho puede ser un ilícito civil o administrativo pero no atina en que se trata de un ilícito penal, no se produce un simple problema de etiquetamiento defectuoso de la norma o un error sobre las posibles consecuencias de la infracción sino que realmente el sujeto se representa lo injusto de una norma (real o imaginaria) distinta. En los ejemplos apuntados por NEUMANN del maestro de escuela o del retraso en el

³³² SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 7: “la conciencia de la infracción de normas civiles o administrativas puede ser suficiente para el conocimiento eventual de la correspondiente norma penal, pero lo que importa en último extremo es la antijuricidad penal”.

cumplimiento de una obligación de pago (*supra* p. 131), la norma disciplinaria o civil abarca aspectos de la situación diferentes a los contemplados por la norma penal. En efecto, en condiciones normales, una mala o insuficiente comprensión de la auténtica significación del hecho (por tanto, un desconocimiento del injusto específico de un hecho) puede explicar la falta de conocimiento de la antijuricidad penal del mismo a pesar de que el sujeto detecte simultáneamente su carácter ilícito en relación a otras normas que regulan aspectos total o parcialmente distintos de su conducta. En otras palabras, siempre que se produzca una situación de concurso ideal entre normas de diferente naturaleza, el principio de divisibilidad de la conciencia de lo injusto puede explicar aparentes errores sobre el carácter penal de la prohibición del hecho.

En conclusión, las posiciones están mucho más próximas de lo que aparentan inicialmente: ni el conocimiento del carácter penal de la prohibición desemboca en mares de impunidad, ni la conciencia de la antijuricidad general del hecho se extiende ilimitadamente.

2. Ciertamente, en muchas ocasiones, la necesidad de percibir el carácter penal de la prohibición no tendrá mucha transcendencia, puesto que el ciudadano no suele discernir con claridad la diferencia entre una infracción penal y un ilícito administrativo, o incluso civil, y se limita a considerar que el hecho es más o menos grave. Esta sensación de gravedad unida a los criterios de conciencia eventual serán normalmente suficientes para descartar el error, máxime si se tiene en cuenta la tendencia de la población a ampliar el círculo de lo penalmente prohibido. Sin embargo, los planteamientos mayoritarios pueden presentar algunos problemas cuando el ciudadano sí se ha planteado seriamente las diferentes opciones. Ello sucede, por ejemplo, cuando se ha excluido expresamente la posibilidad de estar cometiendo un delito, sin descartar (o, incluso, conociendo perfectamente) la posibilidad de estar cometiendo una infracción administrativa o incumpliendo obligaciones de naturaleza civil³³³. Puede servir de ilustración

³³³ También cuando el legislador se aleja inopinadamente del ámbito más habitual del Derecho mediante delitos en los que probablemente los principios de proporcionalidad, intervención mínima, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos están en cuestión.

un caso de la jurisprudencia italiana:

En 1992, con motivo de la limpieza de sus instalaciones, una cooperativa lechera vierte a un río aguas contaminadas que superan los límites legalmente admitidos. El gerente responsable de las instalaciones obraba convencido de que tales vertidos constituían una *infracción administrativa*. En efecto, en esos momentos, la jurisprudencia menor y la doctrina, de forma mayoritaria, consideraban que la ley que tipificaba diversas *contravenciones* en esta materia sólo era aplicable a los vertidos provenientes de instalaciones industriales, mientras que, en el caso de otros usos, se trataba únicamente de un ilícito administrativo. Sin embargo, el TS italiano mantuvo, a partir de 1993, una interpretación más amplia de dicha ley y entendió que todo vertido que superara los límites legalmente establecidos era delictivo, con indiferencia de la clase de instalaciones que lo originase³³⁴.

Se trata de casos en los que el conocimiento perfecto de la antijuricidad genérica del hecho puede coincidir con el desconocimiento invencible del carácter específicamente penal de la prohibición, sin que el problema, por otro lado, sea solventable a través del recurso a la condición específicamente típica de la conciencia de lo injusto, puesto que en este caso se habrían captado perfectamente las bases materiales en que se fundamenta dicha infracción y, simplemente, no se habría atribuido –de forma inevitable– naturaleza penal a la misma³³⁵. En estas situaciones tampoco

³³⁴ Caso de la jurisprudencia italiana, comentado por VENEZIANI, *Foro it.*, 1995, II, pp. 498-512.

³³⁵ Es probable que, en este caso concreto, el gerente sólo descubriera el caos normativo existente una vez cometida la infracción y que, simplemente, lo instrumentalizara en su defensa. De todos modos, se trata de uno de esos supuestos en los que la adopción de una conducta atenta al Derecho tampoco hubiese permitido obtener el conocimiento de la antijuricidad (penal), en cuyo caso la doctrina admite, al menos cuando se trata de la antijuricidad general, la existencia de un error de prohibición invencible (*vid.*, por todos, NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 81-82). Todo ello, a reserva del papel de la jurisprudencia en la determinación del ámbito de lo prohibido por la norma penal: ¿era realmente típica esa conducta en 1992? Por otra parte, una posible solución a algunos casos de situaciones jurídicas objetivamente controvertidas sería el que se ofrece, en el marco del conocimiento eventual de la antijuricidad, a las *dudas irresolubles* (*vid. infra* p. 164). Ciertamente, ello es de utilidad cuando la duda estriba en si el hecho está prohibido o permitido, pero no cuando se duda acerca de si el hecho es delictivo o bien constituye alguna otra clase de ilícito, puesto que entonces existiría conciencia de la segura antijuricidad (general) del hecho. Por tanto, si supuestos como el del ejemplo italiano son merecedores de algún tratamiento específico, ello sólo es posible desde la perspectiva del objeto del conocimiento de lo injusto.

suelen existir diferencias cualitativas entre los supuestos de hecho objeto de prohibición penal o administrativa. La única distinción radica precisamente en estar reguladas por una u otra clase de norma. Por otra parte, tampoco se presentaría entre tales infracciones una estructura de concurso ideal, ámbito en el que la *divisibilidad* de la conciencia de lo injusto mejor desempeña su función, sino de *concurso de leyes*³³⁶. En algunos casos, a pesar de todo, todavía podrían mantenerse las distancias si el cambio de clase de ilícito comportara un cambio de destinatario de la norma. Así, cuando el responsable de la depuradora de la empresa descarta el delito ecológico, deja de enfrentarse a una norma personalmente dirigida a él y se representa una norma probablemente dirigida a la persona jurídica, es decir, una norma cualitativamente distinta y no destinada a su motivación.

De todas formas, en muchos otros casos la responsabilidad seguirá siendo, total o parcialmente personal.

Ejemplo: Tras leer unas noticias de prensa equívocas, en las que se confunde la interposición de una cuestión de constitucionalidad con una declaración de inconstitucionalidad, un ciudadano, molesto por los modales de un agente de policía, se niega educadamente a someterse a una prueba de alcoholemia (sin ofrecer resistencia alguna ni pretender reincorporarse a la circulación), sabiendo que existe la obligación de hacerlo, pero creyendo que su negativa no es constitutiva de delito³³⁷. Se produce una falta de conocimiento del carácter penal

³³⁶ De aceptarse la relevancia del error sobre el carácter penal de la prohibición, se ha señalado (*vid.* MUCCIARELLI, *RIDPP*, 1996, p. 269) que podrían producirse situaciones absurdas, especialmente cuando el sujeto cree que sólo está cometiendo un ilícito administrativo, puesto que, se dice, el hecho no se podría castigar ni por el delito cometido, no representado pero existente, ni por la infracción administrativa, representada pero inexistente. Tal vez ello sea más frecuente en Derechos penales profundamente administrativizados, pero no creo que este vacío fuera posible en el caso español, donde en la mayoría de ocasiones el supuesto de hecho del ilícito penal coincide con el núcleo del supuesto de hecho del ilícito administrativo (así, por ejemplo en delito ecológico, urbanístico, tráfico automovilístico, etc.). Por tanto, la infracción administrativa no sólo ha sido imaginada por el sujeto *sino que se produce realmente*. En condiciones normales, si la coincidencia es plena con el ilícito penal, sólo se castiga por este último para evitar un *bis in idem*, esto es, se aprecia un *concurso de leyes* (*vid.*, al respecto, MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec 27, Nm. 65 y ss.). Ahora bien, en caso de no sancionarse el ilícito penal por un error de prohibición invencible, no veo motivos por los que no pueda procederse por el ilícito administrativo subyacente si se cumplen todos los requisitos del mismo.

³³⁷ *Vid.* también el ejemplo de la circulación sin placas de matrícula (*supra* p. 122) y los problemas similares que se presentan en caso de delitos de malversación impropia

de la prohibición junto a una plena y específica conciencia de lo injusto general.

Por consiguiente, a pesar de todo, las diferencias entre las distintas posturas en ciertos casos son reales y no parece, pues, que puedan diluirse definitivamente a través del conocimiento eventual de la antijuricidad y del carácter específicamente típico de la conciencia de lo injusto.

3. Así las cosas, una primera salida posible es reafirmarse en que, siempre que el sujeto haya identificado correctamente la norma de conducta contenida en los preceptos penales y la contrariedad de su comportamiento a la misma, queda agotada toda la significación antijurídica del hecho; no restan elementos identificadores del desvalor de su conducta que no hayan sido representados y, por tanto, en tales supuestos se presenta simple y únicamente un error sobre las consecuencias jurídicas del hecho. Sin embargo, soy de la opinión de que es más acertado centrar el objeto del conocimiento de la antijuricidad en el conocimiento del carácter penal del ilícito cometido, en la existencia de una decisión del legislador que incrimina dicha conducta y que la considera merecedora de pena.

En efecto, el error sobre la prohibición penal del hecho no sólo puede tener trascendencia en tanto que *reflejo* de que el contenido de injusto del hecho no ha sido correctamente captado, es decir, por ser mero indicio del pretendido error. A menudo el desconocimiento del carácter penal de la antijuricidad no sólo es un *síntoma*, sino la *causa* de dicho error sobre el contenido específico de injusto del hecho. Cabe preguntarse si, en muchas conductas, especialmente en aquéllas que por su contenido material presentan más dudas sobre el carácter de su ilicitud, no es la propia prohibición penal la que las provee de parte de su sentido social, de gravedad cualificada, elemento que, sólo con el tiempo, pasará a formar parte del sentido del propio hecho sin necesidad del conocimiento del carácter penal de la prohibición. Difícilmente puede captarse la dimensión social de los delitos valorativamente más neutros sin el enriquecimiento que supone el saber que son merecedores de la pena. Es más, el ciudadano ordinario afronta muchos de estos hechos desde una perspectiva básicamente formal, substituyendo la pretendida conciencia reflexiva de lo injusto específico del

(*infra* p. 212).

hecho por el simple dato de su gravedad que le transmite precisamente el conocimiento de la prohibición penal. Aunque tal vez no pueda efectuarse una distinción *cualitativa* entre ilícitos fronterizos de distinta clase, el acto de tipificación legislativa otorga al ilícito penal un grado de intolerabilidad, de gravedad cualificada, del que estaría desprovisto sin la prohibición penal del mismo o que, cuando menos, no es posible captar sin el conocimiento de la prohibición penal³³⁸.

Es más, aunque se aceptara que el desconocimiento del carácter penal de la prohibición no supone un déficit de conocimiento del desvalor jurídico del hecho y que, formalmente, no es posible efectuar distinciones entre la pretensión de obediencia general que existe tras todos los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico³³⁹, creo que es excesivo concentrar todo el peso motivacional de la norma de conducta en la decisión de prohibir y dar un papel secundario a la decisión de prohibir bajo pena. A mi juicio, tan importante como la decisión de prohibir una conducta es prohibirla jurídico-penalmente³⁴⁰. La definición como *delito* de un hecho tiene un grave efecto estigmatizador de dicha conducta –y del propio autor– y abre las puertas a una intervención estatal de gran intensidad y de carácter altamente personal –no sólo mediante la pena sino también mediante el proceso–. Desde una perspectiva motivacional, todo ello no es un simple aditivo, un aspecto secundario, puramente cuantitativo y accesorio que refuerza el carácter prohibido del hecho. Privar a la prohibición de todo ese contenido de sentido cuando un sujeto debe administrar racional y responsablemente su esfera de libertad personal es empobrecer la función de

³³⁸ *Vid.* ya el propio MEZGER, *Tratado II*, pp. 139-140: “Si el Derecho vigente quisiera llevar hasta el extremo el pensamiento de la culpabilidad, debería exigir en el dolo el conocimiento de la punibilidad de la acción. Pues, en realidad, sólo comete dolosamente la acción el que ha captado totalmente, por completo, la significación de la misma; y a ello pertenece sin duda el saber de la significación que le atribuye al castigarla, el ordenamiento jurídico.”

³³⁹ Que la pretensión (y la expectativa) de cumplimiento incondicionado que existe tras un imperativo emanante de una norma penal sea la misma que la existente en Derecho administrativo o Derecho privado posiblemente sea correcta desde el punto de vista lógico-formal, pero no desde otras perspectivas.

³⁴⁰ Así, por ejemplo, más importante que el hecho de que el consumo de ciertas drogas sea ilegal es que lo sea jurídico-penalmente.

motivación de la norma *penal*.

4. Por otra parte, la equiparación de sentido de todos los mandatos y prohibiciones jurídicas a efectos de atribución de la responsabilidad *penal* – especialmente en unos tiempos de expansión y administrativización del Derecho penal– supone una distribución de riesgos bastante desfavorable para el ciudadano, que se vería obligado a contar con la posibilidad de una sanción penal siempre que detectase la existencia de una prohibición. Tal distribución resulta poco matizada y tendente a una exigencia de obediencia ilimitada al Derecho en su conjunto y no simplemente de respeto a las exigencias básicas recogidas en el Derecho penal. Limitar la conciencia de la antijuricidad como requisito de la responsabilidad penal a la ilicitud general del hecho obliga a mantener una sospecha permanente de punibilidad sin admitir que pueda ser racionalmente disipada. No veo por qué debe verse beneficiado quien, por desidia o indiferencia, ha mantenido al Derecho completamente al margen de su actuación frente a quien, dispuesto a respetar sus líneas esenciales, no puede, invenciblemente, introducir el carácter penal de la prohibición en su toma de decisiones. Al requerir un conocimiento del carácter penal de la norma no se trataría de premiar al cínico o al indiferente hacia el Derecho, sino de ofrecer mayor margen de maniobra al ciudadano preocupado por obtener orientación en un ordenamiento jurídico cada vez más complejo y devolver a las instancias pertinentes –los asesores legales, el legislador, los órganos judiciales– parte de los “costes de la confusión”.

Por último, político-criminalmente no parece que esta propuesta presente graves lagunas de punibilidad. Primeramente porque, en la mayoría de casos en los que se plantea falta de conocimiento de la antijuricidad, la prohibición penal del hecho ya está siempre en el horizonte del sujeto³⁴¹. Y, en segundo lugar, porque no se está proponiendo que sólo sea plenamente imputable un hecho cuando se tenga la absoluta certeza del carácter penal de la norma que se ha infringido, sino, simplemente, que dicho carácter forme

³⁴¹ Así, en caso de error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación, en las dudas acerca de la validez de la norma penal, en muchos casos de error de subsunción: *vid.* SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 7.

parte del objeto del conocimiento de la antijuricidad, el referente sobre el que modelar la atribución del hecho y distribuir los riesgos de la orientación normativa. La trascendencia de dicha propuesta consistiría básicamente en la posibilidad de tener en cuenta en la determinación de la vencibilidad del error de prohibición que el conocimiento del carácter prohibido del hecho es la meta final en el establecimiento de una motivación óptima. Por lo demás, ya se ha señalado que con el conocimiento de la antijuricidad general del hecho, cuando éste va unido a la comprensión del sentido lesivo del hecho, raramente dejará de producirse el *conocimiento eventual* del carácter penal de la prohibición. Sólo si en tales condiciones alguien podía seriamente confiar en que el hecho no estaba penalmente prohibido se descartaría la conciencia de la antijuricidad.

Cuestión distinta es si la configuración legal del error de prohibición no permite mantener la concepción de objeto de conocimiento de la antijuricidad como prohibición penal aquí mantenida. Ello tal vez sea un obstáculo en la regulación alemana³⁴²; pero, como se verá, no creo que sea ese el caso en el actual CP español.

C. El conocimiento eventual de la antijuricidad

1. *Delimitación entre conocimiento de la antijuricidad y error: el conocimiento eventual de la antijuricidad*

a) Introducción

1. Muy a menudo los ciudadanos actúan sin estar seguros de si realizan una acción ilícita. No se representan tal eventualidad como algo seguro sino simplemente como algo *posible y dudan*, por tanto, acerca de la

³⁴² Sobre los problemas que en este sentido comporta el término “injusto” del § 17 StGB, *vid.* ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 13; NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 22; SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 7.

antijuricidad de su conducta. Se plantea pues el problema del *grado de certeza* necesario para afirmar cuándo existe conocimiento de la antijuricidad y poder diferenciarlo así de los casos en que existe un error de prohibición, vencible o invencible.

Ejemplos: Unos jóvenes estudiantes españoles en viaje de fin de curso adquieren pequeñas cantidades de hachís para su consumo personal en Italia, sin saber con certeza si la mera posesión de este estupefaciente es delictiva o no en ese país³⁴³.

La víctima de un robo por el procedimiento del “tirón” efectúa un par de disparos intimidatorios hacia el ladrón que está huyendo, sin tener muy claro si, en ese caso, la puesta en peligro de la vida del delincuente está justificada o no. El delincuente resulta herido.

Como puede observarse, se trata de un fenómeno similar al problema del *dolo eventual*, hasta el punto de que se denomina *conocimiento eventual de la antijuricidad* a la situación en la que, a pesar de la falta de certeza, el sujeto alcanza un grado de conocimiento de la significación antijurídica del hecho *suficiente* para fundamentar una responsabilidad penal plena³⁴⁴.

2. En esta materia, existe prácticamente acuerdo doctrinal en que el conocimiento de la antijuricidad no se reduce a la certeza y que en dicho concepto se engloban también situaciones en las que el autor no está del

³⁴³ Es importante distinguir estos supuestos de los casos en los que la duda reside en la realización o no de un elemento del tipo, en cuyo caso la antijuricidad del hecho se representa como segura. Ejemplo: una persona recibe el encargo de entregar un paquete, sin estar muy segura de su contenido y, al ser detenida, se descubre que dicho paquete contenía droga. Si se afirma que existía *dolo eventual* respecto a la realización típica, existe *certeza* respecto al carácter antijurídico de la misma.

³⁴⁴ En Derecho penal alemán se denomina *bedingtes Unrechtsbewusstsein* literalmente, “conciencia condicionada de lo injusto” –en claro paralelismo con el *bedingter Vorsatz* o dolo eventual. Parece pues acertada la expresión “conocimiento o conciencia eventual de la antijuricidad” utilizada por parte de la doctrina española (*vid.*, por ejemplo, la traducción de CÓRDOBA RODA en MAURACH, *Tratado II*, p. 159; MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 9, n. 5 SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 647 y ss. o DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en ROXIN, *PG*, § 21, Nm. 28 y ss.) puesto que se mantiene este paralelismo terminológico con el dolo eventual. Sin embargo, el concepto “conciencia condicionada de la antijuricidad” también es utilizado en España (*vid.*, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 179 y s.; ZUGALDÍA en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal*, p. 32 o, PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 71. CADENAS, en LESCH, *PJ*, 1997 (45), p. 156, se refiere a la “consciencia del injusto condicionada”).

todo seguro del carácter prohibido de su hecho. Por tanto, los supuestos de duda o conocimiento eventual forman parte, junto con la certidumbre, del concepto de conciencia de lo injusto como situación psicológicamente opuesta al error y merecedora de una atribución plena de la culpabilidad³⁴⁵. Sin embargo, las discrepancias aparecen cuando se trata de precisar la frontera entre el conocimiento eventual de la antijuricidad y el error de prohibición, reproduciéndose, a menor escala, el debate que suscita la distinción entre dolo eventual y culpa consciente. Asimismo, cada vez está adquiriendo mayor auge la discusión sobre si algunos supuestos de conocimiento eventual de la antijuricidad no son merecedores, a pesar de todo, de un tratamiento penológico parecido al error de prohibición.

b) Concepto de conocimiento eventual de la antijuricidad

1. Para determinar cuándo existe conciencia de lo injusto, la mayoría de autores no hacen sino aplicar explícitamente las distintas fórmulas que cada cual mantiene para el dolo eventual³⁴⁶. Por lo general se entiende que para afirmar la existencia de conciencia de lo injusto es suficiente con que el sujeto “considere seriamente la antijuricidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de vulnerar el Derecho”³⁴⁷. De esta manera se trasladan a la definición de la conciencia de lo injusto las distintas fórmulas que, en materia de dolo, expresan la presencia, junto a un elemento cognoscitivo, de un elemento *volitivo* (“no confiar en”, “conformarse con”, “contar con”, “decidirse en favor de”, etc.)³⁴⁸.

³⁴⁵ Cuestión distinta es que con el conocimiento -eventual- de la antijuricidad se agoten todas las posibilidades de imputación personal plena, es decir, si existen situaciones de desconocimiento que no son merecedoras de atenuación. Como ya se ha indicado, el § 17 StGB permite no atenuar la pena en caso de error. En cambio, en España se entiende que tanto el art. 6 bis a) ACP como el art. 14 CP hacen coincidir la falta de conocimiento de la antijuricidad con una atenuación obligatoria de la pena.

³⁴⁶ *Vid.*, por todos, LESCH, *JA*, 1996, p. 504, con ulteriores referencias.

³⁴⁷ JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 b), con una formulación idéntica a la utilizada para definir el dolo eventual -cfr. *op. cit.*, § 29, III 3 a)-.

³⁴⁸ Con diversos matices sostienen hoy en día teorías volitivas o emocionales autores como RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 12; SCHROEDER en *LK*, § 17, Nm. 23; DREHER-TRÖNDLE, § 17, Nm. 5; MAURACH-ZIPF, *ATI*, 8ª ed., § 38, Nm. 34; CRAMER en SCHÖNKE-SCHÖDER, § 17, Nm. 5; ZACZYK, *JuS*, 1990, p. 891; KÜHL, *AT*, § 12, Nm.

2. Sin embargo, cada vez son más quienes defienden un concepto de conciencia de lo injusto meramente *cognoscitivo*, es decir, la simple representación de la posible o probable antijuricidad del hecho, prescindiendo de todo factor volitivo o emocional³⁴⁹. Esta sería una consecuencia lógica para quienes mantienen igualmente una concepción puramente cognoscitiva del dolo. Pero responde también a la idea de que, con independencia de la noción de dolo eventual que se sustente, la problemática de la conciencia de lo injusto es distinta a la del dolo. En efecto, si se trata de cuantificar el acceso del individuo al contenido de una norma como factor motivacional a tener en cuenta para atribuir o reprochar una conducta delictiva a su autor, la cuestión es básicamente un problema de conocimiento y no de voluntad³⁵⁰.

De todas formas no parece que estas dos formas de abordar el problema hayan comportado en la práctica diferencias apreciables en la determinación de los supuestos en los que psicológicamente existe conocimiento de la antijuricidad y, de hecho, la cuestión no ha suscitado mucha discusión. *Teóricamente*, la presencia de un elemento volitivo en la definición de la conciencia de lo injusto debería tener alguna consecuencia práctica en la determinación de cuándo existe conocimiento y cuándo existe error, en comparación con la aplicación de un planteamiento puramente cognoscitivo. Tal exigencia podría ser más *restrictiva*, si se concibe este

30, GROTEGUTH, *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 71 y 136 y la jurisprudencia mayoritaria (*vid.*, sobre esto último, ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 28). Cfr. una extensa relación de estas posiciones en DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 55 y ss. y 79 y ss.

³⁴⁹ *Vid.* en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 650-652, con amplias referencias bibliográficas alemanas. Planteado por WARDA, *Welzel-FS*, p. 524, últimamente es defendido también, entre otros, por JAKOBS, *AT*, 2ª ed., § 19, Nm. 30; NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 33 y, matizadamente, DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 74 y ss. y 134. Cfr. una extensa relación de estas posiciones en DIMAKIS, *ibidem*, pp. 91 y ss. y 112 y ss. En España, también, PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 76 y s.

³⁵⁰ En este sentido es de sumo interés la siguiente reflexión. En el caso del dolo, aún aceptando que lo voluntario juegue algún papel, con la mayoría de los elementos del supuesto de hecho típico existe simplemente una relación de conocimiento. Lo mismo sucedería con el carácter antijurídico del hecho, elemento sobre el que la voluntad del sujeto no tiene incidencia alguna, por lo que no tiene sentido plantearse si es querido o no (cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 651 y n. 17 y DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 74-76).

elemento volitivo como un *plus* a lo que, desde una perspectiva cognoscitiva, se considere como conocimiento *suficiente* para la existencia de la conciencia de lo injusto: simplificando, no bastaría con saber sino que, además, haría falta querer el hecho como antijurídico. Pero dicho elemento podría tener efectos *ampliatorios* de la punibilidad, si permitiese afirmar la existencia de conciencia de lo injusto en situaciones en las que, desde una perspectiva cognoscitiva, el grado de conocimiento fuera todavía insuficiente por sí solo para afirmar su concurrencia: aunque se sepa menos, la actitud o querencias del sujeto permiten complementar un cierto déficit cognoscitivo.

No obstante, no parece que se deriven claras consecuencias de la disparidad de posiciones³⁵¹. Parece como si el mencionado elemento volitivo o emocional fuera, más que un aporte psicológico real del sujeto a los requisitos mínimos para considerar la existencia de la conciencia de la antijuricidad, una consecuencia *inherente* a la decisión de realizar la conducta típica con un determinado grado de conocimiento de la antijuricidad del hecho³⁵².

3. Así las cosas, seguramente la cuestión principal en el establecimiento de la existencia de conocimiento (eventual) de la antijuricidad quede reducida a la fijación del grado de conocimiento a partir del cual se puede afirmar la conciencia de dicha antijuricidad. Y, en este punto, llama la atención que, aunque aparentemente se trate de los mismos criterios que para el dolo eventual, se fijen baremos bastante bajos, siempre en favor del conocimiento de la antijuricidad y en detrimento de apreciar el error: mientras se mantenga la posibilidad de que el hecho sea antijurídico, esto es, siempre que existan dudas, la situación debe decantarse en favor de la eventual prohibición del hecho y debe afirmarse que existe conciencia de lo

³⁵¹ Salvo en algún aspecto muy concreto de las dudas irresolubles; *vid. infra* p. 157.

³⁵² Requisito que se adaptaría a la idea de que la conciencia de lo injusto no es un simple criterio de imputación del hecho sino una parte del objeto específico del reproche de culpabilidad: la actitud interna del sujeto. En el fondo de los planteamientos volitivos creo que se produce una inversión lógica en la que se antepone el posible sentido de un comportamiento (decidirse contra el Derecho) a una de las premisas de dicha conclusión (haber conocido la norma *suficientemente*). Cfr., sin embargo, en sentido contrario, RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, p. 121.

injusto³⁵³. En cambio, las situaciones de falta de conocimiento se definen por vía negativa con fórmulas, a mi juicio bastante estrictas, como la siguiente: sólo puede hablarse de error cuando se está seguro de que el hecho no está prohibido o cuando se confía fundadamente en la licitud del comportamiento³⁵⁴. Parece, pues, que no existe mucho espacio para la *imprudencia iuris* consciente³⁵⁵. El estado de cosas podría condensarse en la siguiente regla: *ante la duda, abstención*³⁵⁶. En la base de este concepto de conocimiento de la antijuricidad tan amplio se encuentra la idea de que quien se representa la posible existencia de un concreto mandato o prohibición ya ha entrado en contacto con la norma y, por tanto, ya está en condiciones de poder orientar su comportamiento hacia la misma. La capacidad del sujeto que duda, desde un punto de vista psicológico-motivacional, estaría pues más próxima al pleno conocimiento de la antijuricidad que al error.

4. Tan sólo un pequeño sector doctrinal parte del planteamiento opuesto y defiende que, por regla general, los casos de duda deberán regirse por la regulación del error de prohibición, normalmente vencible³⁵⁷. El

³⁵³ Vid. WARDA, *Welzel-FS*, p. 505 y s.

³⁵⁴ WARDA, *Welzel-FS*, p. 522, *vid.* también RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 12. Confianza que, además, suele ser depurada normativamente: factores de confianza *racional* en la licitud del hecho (SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 652-654 y n. 26). En última instancia creo que el problema radica en que, a partir del momento en que el sujeto se representa que el hecho puede estar prohibido, se sitúa casi automáticamente en un estado de duda, en el que la consideración de probable o remoto difícilmente tiene una base racional hasta que no acuda a fuentes externas, mientras que las dudas en relación a la situación típica pueden ser, especialmente en sus elementos descriptivos, más susceptibles de valoraciones y pronósticos racionales autónomos por parte del autor.

³⁵⁵ Al menos en Alemania. En España, los pocos pronunciamientos al respecto, sin entrar en detalles, parecen estar pensando en baremos más generosos: una suposición de una *alta probabilidad* de la antijuricidad según BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, 2ª ed., p. 179. También MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 9, nota 5. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *PG*, 2ª ed., pp. 311-312 considera que los casos de duda son supuestos de error de prohibición, si bien denomina duda a las situaciones en las que el sujeto considera lo injusto como posible pero no toma en serio esta posibilidad sino que confía en lo contrario. Parece también considerar la duda un caso de conocimiento potencial de la antijuricidad COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error*, p. 184.

³⁵⁶ Vid. ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 28, compendiando el sentir de la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania.

³⁵⁷ Vid., como más significativo, STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., § 10, Nm. 586. Cfr.

motivo es que dicha situación no puede equipararse al pleno conocimiento de la antijuricidad, toda vez que la orientación conforme a las normas jurídicas que debe facilitar el conocimiento de la prohibición se ve dificultada cuando el sujeto no percibe con claridad la situación jurídica, con lo que se aproximaría más a un estado de error.

5. Sin llegar a este extremo, en una reciente monografía sobre la cuestión, DIMAKIS³⁵⁸ ha efectuado una interesante propuesta para restringir la noción de conocimiento de la antijuricidad. Este autor parte de la base de que el conocimiento de la antijuricidad es un concepto estrictamente psicológico, el presupuesto intelectual para la plena reprochabilidad del hecho. Insiste en la necesidad de distinguir muy claramente en el análisis de la problemática de la conciencia eventual de la antijuricidad una primera fase de determinación del estado psíquico –constatación del conocimiento o de su ausencia– y la posterior valoración del mismo, en el que propiamente se determina el contenido de culpabilidad del hecho. Pues bien, cuando se equiparan duda y certeza se está produciendo una identificación *normativa* de dos estados psicológicos *objetivamente* distintos. Ciertamente, ambos pueden presentar algunas similitudes si se apela a que la duda acerca de la antijuricidad del hecho también posee una fuerza motivacional superior a la pura ignorancia, pero por esta vía se pueden acabar confundiendo las fronteras psicológicas del conocimiento y el desconocimiento con las normativas de la evitabilidad del error³⁵⁹. En realidad, mientras un sujeto dude acerca de algo, mientras tenga *in mente* simplemente la posible

otras referencias en DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 110, n. 312. De todas formas existen dificultades para discernir las distintas posiciones, puesto que, como se verá, algunos autores defienden la ampliación analógica del régimen del error de prohibición al conocimiento eventual de la antijuricidad –o, al menos, a ciertos grupos de casos–. Lo característico de la posición de STRATENWERTH es que, por definición, la duda sobre la antijuricidad no es un caso de conocimiento de la prohibición sino, propiamente, de error en el sentido del § 17 StGB.

³⁵⁸ Vid. DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 117 y ss. y 172-173.

³⁵⁹ Vid. DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 104-107. Según éste, quien duda acerca de la antijuricidad de su comportamiento, duda también acerca de la licitud del mismo, por lo que simultáneamente también podría afirmarse que conoce la licitud de su hecho. La calificación de tales casos como conocimiento no sería por tanto psicológica sino normativa.

conurrencia de opciones contrapuestas, no existe, psicológicamente hablando, ni conocimiento ni error.

Según DIMAKIS, la determinación de si el autor es consciente o no de lo injusto no debe ser fruto de un juicio heterónomo sobre las capacidades o deberes de motivación, sino que debe ser el resultado de la interpretación que de la situación haga el propio autor. Sólo cuando el autor haya valorado personalmente todas las posibilidades y haya llegado a una *conclusión definitiva* al respecto podrá hablarse de conocimiento de la antijuricidad o de error. Así, en algunos casos, tras las dudas, el juicio personal del autor concluirá en certidumbre, con lo que se podrá hablar sin problemas de conocimiento de la antijuricidad. Ahora bien, si durante ese proceso las dudas no logran ser eliminadas, la valoración personal acaba en un juicio de probabilidad, en cuyo caso lo decisivo será cuál es la *probabilidad preponderante* según el autor. Sólo cuando el sujeto llegue a la conclusión de que la antijuricidad del hecho es la probabilidad predominante, existirá conciencia de lo injusto³⁶⁰. En cambio, si tras las dudas, el autor considera más probable la licitud del hecho, actuará sin conciencia de lo injusto. Finalmente, en caso de no poder llegarse a ninguna conclusión, a un *non liquet* o estado de duda definitivo, tampoco existirá conocimiento de la antijuricidad, por lo que dichos supuestos deberán someterse a las reglas del error de prohibición³⁶¹.

Para marcar las distancias con los planteamientos dominantes, DIMAKIS ejemplifica su posición con el siguiente supuesto: quien entienda que probablemente no sea punible mantener relaciones sexuales con un menor de trece años de edad actúa sin conciencia de lo injusto aunque no pueda descartar la posibilidad de que ello esté prohibido³⁶².

6. En cualquier caso, las auténticas distancias entre las distintas

³⁶⁰ DIMAKIS, *op. cit.*, p. 120. En tal caso, una eventual confianza en que, a pesar de todo, el hecho no esté prohibido no desvirtuaría en absoluto, según este autor, el conocimiento de la antijuricidad del hecho.

³⁶¹ DIMAKIS, *op. cit.*, p. 122.

³⁶² DIMAKIS, *op. cit.*, p. 123. En Alemania las relaciones sexuales con menores de 14 años son delictivas –cfr. § 176 StGB–.

posiciones acerca del conocimiento eventual de la antijuricidad no pueden calibrarse si no se tiene en cuenta que, de todas formas, en la doctrina se propugna un tratamiento especial para ciertos casos de duda, las denominadas dudas *irresolubles* o *indisipables*.

2. *El tratamiento del conocimiento eventual de la antijuricidad: las dudas irresolubles*

a) Planteamiento del problema

1. Según los patrones mayoritarios que acabamos de ver, una vez se ha constatado la existencia de conocimiento de la antijuricidad, dentro de cuyos límites se englobarían tanto situaciones de pleno conocimiento como de duda, la culpabilidad será plena. Cualquier matización basada en el grado de conocimiento del sujeto, como sería el hecho de que únicamente se presentara una conciencia eventual de la antijuricidad, incidiría solamente, si acaso, en la determinación de la pena dentro de los márgenes del marco penal ordinario del delito en cuestión.

No obstante, un sector de la doctrina alemana y española cada vez más importante ha intentado matizar la solución de algunos casos. En principio se parte de la idea común de que, siempre que exista conocimiento eventual de la antijuricidad, sin que el autor haya hecho nada para mejorar su estado de conocimiento y eliminar sus dudas, es correcto que sea castigado como en cualquier caso de conciencia plena de lo injusto. Sin embargo en ciertos supuestos dicha solución no parece satisfactoria. A veces, aplicar inflexiblemente la regla “ante la duda, es exigible evitar la conducta posiblemente antijurídica” comporta someter al individuo a una limitación importante de su libertad acompañada de graves perjuicios, sin poder alcanzar, a cambio, la seguridad plena de que el ordenamiento le exige efectivamente este sacrificio. Por todo ello, se propone, cada vez con más fuerza, que a ciertos casos de conocimiento eventual de la antijuricidad les sea aplicada algún tipo de atenuación o, incluso, la impunidad, aunque no concurra exactamente un error de prohibición. Se trata de casos en los que, por distintos motivos, el sujeto no está en condiciones de aclarar sus dudas

acerca de la antijuricidad del hecho por ser éstas *irresolubles*. Ello se producirá cuando no esté al alcance del autor mejorar su estado de conocimiento, bien porque la propia situación jurídica es objetivamente dudosa, bien porque se debe tomar de forma perentoria una decisión sin que sea posible posponerla hasta su pertinente aclaración³⁶³.

2. El grupo de casos que más habitualmente plantea estos problemas está constituido por aquéllos en los que al autor le es imposible disipar sus dudas (las cuales, sin embargo, son suficientes para fundamentar el conocimiento eventual de la antijuricidad) porque la calificación penal de los hechos no está sólidamente asentada. El sujeto tendría siempre la opción de omitir la conducta cuestionada y mantenerse con toda seguridad en la impunidad, pero ello reporta en el caso concreto serios costes.

a) Una empresa se encuentra con que, tras una modificación legislativa, no está claro si sigue estando permitida la venta de su principal producto o si la misma pasa a ser punible. No existen todavía decisiones judiciales al respecto y se recibe información contradictoria por parte de las distintas fuentes que se consultan, de tal manera que no se está en condiciones, caso de continuar con la comercialización del producto, de descartar la posibilidad de una infracción penal, pero tampoco de asegurar lo contrario. Si, finalmente, los jueces consideran que el producto es ilegal, se habría actuado con conocimiento eventual de la antijuricidad.³⁶⁴

³⁶³ La problemática de las dudas irresolubles en el seno de la conciencia de lo injusto se debe a Armin KAUFMANN, *ZStW* (70), 1958, pp. 83 y ss. Según éste, a pesar de que quien tiene la certeza de la antijuricidad le es más fácil cumplir con el deber jurídico, quien duda también posee la facultad de orientar su comportamiento hacia la norma, puesto que se ha representado su posible antijuricidad. Ahora bien, ello puede incidir en el grado de reprochabilidad. En este punto introduce la distinción entre *dudas disipables* y *dudas irresolubles*. Sólo en ese segundo caso es posible una atenuación de la pena, que dependerá del de la *aprobación* o el grado de *indiferencia* que haya mostrado el sujeto en relación a la posible antijuricidad. Vid. también, HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 36-38.

³⁶⁴ Ejemplo de WARDA, *Welzel-FS*, p. 506 y s. En éste y en los casos que seguirán se parte de la base de que si se hubiese sabido con certeza que la conducta estaba prohibida, el sujeto se hubiese abstenido de actuar. Normalmente las consecuencias negativas a las que se hace referencia no se reducen a la simple limitación de la libertad personal que comporta el hecho de considerar que la conducta está prohibida, sino que derivan de la situación concreta en la que se encuentra el sujeto. Así, probablemente no se cuestionaría la plena responsabilidad de quien, con conocimiento eventual de la antijuricidad, decidiera en esas condiciones iniciar, tras la entrada en vigor de la ley, la fabricación de dicho producto. Considérese también el siguiente caso, propuesto por JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 31: como medida jurídicamente obligatoria ante una plaga, un propietario agrícola vacila sobre si la normativa le obliga a arrancar toda su plantación o solamente los ejemplares

El carácter irresoluble de la duda puede provenir no sólo de una situación jurídica objetivamente confusa sino también de la necesidad de adoptar una decisión sin esperar la obtención de información que disipe las dudas:

b) Un joyero descubre que alguien acaba de apoderarse de una joya de gran valor que tenía expuesta en su establecimiento. El autor de la sustracción ha de ser, necesariamente, alguno de los tres clientes que todavía permanecen en su interior. El comerciante opta por dejar encerrados durante unos minutos a los clientes dentro de la joyería, mientras recaba la intervención de la policía, pese a ser consciente de que posiblemente ello no esté justificado³⁶⁵.

Finalmente, el grupo de casos menos polémicos está constituido por las dudas acerca de la existencia de deberes que se excluyen mutuamente, es decir, casos en los que la juridicidad de una conducta condiciona la punibilidad de su omisión y viceversa:

c) Un policía duda sobre si debe disparar sobre un delincuente que intenta cruzar la frontera, enfrentándose a la eventualidad de un delito de lesiones graves, si ello no está permitido, o de un delito de “frustración de pena” realizada por funcionario público (§ 258 a StGB) en caso de no actuar³⁶⁶.

En este último grupo de supuestos es imposible actuar sin conciencia eventual de lo injusto si se escoge la alternativa errónea³⁶⁷, puesto que todas las opciones de conducta posibles –en este caso disparar o no hacerlo– se encuentran bajo la sospecha de antijuricidad. A diferencia de los casos anteriores, el sujeto no tiene la posibilidad de “curarse en salud” y no correr riesgo alguno de incurrir en delito omitiendo la conducta cuestionada. Por tanto, siempre que escoja la opción equivocada el autor debería ser

afectados por la enfermedad.

³⁶⁵ Ejemplo de WARDA, *Welzel-FS*, p. 507. Otro ejemplo del mismo autor: Un particular, tras presenciar un asesinato, intenta detener a su autor utilizando un arma de fuego, sin estar seguro de si las posibles lesiones o incluso la muerte que puedan producirse están justificadas.

³⁶⁶ WARDA, *Welzel-FS*, p. 508 y s. Permítaseme una variante a partir de un caso real: Unos policías bisonños, recién destinados a un centro penitenciario, dudan si seguir la orden de practicar un cacheo a uno de los internos que reingresa tras un permiso de fin de semana, puesto que durante el periodo de formación se les había indicado que tal proceder era atentatorio contra los derechos constitucionales del recluso. Finalmente se niegan a efectuar el cacheo.

³⁶⁷ O sin conciencia de un injusto putativo si se escoge la opción lícita.

plenamente responsable al ser consciente de la eventual antijuricidad de la conducta que está realizando. Ante este panorama, en estos casos suele aceptarse de forma mayoritaria la atenuación o incluso la exclusión de la pena si realmente el sujeto no es responsable de la situación de duda,³⁶⁸.

b) Posturas mayoritarias

1. La orientación más tradicional considera que, a pesar de todo, existirá culpabilidad plena en la mayoría de estas situaciones de duda³⁶⁹. En primer lugar porque se entiende que no se trata en absoluto de un problema de conciencia de lo injusto, por cuanto en supuestos de este tipo el sujeto se ha representado la posibilidad de que el hecho esté prohibido y, por tanto, ha tenido la oportunidad de ajustar su conducta a Derecho. Y, en segundo, porque la otra alternativa posible, el recurso a la inexigibilidad a través del estado de necesidad exculpante, normalmente no será posible por cuanto los requisitos legales del mismo dificultan notablemente su aplicación a estos supuestos³⁷⁰. No obstante, desde estas mismas posiciones se muestra mayor receptividad a los casos de dudas acerca de la existencia de deberes que se excluyen mutuamente –caso c)–. En tales supuestos, la exigencia de un elemento volitivo en la conciencia de la antijuricidad puede tener alguna utilidad, toda vez que el sujeto escoge la opción que, a su entender, le asegura con mayor seguridad evitar la infracción del Derecho, por lo que no puede afirmarse que el autor se conforma con la posibilidad de vulnerar el Derecho, sino justo lo contrario: su voluntad se dirige indubitativamente hacia su

³⁶⁸ *Vid.*, por todos, ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 30. De todas formas, en muchos de estos casos el sujeto debería ser conocedor del alcance de sus deberes antes de iniciar la actividad. Muy a menudo se produciría pues un caso de *culpa iuris* por asunción.

³⁶⁹ Mayoritaria a mediados de los setenta (cfr. WARDA, *Welzel-FS*, p. 503) y todavía hoy según ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 31 y n. 46. Sin embargo, NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 34, con abundantes referencias, afirma que tal vez ya sean mayoritarios quienes, por distintas vías, consideran que en determinados casos de conocimiento de la posible antijuricidad del hecho no sea adecuado un reproche pleno de la culpabilidad. La verdad es que la situación en este punto es algo confusa –*vid.* por ejemplo CRAMER en SCHÖNKE-SCRÖDER, § 17, Nm. 5 y LACKNER, § 17, Nm. 4–.

³⁷⁰ Normalmente estas situaciones sobrepasan los límites del estado de necesidad exculpante del § 35 del StGB, vinculado a la puesta en peligro de intereses altamente personales: vida, integridad física, libertad; *vid.*, al respecto, DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 151.

cumplimiento. Se admitiría pues un error de prohibición³⁷¹.

2. Sin embargo, un sector doctrinal cada vez más importante pretende dar un tratamiento especial y global al conocimiento eventual de la antijuricidad en caso de duda irresoluble. El problema se enfoca principalmente a través de la *inexigibilidad* como causa de exculpación. De hecho, en situaciones similares a los casos a) y b) en las que, sin embargo, no llega a producirse conocimiento eventual de la antijuricidad sino un error, la *inexigibilidad* como principio regulativo ya se expresa en los propios baremos de evitabilidad del error de prohibición y tiene como resultado la inevitabilidad de algunos errores al no ser exigible obtener más información dada la situación planteada. Ahora bien, aquí no se trata de un problema de evitabilidad, puesto que nos encontramos ante un caso de conciencia – eventual– de lo injusto, por lo que la regulación del error de prohibición no resulta de aplicación y sólo queda, como última “trinchera”, directamente la idea de *inexigibilidad*³⁷².

Lo específico de estos casos es que, si existiera certeza total acerca de la antijuricidad de la conducta, su evitación sería plenamente exigible a pesar de los costes que ello comportara al autor. Ahora bien, en caso de conocimiento eventual, se combina el debilitamiento motivacional que comporta la duda (de la que el sujeto no es responsable y, en cambio, muy a menudo, sí lo es el Estado) con la presión en sentido contrario que ejercen las consecuencias negativas de la renuncia a una acción, renuncia que, por lo demás, posiblemente sea un sacrificio inútil, por cuanto puede que finalmente el comportamiento sea considerado lícito. Ello explicaría que los patrones habituales de exigibilidad de la conducta eventualmente conforme a Derecho se relajen y sea aconsejable una atenuación de la pena o, incluso, la exculpación³⁷³. Obsérvese, por otra parte, que, si bien la existencia de dudas

³⁷¹ Vid. JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 b).

³⁷² WARDA, *Welzel-FS*, pp. 528-29. De todas formas este autor considera (*vid.* p. 530 y s.) que el criterio de la exigibilidad es demasiado específico para dar una solución a todos los supuestos apuntados e invoca directamente el concepto de la *reprochabilidad*, es decir, al menor contenido de culpabilidad del hecho (por la conjunción de múltiples factores) que justifican una atenuación del hecho. También ESER-BURKHARDT, *Cuestiones fundamentales*, § 14, Nm. 56.

³⁷³ Vid. RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 13; NEUMANN en *NK* § 17, Nm. 34 y 51.

irresolubles es condición necesaria para la exculpación, el núcleo del problema reside en la presión motivacional de las *concretas circunstancias del hecho*. Es decir, que la duda irresoluble por sí sola, si ha superado el estadio de error, sigue siendo irrelevante. El principal problema con el que choca este planteamiento es encontrarle un asidero legal, puesto que, como ya se ha indicado, normalmente son situaciones que sobrepasan los límites del estado de necesidad exculpante del § 35 del StGB y la doctrina dominante rechaza la admisión de causas de inexigibilidad “supralegales” más allá de los delitos imprudentes y de omisión³⁷⁴.

c) Tratamiento en el seno de la regulación del error de prohibición

1. Otra posible vía de solución es mantener la problemática de las dudas irresolubles en el seno de la regulación de la conciencia de lo injusto y del error de prohibición. Existe una pequeña minoría que, como ya se ha visto³⁷⁵, sostiene un concepto de conciencia de lo injusto bastante restringido en caso de dudas, cosa que les permite solventar el tema negando la existencia de dicho conocimiento en la mayoría de casos y remitiendo su solución al tratamiento del error de prohibición³⁷⁶.

Vid. más referencias en DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 150, n. 41. En general esta perspectiva es bastante admitida para el caso de jurisprudencia contradictoria: *vid.* CRAMER en SCHÖNKE-SCRÖDER, § 17, Nm. 21; SCHROEDER en LK, § 17, Nm. 38. Ello no significa que todas las situaciones se resuelvan excluyendo la culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, sino que en caso de dudas indisipables, cuando la omisión de la conducta posiblemente prohibida suponga una afectación importante de los intereses del autor, el conflicto debe solucionarse en el ámbito de la no exigibilidad de otra conducta como causa de exculpación o de atenuación de la culpabilidad.

³⁷⁴ *Vid.*, NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 796 –admitiendo el problema– y, críticamente, DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 151.

³⁷⁵ Básicamente STRATENWERTH; *vid. supra* p. 151.

³⁷⁶ DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 163, coincide parcialmente con esta opinión. En coherencia con sus planteamientos de la *probabilidad preponderante*, considera que en casos de situaciones como el ejemplo c) en las que el sujeto no tiene la opción de omitir la conducta para escapar con seguridad de toda pena, normalmente el hecho de inclinarse por uno de los deberes supone considerar que ésta es la opción correcta con mayor probabilidad y, por tanto, nos hallamos propiamente ante un error de prohibición. Asimismo, en los casos de situación jurídica objetiva absolutamente incierta entiende que, al faltar un objeto definido, no podrá producirse nunca conocimiento de la antijuricidad, siendo por tanto estos casos de *conciencia eventual impropia* en realidad un supuesto de error de prohibición inevitable (cfr. DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 43-46). Sin embargo,

2. ROXIN³⁷⁷, centrándose especialmente en las dudas objetivamente irresolubles –ejemplo a–, acepta la existencia de conocimiento eventual de la antijuricidad en tales supuestos pero entiende que puede presentarse una disminución o exclusión de la culpabilidad *sui generis* que se solucionaría con la aplicación analógica del § 17 StGB, dada la proximidad de ambas problemáticas. Considera que frecuentemente el estado de duda es el resultado del especial celo del autor en la determinación de lo prohibido y lo permitido, de tal manera que la preocupación e interés del sujeto hacia el Derecho acaba convirtiéndose en una trampa. En efecto, por una parte, esa especial atención que origina la conciencia eventual de la antijuricidad le perjudica si lo comparamos con el trato que le correspondería a quien, en las mismas circunstancias y con una información más superficial o un talante menos escrupuloso, estuviera convencido de que su comportamiento era lícito: en tal caso, el sujeto se encontraría en un error de prohibición que sería acreedor de una atenuación e incluso de la exculpación³⁷⁸. Y, además, el sujeto especialmente escrupuloso no obtiene tampoco un diagnóstico razonablemente seguro de la situación que le compense de sus renunciaciones mediante la seguridad de estar ajustándose a la ley de la única forma posible, sino que, por el contrario, se le exige que asuma el riesgo de que finalmente el hecho no sea antijurídico y su sacrificio, inútil. Para evitar esta situación absurda, ROXIN aboga por una aplicación analógica de la regulación del error de prohibición a los casos de conciencia eventual del injusto fruto de una duda irresoluble. Los criterios rectores de dicha regulación analógica serían tanto los de la evitabilidad del error como otros elementos de la situación que, aunque no lo mencione explícitamente, evocan la no exigibilidad³⁷⁹.

admite que en algunos supuestos del estilo a) y b) puedan darse auténticos casos de conocimiento eventual del injusto con lo que es necesaria una solución específica: *vid. infra* p. 161.

³⁷⁷ ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 31-33, también, *el mismo*, *Deutsch-Spanisches*, pp. 85-87. Por las matizaciones que introduce en los ejemplos, tengo la impresión de que ROXIN está pensando en situaciones objetivamente poco dudosas en las que se produce un exceso de celo y no tanto en situaciones objetivamente confusas en las que no es posible efectuar un pronóstico con un grado de seguridad razonable.

³⁷⁸ *Vid.*, también, TIMPE, *Strafmilderung*, p. 256.

³⁷⁹ Esto es, debe analizarse cuál habría sido el tratamiento del caso si se hubiese estado convencido de la juridicidad de la conducta, pero también deben introducirse otros

Materialmente parece que no se aleja mucho pues, de quienes defienden una situación especial de inexigibilidad³⁸⁰. Si acaso, se pone un mayor acento en la semejanza con las situaciones de error de prohibición, con el objeto de facilitar una cobertura legal a estas situaciones mixtas.

3. DIMAKIS³⁸¹ propone también ese mismo tratamiento legal, si bien su fundamentación está más directamente vinculada al error de prohibición y su ámbito de aplicación es mayor. Ya se ha indicado la insistencia de ese autor en la distinción entre la constatación de los estados psíquicos y una fase posterior de valoración de dichos estados³⁸². Esta segunda fase está muy claramente marcada en el caso del error de prohibición: tras comprobarse la falta de conocimiento y afirmarse la existencia del error de prohibición, se procede a valorar si la responsabilidad por ese déficit de conocimiento corresponde o no al autor, y se recurre a la *evitabilidad* para cuantificar la culpabilidad por ese hecho conforme a las previsiones del § 17 StGB. Pues bien, en realidad, esta valoración, necesaria para medir la culpabilidad con base en la capacidad de motivación conforme a la norma de que goza el sujeto, también tiene lugar cuando existe conocimiento de la antijuricidad. Sucede, sin embargo, que ello permanece inadvertido cuando este conocimiento es completo y seguro, puesto que la conclusión de que se ha alcanzado la máxima capacidad de motivación posible es simultánea a la comprobación del dato psíquico del conocimiento. En tal caso no es necesaria valoración posterior alguna: la motivación ha sido *óptima*. No obstante, cuando se produce una cierta falta de conocimiento, como es el caso de la conciencia eventual, vuelve a tener sentido una valoración posterior del mismo para cuantificar el contenido de culpabilidad desde la motivación conforme a la norma. Ahora bien, esta ponderación sólo se efectuará cuando el sujeto no sea responsable en absoluto de dicho déficit, esto es, cuando las dudas sean irresolubles, cosa que se

elementos en la ponderación, como los intereses del autor que estaban en juego y los daños que podían esperarse (así, por ejemplo, la abstención de actuar debe primar en caso de perjuicios a terceros). Vid. ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 33.

³⁸⁰ Vid., crítico por ello, NEUMANN, *JuS*, 1993, p. 796, n. 40 y *NK*, § 17, Nm. 34.

³⁸¹ Vid. DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 143-146. Sin embargo, recuérdese que para este autor buena parte de los casos de dudas irresolubles son, propiamente, errores de prohibición. Vid. *supra* n. 376.

³⁸² Vid. *supra* p. 152.

determinará conforme a los criterios de *evitabilidad* del error. Por consiguiente, quedaría justificada la aplicación a tales casos, por analogía, de la regulación del error de prohibición y de la atenuación que puede llevar consigo³⁸³.

4. Asimismo, desde los planteamientos más normativistas³⁸⁴ también se entiende que no debe tratarse *automáticamente* toda forma de conocimiento eventual de la antijuricidad, psicológicamente hablando, como un caso de conciencia de lo injusto, es decir de culpabilidad plena. Es más, estos autores consideran que ello no debe reducirse sólo a casos como los discutidos hasta ahora, sino que *siempre* han de efectuarse ponderaciones correctoras de los datos psíquicos. Ello responde al postulado según el cual lo esencial para la culpabilidad no es el concreto estado psíquico del autor, lo que sabe o desconoce, sino si es *responsable* de ello, cosa que se determina analizando si ha realizado la prestación que se espera de todo ciudadano respetuoso con el Derecho: obtener la motivación necesaria mediante el conocimiento de la norma. Estas ponderaciones axiológicas, basadas en la idea de la competencia por el desconocimiento (los baremos de evitabilidad del error) son utilizadas para fundamentar la culpabilidad plena de quien ignora la antijuricidad de su hecho cuando es absolutamente responsable del déficit de conocimiento. Ahora bien, este mismo razonamiento tiene efectos a la inversa, es decir, excluye la culpabilidad del sujeto pese a un posible conocimiento cuando no es responsable del mismo:

Ejemplo: Una persona antes de actuar se informa y averigua que durante

³⁸³ De todas formas DIMAKIS, fiel a su psicologismo, deja claro – *Der Zweifel*, p. 146– que el contenido de culpabilidad –y, por tanto, el grado de atenuación– dependerá del déficit de conocimiento que se experimente, esto es, de la intensidad de las dudas, y no del grado de resolubilidad de las mismas. Esto último actúa únicamente como condición de aplicabilidad por analogía del régimen del error de prohibición vencible, pero no constituye su fundamento, puesto que estamos, de todas formas, en el campo de conocimiento – eventual – de lo injusto. En cualquier caso ya se ha indicado que este autor plantea un concepto bastante restringido de conocimiento eventual del injusto, tanto por su contenido psicológico como por excluir los casos de conocimiento eventual “impropio”, por lo que la mayoría de los casos objeto de discusión deberían incluirse en el error de prohibición directamente.

³⁸⁴ Cfr., para lo que sigue, el esbozo de sus posiciones en LESCH, *JA*, p. 504 y s.; *vid.*, también, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 30-31 y TIMPE, *Strafmilderung*, p. 256 y s.

años la jurisprudencia menor –única que se ha pronunciado sobre la materia– ha considerado permitido el comportamiento que tiene planeado y obra en consecuencia. Si, posteriormente, el TS define como prohibida esta conducta, el sujeto habrá obrado en *error de prohibición inevitable*, puesto que a través de las vías que a él le corresponden no era posible obtener el conocimiento de la prohibición. Todo ello con independencia de que el sujeto confiara ciegamente en la licitud de su conducta o, si por el contrario, abrigaba serias dudas sobre ello y se hubiese planteado seriamente la posibilidad de un cambio jurisprudencial³⁸⁵.

En definitiva pues, el conocimiento eventual de la antijuricidad sólo puede ser tratado como conciencia de lo injusto, dando pie a la plena responsabilidad del sujeto, cuando se fundamenta sobre circunstancias de las que es responsable el autor. Ello puede comprobarse si, caso de haberse actuado con desconocimiento de la antijuricidad en esa misma situación, tal desconocimiento hubiese sido considerado inevitable. En los casos de dudas irresolubles, la competencia del sujeto (y, por tanto, la pena) se eliminará siempre que, además de no haber originado la situación de incertidumbre, se actúe conforme a las reglas del *conflicto de deberes*³⁸⁶. Esta solución no es

³⁸⁵ De hecho, tales supuestos no tienen trascendencia práctica, puesto que, como señala LACKNER, § 17, Nm. 5, normalmente quien actúa en virtud de una decisión judicial no discutida o de una fuente de información digna de crédito, lo hará sin dudas acerca del injusto del hecho, o bien, en cualquier caso, las mismas *no son susceptibles de prueba*. Sin embargo, desde el normativismo funcionalista se insiste en tales casos para demostrar lo que en realidad sucede: que para atribuirle un hecho como culpable no importa lo que piense el sujeto, sino si el conocimiento del Derecho estaba a su alcance dentro del ámbito que a él le corresponde.

³⁸⁶ Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 31. Así, por ejemplo, en caso de dudas sobre disparar o no –ejemplo c)–, si se opta por la alternativa que mejore al máximo la libertad del afectado por el comportamiento dudoso –esto es no abrir fuego–, el autor se verá libre de responsabilidad aun cuando sea la opción equivocada, (*vid.* TIMPE, *Strafmilderung*, p. 258). Si lo entiendo bien, el sujeto debe actuar como si las dos alternativas que se representan fueran genéricamente conformes a Derecho y, dada la imposibilidad en el caso concreto de realizarlas simultáneamente, debiese escoger una. Quien elige la opción correcta, pero, conforme al conflicto de deberes, resulta ser la antijurídica, no será responsable. Parece que existen unas reglas específicas para la determinación de cuál es la conclusión final a la que hay que llegar una vez obtenida la información exigible; así, de la misma forma que la solución de la jurisprudencia reiterada del TS debe prevalecer sobre las opiniones doctrinales –en el sentido de que quien se ajusta a la jurisprudencia no es responsable de un posible error–, en caso de dudas irresolubles una vez obtenido el máximo de información, sólo si se actúa como si ambas opciones fueran lícitas –y se soluciona el conflicto jurídicamente como una colisión de deberes o un estado de necesidad– el sujeto deja de ser responsable del posible error, es decir, ha existido un grado suficiente de reconocimiento del ordenamiento jurídico en su comportamiento.

específica de los casos de dudas irresolubles, sino que, coherentemente, es la misma que se utiliza para determinar la evitabilidad del error en caso de que no sea posible establecer cuál es la auténtica situación jurídica conforme a las reglas ordinarias de obtención del Derecho³⁸⁷.

No se olvide, sin embargo, que, a diferencia de los planteamientos de ROXIN o DIMAKIS, aquí no se trata de la introducción de un *límite* normativo a la atribución de responsabilidad al sujeto, pese a actuar con conocimiento – eventual– de la antijuricidad, sino de la afirmación de un fundamento de la atribución *puramente* normativo y no psicológico. Como ya se ha indicado, de la misma forma que un determinado conocimiento puede no resultar decisivo para atribuir responsabilidad, en sentido contrario, la ausencia de conocimiento puede no exonerar en absoluto si se es completamente responsable del mismo. Dado que, en última instancia, lo único relevante es el fundamento normativo de imputación de culpabilidad, dicha normativización sobrepasa al conocimiento eventual y se extiende a la comprensión del injusto en su conjunto. Así, LESCH traslada el polémico problema de los conocimientos especiales del autor³⁸⁸ al campo del conocimiento de la antijuricidad para afirmar que éste no perjudica al autor cuando dicho conocimiento no se corresponde a su rol³⁸⁹:

Ejemplo: Un estudiante contratado para servir mesas en un restaurante, accidentalmente se entera de que se ha utilizado carne de venado en la elaboración de la carne picada incluida en el menú del día. Casualmente, por ser hijo de carnicero, el estudiante sabe que ello está prohibido por una ordenanza administrativa, por lo que ese día sirve el menú con pleno conocimiento de la prohibición. Puesto que su rol se limita al de un auxiliar de camarero, sus conocimientos especiales no le perjudican.

³⁸⁷ Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 44.

³⁸⁸ *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 7, Nm. 49.³⁸⁹ *Vid.* LESCH, *JA*, 1996, p. 505. Según este autor, estas situaciones sólo pueden presentarse en el campo del Derecho penal accesorio y, por lo demás, normalmente el sujeto tampoco será competente del conocimiento de las circunstancias del hecho, por lo que normalmente tales casos ya quedarían resueltos en el campo de la imputación objetiva.

d) *La cuestión de las dudas irresolubles en España*

1. En España, la cuestión ha empezado a discutirse a partir de mediados de los años ochenta. Creo que en nuestro país la situación no es tan acuciante, dado que buena parte de los casos problemáticos en Alemania, los que afectan a los límites de una causa de justificación, encuentran aquí su cauce legal, al menos en la práctica, en las eximentes incompletas de las correspondientes causas de justificación. Sin embargo, siquiera en relación con el error de prohibición directo, los frecuentes casos de oscuridad y caos legislativo junto con las numerosas contradicciones jurisprudenciales, estimuladas por la imposibilidad de que el TS unifique doctrina en muchos delitos, ofrecen un campo abonado a la existencia de dudas insalvables que son merecedoras de mayor atención.

2. BACIGALUPO ha sido el primero en plantearse el problema del conocimiento eventual de la antijuricidad y se ha pronunciado en favor de la posibilidad de atenuar la pena en caso de dudas sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho³⁹⁰. Siguiendo las nuevas tendencias alemanas, considera que un hecho cometido en estado de duda, según las circunstancias en que ésta se produzca, es menos *reprochable* que el cometido con un conocimiento seguro. Concretamente, cuando en caso de haber faltado por completo la conciencia de la antijuricidad, el error hubiese sido inevitable, entiende que la atenuación debería ser obligatoria. También SILVA SÁNCHEZ se pronuncia en favor de un tratamiento privilegiado de las situaciones de duda irresoluble frente a las de conocimiento seguro o de duda disipable, atendiendo a criterios de *exigibilidad*, al entender que aquello que el ordenamiento jurídico está dispuesto a exigir a los ciudadanos cuando éstos dudan acerca del carácter prohibido de un hecho se verá modulado por el cumplimiento de sus deberes de información³⁹¹. Finalmente, MUÑOZ CONDE considera que, en caso de *dudas fundadas* sobre la relevancia jurídico penal de

³⁹⁰ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER en COBO (dir): *Comentarios a la legislación penal*, V, pp. 81-82. Su propuesta, realizada para el ACP, ha sido trasladada sin cambios aparentes al CP actualmente vigente: cfr. *el mismo*, en CONDE-PUMPIDO (dir), *Código Penal*, pp. 497-499. Se adhieren a su planteamiento ZUGALDÍA en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal*, p. 32 y PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 79.

³⁹¹ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 653 y s.

una conducta que no fueran posibles de disipar ni aún con asesoramiento legal, sería admisible el error de prohibición³⁹².

3. El problema se presenta en cómo articular legalmente este tratamiento más favorable. Existe coincidencia en que, según la regulación legal española, el error de prohibición se caracteriza por la *ausencia* de conciencia de la antijuricidad y que, por ello, sus previsiones no pueden ser directamente aplicables a los casos de duda irresoluble, en los que existe conocimiento –eventual– la antijuricidad³⁹³. SILVA apunta el recurso a una construcción analógica o supralegal³⁹⁴. BACIGALUPO concreta más en este punto e indica que la solución pasa por admitir que el error de prohibición, en virtud de su contenido, no es sino una *circunstancia eximente* más que, sin motivos fundados, se ha mantenido separada del resto de eximentes que se agrupan en el art. 20 CP³⁹⁵. Ello supondría que también sería de aplicación al error de prohibición lo dispuesto en los arts. 21.1 y 68 CP, los cuales permiten la atenuación de la pena en caso de eximentes incompletas. El error inevitable de prohibición, como causa de exención plena, supone el concurso simultáneo de *dos* elementos: desconocimiento total de la ilicitud e inevitabilidad del mismo. El error de prohibición vencible, como eximente incompleta, supone la falta de uno de dichos elementos, la inevitabilidad. Pues bien, cuando falta en parte la conciencia de la antijuricidad y se presenta además la inevitabilidad de dicha situación, nos encontraríamos ante un supuesto de eximente incompleta con la correspondiente atenuación de la pena³⁹⁶. Siguiendo este

³⁹² Vid. MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 67-68, si bien parece referirse a situaciones en las que exista una auténtica creencia errónea.

³⁹³ Vid. BACIGALUPO ZAPATER en COBO (dir): *Comentarios a la legislación penal*, V, p. 82 y SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 656 y n. 37. Dicha afirmación, adecuada al art. 6 bis a) del anterior CP, es, a mi juicio, algo más cuestionable en el nuevo art. 14 CP, pues éste se refiere únicamente a la ausencia de error sobre la licitud del hecho como requisito para la imputación plena.

³⁹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 656.

³⁹⁵ Es más, según este autor si dejamos de lado la cuestión de la imputabilidad disminuida, en realidad, el régimen de las eximentes incompletas del art. 21.1 CP sería superfluo y distorsionador, pues sólo cuando exista *error evitable* respecto a la causa de exención tiene sentido la eximente incompleta, con lo que el auténtico régimen de las mismas debería resultar de la simple aplicación de la regulación general del error. Vid. al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, *La Ley*, 1996-3, p. 1429.

³⁹⁶ Con respecto al ACP, la propuesta de BACIGALUPO se veía reforzada por el

razonamiento, últimamente se ha propuesto también la posibilidad de recurrir a una atenuante analógica a la eximente incompleta de error de prohibición³⁹⁷.

3. Valoración

a) Conocimiento eventual

1. Los intentos de responder a la cuestión de los límites del conocimiento de la antijuricidad desde una perspectiva esencialmente psicológica basada en un determinado grado de representación (con o sin elemento volitivo), presentan, en mi opinión, ciertos inconvenientes. La utilización de conceptos muy amplios de conciencia eventual de la antijuricidad para evitar exclusiones político-criminales poco recomendables, como parece que sucede en Alemania, reduce considerablemente el campo de maniobra del error de prohibición vencible. Ello obliga, *a posteriori*, a través de complejos procedimientos interpretativos, a rescatar del interior de la conciencia de lo injusto situaciones que previamente se han definido como conocimiento eventual de la antijuricidad,. Las propuestas de conceptos de conciencia de lo injusto mucho más estrictos pero de corte básicamente psicológico, como el de la “probabilidad preponderante” de DIMAKIS, ofrecen una buena solución a los problemas que se acaban de mencionar pero, en contrapartida, se definen como error supuestos en los que la

hecho de que el propio art. 6 bis a) III remitía también a la atenuación privilegiada para las eximentes incompletas del art. 66 ACP, con lo que compartía absolutamente el régimen de las eximentes incompletas del art. 9.1. Sin embargo en el nuevo CP se ha roto esta coincidencia –*vid. supra* p. 88–.

³⁹⁷ *Vid.* PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 87, si bien considera preferible la propuesta de BACIGALUPO, puesto que la eximente incompleta tenía en el ACP un potencial atenuante superior y no tiene que sufrir las cortapisas legales de las atenuantes muy cualificadas. Este planteamiento choca también con el problema de que el error de prohibición no está incluido en el catálogo de eximentes, con lo que, de seguir en esta línea argumental, creo que seguramente sería más factible una atenuante analógica a la semiinimputabilidad (si se sigue en la lógica del error de prohibición, es decir, por la menor motivación recibida) o a la eximente incompleta de estado de necesidad (más en la lógica de la inexigibilidad cuando, en el caso concreto, la afectación de los intereses del sujeto que se encuentra ante una duda irresoluble supere la simple limitación de su libertad de actuación).

indiferencia, la irracionalidad y el azar se verían recompensados³⁹⁸. En efecto, más allá de la certidumbre, los pronósticos que pueda hacer un sujeto sobre lo que considera más probable, fuera de los que estén fundados sobre factores objetivos, información recibida, etc., no son sino una impresión o sensación más o menos racional: se acaba sustituyendo conocimiento por opinión.

Además, todo planteamiento puramente psicológico, especialmente si se vincula a valoraciones o actitudes del sujeto, presenta problemas de prueba prácticamente insuperables. Parece difícil demostrar en un proceso lo que el sujeto quería o sentía, qué pronóstico o ponderación concreta había efectuado, etc. Es más, muy probablemente, en la mayoría de casos fronterizos entre conciencia y error, el autor no llega siquiera a elaborar mentalmente procesos tan complejos o, en cualquier caso, ante la eventualidad de la prohibición y la permisón, su pronóstico final, si se produce, es básicamente intuitiva. Ante estas dificultades, en la prueba del conocimiento se produce una pretendida reconstrucción de procesos –que tal vez no se han producido nunca– para, finalmente, atribuir las características que, supuestamente, se trata de comprobar: quien actúa en estas condiciones *debe* saber que está prohibido, no *podía* confiar en que estuviera permitido, se *muestra* totalmente indiferente, etc.³⁹⁹.

Si, finalmente, quien posee la conciencia –eventual– de la antijuricidad puede que no esté lo suficientemente motivado y quien no la posee puede ser igualmente plenamente responsable, uno acaba preguntándose cuál es la utilidad de dicho concepto. Parece que la noción puramente psicológica de conocimiento no expresa suficientemente una unidad de valoración jurídico-penal. Sometidos a continuas matizaciones, los conceptos puramente psicológicos acaban perdiendo la seguridad conceptual que ofrecían

³⁹⁸ Si bien debe admitirse que en legislaciones como la alemana, en las que el error admite ponderaciones penológicas en todos los sentidos, parece una solución bastante apta.

³⁹⁹ A pesar de que debería regir el principio *in dubio pro reo* cuando existieran dudas acerca de la existencia de conocimiento de la antijuricidad (*vid.* LACKNER, § 17, Nm. 4). Ello no debe confundirse con la idea de que, en caso de situación *jurídica* dudosa, deba interpretarse la misma de la forma más favorable al reo a efectos de determinar si existía conocimiento eventual de lo injusto (SCHROEDER, *LK*, § 17, Nm. 24 y DIMAKIS, *Der Zweifel*, pp. 38-42).

inicialmente: son demasiado rígidos y acaban abarcando demasiado o demasiado poco.

2. Parece pues que, entre certeza y error, psicológicamente hablando, se presenta una zona de transición, la duda, que sólo puede acabar siendo englobada en uno u otro campo a través de una decisión o ponderación de la misma externa al autor. Especialmente en Derecho español, conceptos como conocimiento de la antijuricidad y error no tienen pretensiones meramente clasificatorias de estados psíquicos, sino que establecen las condiciones en las que se produce una atribución plena –conocimiento–, disminuida –error de prohibición vencible– o una exención de la responsabilidad –error de prohibición invencible–. Pretender que un determinado estado psíquico solvente directamente el problema de la imputación personal plena de la responsabilidad tal vez sea pedir demasiado al mismo. Probablemente la solución se encuentre en que no puede decidirse cuándo un sujeto en estado de duda es consciente de la antijuricidad de su hecho –es decir, ha tenido *suficiente* contacto con la norma– hasta que no se haya producido una *valoración* de tal estado psíquico en atención a los principios que fundamentan específicamente dicha institución, que definen la actividad que del sujeto se espera para obtener el conocimiento pleno del Derecho y que están recogidos en la idea de vencibilidad o evitabilidad. Sólo entonces se podrá cerrar definitivamente el concepto y afirmar que existe conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la responsabilidad plena.

3. Cuestión distinta es la de cuáles son las condiciones psíquicas *óptimas* para observar una norma jurídico-penal. A mi juicio es el *conocimiento –seguridad – del carácter penalmente prohibido del hecho*. Creo que éste es el único dato psicológicamente estable, en el sentido de que automáticamente ofrece siempre como resultado la imputación plena del hecho, sin más. Pero con ello no se agota la descripción de todas las condiciones que permiten afirmar la responsabilidad plena del sujeto, sino que éste es el punto de *referencia* tanto para poder completar y cerrar valorativamente el concepto de conocimiento de la antijuricidad como para orientar la determinación de la vencibilidad en caso de error de prohibición. De tal forma que la línea

divisoria entre conocimiento eventual y error de prohibición⁴⁰⁰ no se presenta como una línea recta definida por el dato cognoscitivo de las probabilidades que se representa el autor⁴⁰¹ sino que, a partir de ello, seguiría un trazado *zigzagueante*. En este sentido me parece acertada la definición de conocimiento de la antijuricidad como “representación seria de la probabilidad de que el hecho esté (jurídico-penalmente) prohibido”, si *seria* implica una ponderación, desde los criterios específicos de la vencibilidad, del déficit cognoscitivo del sujeto que le separa de una situación de motivación efectiva óptima: la carga de la duda (su seriedad) como conocimiento de la antijuricidad es inversamente proporcional al cumplimiento de los deberes de información. Quien, pudiendo hacerlo, no aclara la situación ante una duda, debe asumir el riesgo de la posibilidad de la prohibición. Quien, habiéndose informado *suficientemente*, no consigue una definición clara del panorama jurídico, se halla en un estado de duda que no puede ser definido –normativamente– como conocimiento. En la zona intermedia se sitúan quienes no se informan suficientemente pero se guían por algunos elementos que razonablemente (desde los criterios de vencibilidad del error) apuntan hacia la legalidad, en los que la ponderación para definirlos como conocimiento o error debe efectuarse caso por caso. En definitiva, sólo la duda como estado normativo y no como puro estado psicológico, debe ser equiparada al conocimiento seguro de la antijuricidad penal del hecho.

b) Dudas irresolubles

1. Respecto a la cuestión de las dudas irresolubles, creo que es conveniente efectuar alguna precisión previa. Debe tenerse en cuenta que el tratamiento en el ámbito de la culpabilidad o la imputación personal de todos estos problemas está, lógicamente, condicionado por el hecho de que no se

⁴⁰⁰ En el sentido de la legislación española: frontera entre la imputación plena o disminuida del hecho. Es por ello que a diferencia del modelo alemán, en nuestro modelo las ponderaciones normativas no pueden desligarse del concepto conocimiento.

⁴⁰¹ Pronóstico que tiene un menor número de referentes objetivos al alcance directo de un ciudadano ordinario en el caso del conocimiento de la antijuricidad que no en el caso del dolo típico. El primero no es más que pronóstico del sujeto sobre la existencia de un elemento normativo (*prohibido*), respecto al cual una de las respuestas más habituales es : “no lo sé”.

haya encontrado una solución en un escalón sistemático anterior. Así, en algunos supuestos, las dudas indisipables pueden ser fruto de la vulneración del principio de legalidad por infracción del mandato de determinación por parte del legislador⁴⁰². En otros, el problema no es tanto de delimitación entre conciencia de la antijuricidad y error de prohibición sino que previamente es una cuestión de dolo eventual⁴⁰³. Otros pueden tratarse a través de las eximentes incompletas de las correspondientes causas de justificación⁴⁰⁴.

2. Por otra parte, mayoritariamente se entiende que *duda irresoluble* acerca de la antijuricidad de un hecho es toda falta de certidumbre que, a pesar de los esfuerzos de reflexión e información exigibles, no es posible eliminar: el sujeto no es el *responsable* de la existencia de la duda. *Error de prohibición inevitable* es todo desconocimiento de la antijuricidad que, a pesar de la reflexión y la información exigibles, no es posible eliminar: el sujeto no es el *responsable* de la falta de conocimiento suficiente. Parece claro, pues, que los criterios para determinar la vencibilidad del error y el carácter irresoluble de la duda son los mismos. Ahora bien, cosa distinta –y no del todo correcta a mi juicio, salvo que se acepte un concepto normativo de conocimiento– es que

⁴⁰² En el caso de variaciones jurisprudenciales también empieza a plantearse si auténticamente la conducta era típica *ab initio*.

⁴⁰³ Cuando el sujeto de lo que no está seguro es de si producirá la situación típica o no, pero no duda de que, caso de producirse, aquella está prohibida.

⁴⁰⁴ Así, algunos supuestos del tipo b) y c) –*vid. supra* p. 155–. En muchos casos del tipo c), a mi entender, más que de dudas acerca de qué deber es el existente, se trataría de auténticos casos de conflicto de deberes, en los que existen dudas sobre cuál de ellos es preferente, o bien de dudas acerca de los límites del cumplimiento de un deber. Permítaseme una reflexión respecto a esta última clase de error de prohibición. Habitualmente, cuando se habla de un error sobre los límites de una causa de justificación, se hace referencia a supuestos que, desde el punto de vista de las causas de justificación, constituirían un *exceso extensivo*, por lo que tal error sólo puede tener alguna incidencia como error de prohibición. Sin embargo, también pueden existir errores de prohibición (o situaciones de duda como las de los ejemplos) respecto a elementos que determinan la producción de un *exceso intensivo*, con lo que también sería posible la concurrencia de una eximente incompleta antes de pasar a la apreciación del error de prohibición. Es más, probablemente la mayoría de casos de exceso intensivo se explican por concurrir situaciones de error (sea sobre los presupuestos objetivos, sea de prohibición) por lo que me atrevería a plantear la posibilidad de excluir la eximente incompleta caso de no existir equivocación alguna. Ejemplo: ¿sería de aplicación la eximente incompleta de cumplimiento de un deber a quien, siendo necesario en abstracto el uso de la fuerza, es perfectamente consciente de que resulta excesivo el modo concreto con que la emplea?

⁴⁰⁵ *Vid.*, por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 85.

toda situación de duda irresoluble se corresponda, caso de existir desconocimiento, con un error invencible⁴⁰⁵. Precisamente si existen dudas es normalmente porque en la situación existen suficientes indicios de antijuricidad como para que un error fuese vencible.

Veámoslo con un ejemplo:

Un sujeto se encuentra en una situación de duda *irresoluble* ante ciertos aspectos de una ley penal reciente, cuyo contenido es poco claro, no existe jurisprudencia y la opinión doctrinal está dividida. En estas condiciones no puede descartar seriamente ninguna de las dos posibles calificaciones del hecho (prohibido o permitido) y queda definitivamente encallado en un estado de duda, es decir, *conociendo la eventual antijuricidad del hecho* (al menos tal como se entiende mayoritariamente). Ahora bien, si en esa misma situación, se hubiese producido un error y el sujeto considerara que su conducta estaba permitida, probablemente dicho error sería *vencible* porque, dadas las circunstancias, toda persona que se informara sobre la situación no hubiese podido confiar en que el hecho era lícito y descartar la posibilidad de que estuviera prohibido, es decir, hubiese podido salir de su desconocimiento y adquirir el *conocimiento eventual* de la antijuricidad, aunque fuera en forma de duda irresoluble. En conclusión, los mismos baremos permiten afirmar que el sujeto no es responsable de la situación de incertidumbre pero, en cambio, sí sería responsable de la situación de desconocimiento. La duda sería irresoluble, el error sería vencible⁴⁰⁶.

En realidad, las situaciones de duda en las que de faltar la conciencia de la antijuricidad se produciría un error de prohibición invencible no son simplemente dudas irresolubles sino dudas *irrazonables* que no deben ser consideradas conocimiento de la antijuricidad:

Ejemplo: Una prestigiosa firma de abogados asegura categóricamente a su cliente, A, mediante un dictamen, que una determinada conducta no es constitutiva de delito societario. Previamente se habían evacuado consultas con los servicios jurídicos de la empresa, con el mismo resultado. A pesar de todo, A confiesa ante su consejo de administración que “no las tiene todas consigo” y presiente que “esto puede acabar mal”. Efectivamente, los tribunales consideran

⁴⁰⁶ Si se considera que la posibilidad de adquirir un conocimiento –eventual– de la antijuricidad en forma de duda irresoluble no es apto para ser definido como error de prohibición *vencible*, y que, por tanto, nos encontramos ante un error de prohibición *invencible* significa que, en realidad, esa duda irresoluble no puede asimilarse al conocimiento de la antijuricidad.

que el hecho cometido es constitutivo de delito⁴⁰⁷.

Probablemente el problema radique en que una cuestión es la definición de la duda como irresoluble y otra distinta es el tratamiento de la misma, que podría ir desde la simple atenuación en el marco penal ordinario hasta la exclusión total de la responsabilidad al no ser equivalente el conocimiento pleno de la antijuricidad.

3. Por otra parte, resulta de utilidad distinguir aquellas situaciones en que las dudas acerca de la antijuricidad hallan su causa en el *objeto* de la conciencia de lo injusto, esto es, se presentan porque la situación jurídica es *objetivamente incierta* al no ser posible un pronóstico claro dada la poca determinación de la ley, lo excepcional de la situación, la falta de pronunciamientos judiciales o la contradicción de los mismos⁴⁰⁸. Frente a ello se presentan supuestos en los que la situación jurídica es razonablemente clara pero en los que, dado que el sujeto ha de decidir rápidamente, la decisión debe adoptarse con información incompleta.

4. Finalmente, es importante, identificar, dentro de lo posible, por una parte la problemática propia del conocimiento de la antijuricidad, es decir, los aspectos vinculados exclusivamente a la valoración de la presencia o ausencia de factores motivacionales provenientes de la norma. Y por otra, los aspectos vinculados a la inexigibilidad en sentido estricto, es decir, las presiones motivacionales derivadas de la *situación concreta* en que se encuentre el sujeto, que actúan como contrapeso de la motivación obtenida a partir de

⁴⁰⁷ El ejemplo tiene poca trascendencia práctica pero demuestra que el conocimiento del injusto sólo es relevante cuando objetivamente existe un riesgo razonable, conforme a las reglas de obtención de conocimiento del Derecho, de infracción de la norma. Es decir, que primero es preciso un juicio de vencibilidad, para posteriormente determinar si, además, existe conocimiento. En este sentido, coincido con JAKOBS (*vid. supra* p. 162).

⁴⁰⁸ Como ya se ha indicado, en muchos de estos casos podrían presentar problemas con el mandato de determinación y la prohibición de retroactividad, etc. (v. NEUMANN en NK, § 17, Nm. 41: no se trata de un problema de *déficit de información* sino de *déficit de regulación*), con lo que la solución en sede de culpabilidad de estos problemas tal vez sólo sea una ubicación provisional o espúrea del problema. En cualquier caso, a mi juicio, quedarían necesariamente en el ámbito del error de prohibición situaciones de oscuridad transitoria, como, por ejemplo, las dudas acerca de los límites típicos de un nuevo delito.

conocimiento del Derecho. En este ámbito resultará decisivo determinar si los efectos de tales presiones pueden valorarse de forma distinta por el hecho de que el sujeto se encuentra en un estado de duda acerca de la antijuricidad que en ese momento no puede ser disipada. A pesar de que en muchos casos sólo la asociación de ambos aspectos –una cierta disminución del aporte motivacional proveniente de la norma y un cierto aumento de la presión situacional– adquiera suficiente importancia como para plantear la necesidad de una atenuación de la pena, continúa siendo útil diferenciar ambos componentes. El primer aspecto pertenece estrictamente a la disciplina específica de la conciencia de lo injusto y el error de prohibición, el segundo, a las causas de inexigibilidad.

5. El problema de las dudas irresolubles puede afrontarse, en relación al conocimiento de la antijuricidad desde una perspectiva *estática*: una vez determinado el punto a partir del cual el sujeto ha recibido una motivación *suficiente* (serias dudas sobre la licitud del hecho), la cuestión queda cerrada por lo que al error de prohibición se refiere⁴⁰⁹. Si la conciencia –eventual– de lo injusto se construye unilateralmente a partir de lo que se conoce, el problema de las dudas irresolubles debe tratarse fuera del ámbito del error de prohibición. Mientras no pueda llegarse a la conclusión objetiva y razonablemente segura de que la conducta es lícita, la información que se posee y que mantiene al sujeto en estado de duda es *suficiente* para considerar que el hecho está prohibido. Ello significaría sin embargo negar prácticamente la propia existencia de situaciones de incertidumbre, puesto que el sujeto continúa teniendo una pauta de actuación: el hecho está prohibido.

Desde una perspectiva *dinámica*, las cosas pueden verse de una forma algo distinta. La determinación de la motivación *suficiente* (el conocimiento eventual) es fruto tanto de la cantidad de información que se posee como de la valoración del *factor de incertidumbre*. Como todo déficit de conocimiento, éste debe ser valorado a través de los baremos de la vencibilidad: concurrencia de motivos sobre los que fundamentar la sospecha de antijuricidad y examen de la situación recabando información externa. Así, en los casos ordinarios de

⁴⁰⁹ Lo cual no significa, como ya se ha visto, que no se dé tratamiento al problema a través de la inexigibilidad.

conocimiento eventual, el sujeto se encuentra en una situación equiparable al conocimiento seguro no sólo por lo que sabe sino también porque es completamente responsable también del factor de incertidumbre. Ahora bien, cuando un ciudadano se enfrenta a una situación *objetivamente* incierta, aquél no es responsable de su desconocimiento (sino que la confusión proviene del ordenamiento jurídico) y el factor incertidumbre pierde su peso. Queda sólo una simple representación de una posibilidad de antijuricidad sin otros factores racionales⁴¹⁰ que puedan confirmarla, situación absolutamente distinta a un caso de conocimiento eventual propiamente dicho, donde la representación de la posible antijuricidad está enriquecida por la responsabilidad por el déficit de conocimiento. Se tratará por tanto de un caso de falta de conocimiento *suficiente* (error), normalmente inevitable.

Cuando un sujeto se enfrenta a una situación de duda en la que, circunstancialmente, no es posible alcanzar el conocimiento seguro, la situación es más compleja. A diferencia de la incertidumbre objetiva, en este supuesto la antijuricidad del hecho sigue presentándose ante el autor como una posibilidad racionalmente *determinable* (técnico-jurídicamente pronosticable), si bien en su caso concreto no esté a su alcance al no poder recurrir a más información. Continúan existiendo claro indicios de antijuricidad que no han podido ser desvirtuados. Al no haber perdido el factor de incertidumbre todo su peso, la motivación recibida parece en principio suficiente. Sin embargo, a diferencia de los casos de conocimiento eventual equiparable al conocimiento seguro, no está en su mano la posibilidad de obtener tal conocimiento. La vía de la atenuante analógica seguramente sería la más acertada, sin perjuicio de que también tengan cabida, según la situación concreta, aspectos de inexigibilidad.

⁴¹⁰ Normalmente estas situaciones se producen porque es necesaria la aplicación de reglas de identificación (u obtención) del Derecho que intermedian entre el ciudadano y la norma (o, incluso, la reelaboran) para decir si algo está o no está prohibido en un momento concreto: ponderando el papel de la jurisprudencia, de la Administración, el peso de la doctrina, etc. Normalmente estas reglas permiten afirmar con una seguridad razonable (conforme a la técnica jurídica) si algo está prohibido o permitido. En tal caso el Estado habrá cumplido con su parte. Ahora bien, cuando mediante dicha técnica directa no es posible llegar a una conclusión (contradicciones jurisprudenciales, nueva normativa poco clara, etc.) se presentaría la duda objetivamente indisipable.

D. Formas del conocimiento de la antijuricidad

1. La actualidad del conocimiento de la antijuricidad

1. Si hasta ahora se ha analizado la frontera entre el conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición “consciente”, quedan por trazar los límites entre el conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición “inconsciente”. Hoy en día existe acuerdo en que uno de los requisitos de la conciencia de lo injusto es su *actualidad*, es decir, que el autor ha de ser *efectivamente* consciente de lo injusto del hecho *en el mismo momento* de su realización⁴¹¹. Así lo requiere expresamente el § 17 StGB (“si, *al cometer el hecho,...*”) ⁴¹². Ahora bien, la actualidad –es decir, la realidad– de la conciencia de lo injusto no debe ser entendida como la exigencia de un proceso de reflexión sobre la antijuricidad del hecho en el preciso instante de su comisión que acabe en una nítida representación de la misma o, de lo contrario, este requisito no se cumpliría en muchos delitos, especialmente en los hechos cometidos impulsivamente, con habitualidad o bajo fuertes estados pasionales. No se trata, pues, de que el sujeto piense explícitamente “lo que estoy cometiendo es un hecho injusto”⁴¹³, sino que basta con un saber implícito que, de alguna forma, esté presente e incida en el comportamiento del autor. Compendiando las estructuras psicológicas ya desarrolladas para solucionar problemas similares en el ámbito del dolo, se suele utilizar el término *coconsciencia*⁴¹⁴ de lo injusto para señalar el límite mínimo de la actualidad del

⁴¹¹ Vid., por ejemplo, ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 26, OTTO, *Grundkurs*, 5ª ed. § 13, Nm. 46 y LESCH, *JA*, 1996, p. 504, con múltiples referencias.

⁴¹² Recuérdese que cuando la doctrina alemana se refiere a la conciencia de lo injusto hace referencia al concepto recogido en el § 17 StGB como situación que excluye el error de prohibición. Se trata, pues, de definir el concepto *legal* de conciencia de lo injusto que, como el propio § 17 StGB establece, no comprende todo el abanico de posibilidades que permiten imputar plenamente el hecho: quedarían todavía los errores vencibles no atenuables. Cuestión distinta es que parte de la doctrina alemana otorgue un papel residual a este segundo grupo de supuestos e identifique prácticamente conciencia de lo injusto y culpabilidad plena; *vid. supra* pp. 111-117

⁴¹³ RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 14.

⁴¹⁴ Por ajustarse más a la idea de situación próxima a la conciencia, VENTURA PÜSCHEL, *PJ*, 1993 (26), p. 167, n. 16, aboga por el término “paraconsciencia” como traducción de *Mitbewußtsein*.

mismo⁴¹⁵. Con ello se hace referencia a los conocimientos internalizados por el sujeto a lo largo de su socialización (como el carácter prohibido del grupo central de las conductas delictivas) que están presentes e inciden en el comportamiento del sujeto en el preciso instante de la comisión del hecho sin necesidad de ninguna formulación explícita ni esfuerzo de memoria. Dichos conocimientos se han integrado en la conciencia del sujeto como “la sangre y la carne”⁴¹⁶, de tal manera que la conducta está realmente orientada por estos factores “co-conscientes”, sin necesidad de reflexión, puesto que la antijuricidad del hecho se asocia de forma inherente a la percepción de la situación.

Ejemplo: El ratero expresa a través de sus movimientos sigilosos en la obscuridad una conciencia de la antijuricidad sobre la que, muy probablemente, no está reflexionando en esos momentos⁴¹⁷.

2. El establecimiento de estos límites mínimos de conciencia, de vital importancia desde las posiciones de la teoría del dolo, tiene una importancia relativa desde posiciones de la teoría de la culpabilidad⁴¹⁸. Es más, desde esta postura se patrocinan conceptos de conciencia actual psicológicamente muy estrictos básicamente para poner en aprietos a sus adversarios. Sin embargo, hoy en día la cuestión ha perdido intensidad y se ha tendido hacia un amplio consenso una vez desligado el problema de la lucha entre las distintas

⁴¹⁵ Tal vez impropriamente, pero con esta expresión suele compendiarse la explicación de tales fenómenos efectuada, con distintos matices, durante los años sesenta, especialmente por PLATZGUMMER (*Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964), que introdujo el término *co-consciencia* para hacer referencia al fenómeno de que, junto a la percepción de un objeto, se produce automáticamente la de sus cualidades y sentidos; por SCHMIDHÄUSER (*Hellmuth Mayer-FS*, 1966, pp. 317-338), que, profundizando en el campo de la conciencia de lo injusto, indicó que, a menudo, ésta funcionaría directamente a través de representaciones material-ideales sin necesidad de una expresión lingüística elaborada; y, finalmente, por SCHEWE (*Bewußtsein und Vorsatz*, 1967), que pretendió dar una mayor concreción a la incidencia psíquica de tales estructuras a través de la idea “estar orientado” por ese conocimiento. Cfr. un resumen de estas posiciones en el campo del dolo en ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 12, Nm. 111-118; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 58-66 y VENTURA PÜSCHEL, *PJ*, 1993 (26), p. 168-173; cfr. también, desde una perspectiva crítica, MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 29-31.

⁴¹⁶ RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 14.

⁴¹⁷ *Vid.* ROXIN, *AT I*, 3ª ed., § 21, Nm. 27.

⁴¹⁸ *Vid.* JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 26.

teorías⁴¹⁹, aceptándose las “ampliaciones psicológicas” de la noción de conciencia actual que se acaban de mencionar para determinar el grado mínimo de incidencia motivacional de la norma a partir del cual puede descartarse el error de prohibición⁴²⁰. Probablemente ello no responda únicamente a la solidez de las argumentaciones sobre las que se sustenta sino también a que, mientras pueda afirmarse la conciencia de lo injusto como un dato psicológico constatable, la discusión se mantiene en unos parámetros menos polémicos que si tuviera que fundamentarse de forma exclusivamente normativa la plena culpabilidad de quien actúa irreflexivamente⁴²¹.

En efecto, algún autor⁴²² insiste en que, a pesar de todo, continúan existiendo una serie de situaciones en las que no se produce –o, al menos, no se pueda probar– esa mínima presencia consciente del conocimiento de la antijuricidad y, a pesar de todo, se afirma su existencia para evitar situaciones embarazosas. Se esgrimen casos como los estados pasionales o ciertos delitos cuando se producen con habitualidad o con nulas perspectivas de ser descubiertos: malos tratos familiares, incumplimientos de deberes de asistencia familiar, injurias, rufianismo, etc.

3. Especialmente problemática resulta la afirmación de la actualidad del conocimiento de la antijuricidad cuando se producen anomalías o alteraciones psíquicas y ciertos estados pasionales⁴²³. Estos supuestos pueden ser

⁴¹⁹ Vid. STRIEN, *Einflüsse des deutschen Strafrechts*, p. 84, n. 294.

⁴²⁰ Vid., ya tempranamente, RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, pp. 147-157. Además de los autores ya citados, vid. NEUMANN en NK, § 17, Nm. 32; OTTO, *Jura*, 1990, p. 647 y s.; SCHROEDER, *LK*, § 17, Nm. 26; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 17, Nm. 9. Parecen mantener un criterio menos estricto JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 c): “imagen de lo injusto presente en forma latente únicamente en la *capa personal* aunque no se halle actualizado en el hecho mismo”, pensando en los delitos cometidos bajo fuerte estado pasional. En otro sentido, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 26, que mantiene un concepto de conciencia algo más exigente –*bewußte Mieterleben*– que el habitual.

⁴²¹ Fenómeno observable también en la jurisprudencia a través de una cierta imputación de conocimiento en los casos dudosos: vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 657 y s.

⁴²² JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 26. En la problemática similar que se plantea en materia de dolo JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 8, Nm. 10-14 ya formula algunas objeciones a esta tendencia mayoritaria que, en su opinión, va debilitando el contenido psicológico del elemento intelectual del dolo y que recurre a ficciones para evitar lagunas de punibilidad.

⁴²³ Vid., sobre lo que sigue, RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 15-17.

especialmente complicados si, por su intensidad, tales anomalías no reúnen los requisitos legalmente establecidos para excluir –o atenuar– la imputabilidad pero, en cambio, llegan a impedir que se haga presente el conocimiento de la antijuricidad, siquiera co-conscientemente. Máxime si se tiene en cuenta que, de apreciarse en tales casos un error de prohibición por ausencia de conciencia actual de la antijuricidad, es muy probable que se concluya que el mismo era personalmente inevitable. Para impedir que por vía indirecta se acaben alterando los límites legales de la exclusión de la imputabilidad, RUDOLPHI propone que, cuando los impedimentos a la actualización del conocimiento de la antijuricidad tengan como *única* causa alteraciones psíquicas vinculadas a las causas de inimputabilidad, sólo sea de aplicación la regulación legal de estas últimas⁴²⁴.

4. En cualquier caso, no toda la información e indicios acerca del carácter prohibido de un hecho que posee una persona permanece en este estado latente y se activa tan pronto se presenta la ocasión. Quedan excluidos de la conciencia de lo injusto aquellos datos que efectivamente se han poseído pero que, por algún motivo, no han aflorado en la conciencia del sujeto en el momento de su comisión. Es el denominado a veces *conocimiento inactual*⁴²⁵, ese saber que podía haberse hecho presente o actualizado en el momento del hecho mediante la reflexión, en cuyo caso hubiese comportado la real conciencia de la antijuricidad del hecho. Mayoritariamente es considerado como una falta de comprensión del injusto y, por tanto, de error de prohibición⁴²⁶.

5. En España suelen aceptarse, muy someramente, los planteamientos

⁴²⁴ RUDOLPHI en *SK*, § 17, Nm. 17. Todo ello no sería obstáculo a que se aplicara el error de prohibición si la falta de conciencia tuviera otra causa distinta. Coinciden en que no es precisa la actualización del conocimiento en caso de estado pasional, JESCHECK-WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 41, I 3 c). En contra de la renuncia a una conciencia actual, SCHROEDER, *LK*, § 17, Nm. 26, si bien considera que, cuando la intensidad de la afectación de la capacidad de culpabilidad no llega a los mínimos legales, el conocimiento de la antijuricidad es, al menos, co-consciente. También en contra ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 72 y § 20, Nm. 28 y 35.

⁴²⁵ Ejemplo: una persona sabía que tiene concertada cita con el médico a las cuatro de la tarde del jueves pero ese día a esa hora no lo recordó.

⁴²⁶ RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., Abs. 19, Nm. 26; *vid.* ROXIN, *ATI*, 3ª ed., § 21, Nm. 27; SCHROEDER, *LK*, § 17, Nm. 26.

mayoritarios alemanes para solucionar el problema de los niveles mínimos necesarios para afirmar que se había advertido la antijuricidad del hecho⁴²⁷. En realidad la cuestión del conocimiento actual ha interesado más bien desde la perspectiva de la lucha de doctrinas y se ha vinculado más al tema de la atenuación obligatoria o facultativa del error de prohibición que al propio concepto de conocimiento de la antijuricidad⁴²⁸. BUSTOS RAMÍREZ es la principal voz discrepante en la cuestión estrictamente interna de la actualidad como representación consciente. Este autor entendía que en el art. 6 bis a III ACP no se trataba de un problema de conocimiento-error sino de la comprensión que tiene el sujeto respecto al conjunto de su obrar. Dicha comprensión se posee o no se posee, por lo que no tiene sentido plantearse su actualidad. Es más, la actualidad del conocimiento, afirma, es absolutamente indemostrable en un proceso penal y, además, no existe en la mayoría de delitos culposos⁴²⁹.

2. *Conocimiento actual, potencial y eventual: delimitación*

1. El problema del *conocimiento actual*, es merecedor de algunas precisiones, tal vez más conceptuales que prácticas, pero que pueden ser de interés tanto por algunas confusiones que las mismas originan como por ser un indicador de ciertas tendencias. La cuestión del conocimiento actual fue utilizada históricamente como arma arrojadiza por el finalismo para poner

⁴²⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 657; COBO-VIVES, *PG*, 4ª ed., p. 602, n. 39; GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, p. 376. En términos generales también entiende que es bastante ese conocimiento concomitante MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 46 y 48, si bien se muestra crítico con algunos aspectos (cfr. pp. 29-31); sobre la posición de este autor cfr. también STRIEN, *Einflüsse des deutschen Strafrechts*, p. 84, n. 295.

⁴²⁸ Vid. por ejemplo, MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 44, sobre la incompatibilidad de la lógica del conocimiento-desconocimiento con la teoría de la culpabilidad, los argumentos en contra de GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, pp. 376-378 y la posición intermedia de MUÑOZ CONDE, *El error*, pp. 42 y ss.

⁴²⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *ADPCP*, 1985, p. 715 y s. (*vid.*, también, *supra*, n. 202). Crítico al respecto, MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 76, n. 19. El planteamiento, discrepancias terminológicas al margen, recuerda claramente la propuesta de WELZEL sobre el conocimiento inactual que se verá a continuación. Ahora bien, según BUSTOS si el sujeto posee una conciencia distinta, tendrá que atenuarse o excluirse la pena. También afirma que el conocimiento de la antijuricidad no ha de revestir el carácter "actual" en la regulación española, HUERTA TOCILDO, *CDJ*, XVIII-XX, pp. 256-257

en aprietos a la teoría del dolo. En principio, desde una perspectiva *general*: exigir para la responsabilidad *dolosa* necesariamente la conciencia efectiva de la antijuricidad suponía remitir todos los casos de error de prohibición a la imprudencia, con todos los problemas y lagunas que ello acarrea⁴³⁰. Ya es conocida la propuesta del finalismo: para la culpabilidad es suficiente con la *posibilidad* de conocimiento de la antijuricidad, lo que algunos autores vinieron a denominar *conocimiento potencial*⁴³¹ y, por consiguiente, si el conocimiento actual concreto dejaba de condicionar el carácter doloso del delito, quedaban superadas las lagunas de la incriminación imprudente. Sin embargo, ello no era óbice para que no se siguiera manteniendo la distinción, sobre la base de su diferente naturaleza psíquica, entre el conocimiento actual de la antijuricidad y el conocimiento potencial, *o lo que es lo mismo*, el error de prohibición evitable⁴³², a efectos, en este segundo caso, de cuantificar el grado concreto de culpabilidad. Toda vez que, como se reconocía abiertamente, el error de prohibición evitable podía, pero no debía necesariamente, atenuar la culpabilidad⁴³³.

A partir de este premisa, la cuestión del conocimiento actual era utilizada en aspectos *concretos* de la crítica a la teoría del dolo. Si, según ésta, el conocimiento de los elementos que conforman el tipo y el conocimiento de la antijuricidad debían integrar un mismo elemento, el *dolus malus*, por coherencia interna ambos factores debían ser psicológicamente uniformes, es decir, el sujeto debía ser consciente de la antijuricidad del hecho de la misma manera que percibía y se representaba el supuesto de hecho típico. Desde el finalismo se objetó que esta representación positiva de la antijuricidad frecuentemente no se producía ni en el propio núcleo del Derecho penal (en delitos de comisión espontánea, en situaciones pasionales, en delincuentes habituales), por lo que, según la lógica de la teoría del dolo, o se operaba con

⁴³⁰ *Vid. supra* p. 27.

⁴³¹ *Vid.* MAURACH, *Tratado II*, p. 135 y ss, en especial p. 139. Aunque coincide con el planteamiento, no parece que WELZEL utilizara este término.

⁴³² *Vid.* MAURACH, *Tratado II*, p. 148.

⁴³³ *Vid.* MAURACH, *Tratado II*, p. 146 y 148. Consecuencia no sólo *posible* desde sus planteamientos dogmáticos, sino casi *obligada* político-criminalmente por la estrategia de restricción del conocimiento actual como dato psicológico.

ficciones de conciencia de lo injusto o, si se era coherente, hechos muy graves sólo se hubiesen podido castigar por imprudencia⁴³⁴. En cambio, desde la teoría de la culpabilidad acepta que no existía en estos supuestos una representación actual de la antijuricidad, no era un obstáculo insalvable, puesto que, aunque se pudiera hablar de ausencia de conciencia, ésta no sería disculpable en absoluto sino tan reprochable como la plena conciencia de la antijuricidad. Adviértase que, a diferencia de la objeción general recogida en el párrafo anterior, esta segunda objeción no se fundamentaba únicamente sobre las distintas concepciones del tratamiento de error de prohibición, sino que presuponía, además, un noción psicológica del conocimiento característico del dolo (y, por extensión, del conocimiento de la antijuricidad) muy restringido y esquemático: una representación clara y precisa, casi reflexiva⁴³⁵. Esta visión tan limitada de la conciencia de lo injusto fue admitida por el propio BGH en los años cincuenta⁴³⁶.

2. WELZEL, sin diferir en esencia con lo que se acaba de exponer, ofreció un enfoque *específico*, una matización adicional, a esta segunda cuestión mediante el concepto de *conocimiento actualizable*⁴³⁷. Este autor

⁴³⁴ Hasta el punto de que, de ser coherentes con la necesidad de una representación actual, prácticamente no quedarían delitos dolosos (*vid.* WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 106).

⁴³⁵ Muy claramente WELZEL, *MDR*, 1951, p. 66; *el mismo*, *El nuevo sistema*, p. 106. *Vid.*, también, MAURACH, *Tratado II*, pp. 136-138.

⁴³⁶ Cfr. *NJW*, 1952, pp. 595, IV. 2 (trad. *-vid. supra* n. 63-, p. 291): [refiriéndose a la teoría del dolo] “sólo puede llegar a la pena por comisión dolosa si el autor en el momento de la realización del tipo era consciente de estar haciendo algo antijurídico. Esto, sin embargo, como muestra la experiencia diaria, frecuentemente no es así. Muchos hechos delictivos, y precisamente también delitos graves, se cometen en un estado de fuerte excitación emocional, en un arrebato pasional o estando bajo la fugaz impresión del momento. En este estado emocional, el autor no es frecuentemente consciente de la prohibición, aunque de por sí la conozca, y mucho menos está en condiciones de reflexionar acerca de si su actuación es antijurídica”. No obstante, parece que el BGH tiende a denominar error –que puede no ser atenuado– a toda falta de representación actual (cfr. trad. pp. 291-293, Nm. 39, 41, 46 y 47-48).

⁴³⁷ *Vid.* WELZEL, *El nuevo sistema*, pp. 106 y 112-114; críticamente, KORIATH, *Jura*, 1996, pp. 120-121. Debe remarcarse que las propuestas de WELZEL son anteriores al actual § 17 StGB, por lo que sus conceptos no tenían como referente la configuración legal vigente y que, por otra parte, su concepción originaria es anterior a la propia aceptación jurisprudencial del error de prohibición, por lo que los problemas sobre la actualidad que a continuación se señalan eran sentidos por aquel entonces como un impedimento real al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición. Resulta por ello de utilidad

también diferenciaba entre conocimiento de la antijuricidad y desconocimiento o error de prohibición. Ahora bien, bajo el primer concepto, conocimiento, englobaba dos situaciones distintas en las que el sujeto es positivamente conocedor de la antijuricidad: la *conciencia* o representación efectiva de la antijuricidad en el momento de la realización del hecho y el *conocimiento inactual*, esto es, los conocimientos que integran el saber del sujeto y que puede actualizar, es decir, hacer conscientes en cualquier momento⁴³⁸. Así, por ejemplo, en los delitos cometidos impulsivamente no existía conciencia de la antijuricidad (representación) pero sí conocimiento (saber inactual). Finalmente, cuando ni siquiera se poseía ese conocimiento, pero hubiese sido *posible* adquirirlo, se presentaría propiamente un error de prohibición evitable⁴³⁹.

Las tres posibles situaciones, conciencia de lo injusto, conocimiento – no actualizado– de lo injusto y posibilidad de tal conocimiento o error tendrían en común ser por igual el fundamento de la reprochabilidad, pero se diferenciarían por su distinto grado: las dos primeras (que constituirían el conocimiento de la antijuricidad en sentido amplio) serían merecedoras siempre del máximo reproche, pues en tales supuestos es “...cuando más fácil le es [al sujeto] la autodeterminación conforme a sentido (...) el reproche de culpabilidad reviste en este caso la máxima gravedad”⁴⁴⁰. El reproche en caso de error podría disminuir según la evitabilidad del mismo.

3. Cuando, posteriormente, las investigaciones de los años sesenta ofrecieron fundamento psicológico a la ampliación de la conciencia o conocimiento actual de la antijuricidad hacia situaciones de conocimiento

adoptar la perspectiva del momento en que se produce la discusión.: cfr. WELZEL, *MDR*, 1951, pp. 65-67; *vid.*, también *supra* pp. 24 y 30.

⁴³⁸ “El autor «sabe» sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce también las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piense actualmente en ellas”(WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 106). Posiblemente entre este conocimiento actualizable no se cuenten aquellos saberes que sólo con un gran esfuerzo serían recuperables: *vid.* RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 158.

⁴³⁹ Es decir, propiamente no era un conocimiento o saber del sujeto sino un conocimiento que podía adquirirse mediante la reflexión y la búsqueda de información; *vid.* WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 112.

⁴⁴⁰ WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 112.

irreflexivo o concomitante, WELZEL las rechazó abiertamente⁴⁴¹. No obstante, tras la definitiva consolidación legal de la teoría de la culpabilidad que supuso el nuevo § 17 StGB, el problema concreto del conocimiento actualizable perdió peso estratégico, cosa que favoreció un notable consenso doctrinal en torno a un nuevo concepto psíquicamente unitario de conciencia o conocimiento de la antijuricidad en los términos vistos en el epígrafe anterior. De hecho, dentro de esta “nueva” co-conciencia de lo injusto se incluyen la mayoría de supuestos que WELZEL denominaba formas de conocimiento inactual, con lo que en sus resultados finales no se produjeron cambios importantes⁴⁴². Pero, sin duda, la situación actual supone un cierta regresión (hablando en términos cronológicos) hacia un mayor psicologismo puesto que el reproche *pleno* de culpabilidad queda automáticamente vinculado a un determinado estado psíquico –en este punto un determinado nivel de conciencia– del sujeto sin necesidad de aunar situaciones psíquicamente diversas (conciencia en sentido estricto y conocimiento inactual en la concepción de WELZEL) remontándose a su fundamentación normativa común. La estructura profunda de la teoría del dolo ha conseguido sobrevivir en este aspecto.

4. Así las cosas, es absolutamente correcta la idea de que la teoría de la culpabilidad vino a substituir el conocimiento actual por el conocimiento potencial en el sentido de que la posibilidad de conocimiento ha ocupado el lugar del conocimiento efectivo en la función *sistemática* de presupuesto mínimo de culpabilidad *por un hecho doloso*. Pero ello no significa que se haya producido una substitución completa de conceptos. El conocimiento (actual, real, efectivo) continúa siendo, para la doctrina dominante el punto de referencia en oposición al cual se elabora dogmáticamente el error de

⁴⁴¹ Vid. WELZEL, *DP*, p. 227.

⁴⁴² Así considera que son prácticamente coincidentes GRACIA MARTÍN, *APen*, 1994-2, p. 376, n. 364. De todas formas podrían subsistir algunos supuestos excluidos de la conciencia actual de lo injusto tal como se entiende mayoritariamente hoy en día en Alemania y que formarían parte de ese conocimiento actualizable manejado por WELZEL: conocimientos muy fácilmente actualizables que en el caso concreto no han llegado a incidir efectivamente, siquiera co-conscientemente, en el hecho. Así lo entiende RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, p. 158-159, pensando en algún estado de gran excitación o alteración pasional que no llegue a la imputabilidad. También LESCH, *JA*, 1996, p. 506 percibe algunas divergencias entre ambos conceptos.

prohibición, con independencia del grado de culpabilidad que este último exprese y del tratamiento penológico que al mismo se le reserve. Sin embargo –y éste es el motivo de esta disgresión– tengo la impresión de que en España se producen algunos solapamientos, estimulados seguramente de esta figura intermedia de naturaleza mixta, psicológico-normativa, del “conocimiento inactual” utilizado por Hans WELZEL, a medio camino entre la conciencia y el error, que acaba contaminando y confundándose con la conciencia potencial de lo injusto y afectando a sus relaciones con la conciencia efectiva. En efecto, debe evitarse la utilización del concepto conocimiento potencial de lo injusto como si fuera una forma especial de existencia de la conciencia de lo injusto cuando *no es sino la ausencia (evitable) de la misma*⁴⁴³, es decir, el error de prohibición vencible. Cuando en la literatura alemana se discute, por ejemplo, la problemática del *conocimiento eventual de la antijuricidad*, se tiene como punto de referencia y se está discutiendo sobre los límites del conocimiento actual de la antijuricidad, no sobre los de la conciencia potencial de lo injusto⁴⁴⁴. Idéntico punto de referencia tiene la evitabilidad del error, donde se trata de

⁴⁴³ Categóricamente NEUMANN en *NK*, § 17, Nm. 53 y ESER-BURKHARDT, *Cuestiones fundamentales*, § 14, Nm. 57.

⁴⁴⁴ *Vid.*, MAURACH, *Tratado II*, p. 159: “siempre que el autor acoja en su voluntad, análogamente que en el dolo eventual, esa posibilidad como “eventual conocimiento del injusto”, nos hallaremos ante un caso de *actual conocimiento actual de la antijuricidad* en el que no se deberá examinar la cuestión relativa a la evitabilidad” [sin cursiva en el original]. Cfr. también la clara distinción en MIR PUIG, *PG*, 4ª ed., Lec. 21, Nm. 5. Sin embargo PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, p. 71 y ss., analiza la problemática del conocimiento eventual de la antijuricidad desde la perspectiva del conocimiento potencial y el error invencible y no como un problema de delimitación del conocimiento actual, lo que, en mi opinión, puede producir confusiones; *vid.*, por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 83: “En la dogmática penal existe acuerdo, al menos, (...) en que el conocimiento condicionado de la antijuricidad se da cuando el sujeto duda sobre la prohibición del hecho realizado, es decir, considera igualmente probable que esté prohibido o permitido. En tal caso se afirma la conciencia potencial de la antijuricidad y se excluye, automáticamente, la posibilidad de admitir un error de prohibición”. *Vid.* también pp. 84 y 88. Ciertamente, también en los casos en los que se establece la posibilidad de que hubiese existido conocimiento (error evitable), es suficiente con que se hubiese podido conseguir el conocimiento eventual de la antijuricidad pero, no por ello, el tema del conocimiento eventual deja de ser básicamente una cuestión de los límites del conocimiento efectivo. También analiza la cuestión del conocimiento eventual como forma de conocimiento potencial, COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos del error*, p. 184. *Vid.* también, HUERTA TOCILDO, *RFDUC*, mon 3, 1980, pp. 78 y s., n. 9, donde se identifica conciencia potencial y eventual

determinar la posibilidad de haber adquirido un conocimiento actual, no un conocimiento potencial, ya que ello sería redundante.

Por otra parte, es verdad que, en el ámbito del dolo, conocimiento potencial e inactual son utilizados indistintamente y que, a menudo, se ha empleado el término conocimiento potencial de la antijuricidad como si todo error de prohibición fuera un estado psicológico. Ahora bien, en la actualidad, tras la existencia de regulaciones legales y los avances en materia de co-consciencia, en el campo del conocimiento de la antijuricidad parece aconsejable mantener la terminología y las definiciones del conocimiento inactual en el ámbito sectorial que le corresponde (un estadio *psicológico* en la zona fronteriza entre la co-consciencia y la falta de conciencia) sin hacerlo extensible al conjunto del error evitable (o conocimiento potencial, concepto de naturaleza *normativa*) ni utilizarlo como sinónimo de este último⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Es decir, que el denominado por WELZEL conocimiento inactual puede quedar al margen, en algún supuesto, de lo injusto co-consciente, y ser, por tanto, un caso concreto de falta de conciencia de lo injusto o error de prohibición (o conocimiento potencial). Pero, ello no significa que con el término “conocimiento inactual” pueda abarcarse un concepto más amplio, como es el conocimiento potencial o error evitable. *Vid.*, sin embargo, en sentido contrario, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *PG*, 2ª ed., p. 308 que definen el conocimiento potencial como “saber inactual, actualizable en cualquier momento” (*vid.*, en cambio, acertadamente, p. 315). Identifica también conocimiento actualizable y conocimiento potencial MUÑOZ CONDE, *El error*, p. 45 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 67 y s. -si bien en el campo del dolo, siguiendo a SCHEWE-; *vid.*, también CUELLO CONTRERAS, *CPC*, 1987, p. 286.

CAPÍTULO III

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A. Introducción. B. Presupuestos sistemáticos. 1. Clases de error. Error de prohibición y error de Derecho. 2. Teoría del dolo. 3. Teoría de la culpabilidad. 4. Consecuencias de las diversas tomas de posición. **C. El conocimiento de la antijuricidad.** 1. Objeto del conocimiento de la antijuricidad. 2. Conocimiento de lo injusto específico del hecho. 3. Conciencia eventual de lo injusto. 4. Formas de conocimiento. **D. La constatación de la falta de conocimiento de la antijuricidad.** 1. Introducción: conocimiento de la antijuricidad y presunción de inocencia. 2. Elementos de determinación de la falta de conciencia de la antijuricidad. 3. Criterio de la ilicitud notoria. 4. Otros criterios. 5. Valoración.

A. Introducción⁴⁴⁶

1. La problemática del conocimiento de la antijuricidad y del error de prohibición ha experimentado un notable auge en su tratamiento por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Durante el periodo analizado (1980-1997)⁴⁴⁷ se observa un ritmo de crecimiento del número de sentencias que se ocupan de la cuestión superior al aumento de la producción global de sentencias de la Sala II del TS. Así, mientras en el periodo 1980-1985 el número de resoluciones que versaban sobre la materia no llegaba en total a cuarenta, las expectativas de una mayor aplicación del error de prohibición tras la reforma de 1983 se confirman y llegamos a la década de los noventa con una producción estabilizada en torno a las treinta o cuarenta sentencias

⁴⁴⁶ Salvo que se indique lo contrario, la letra en cursiva que aparece en las citas jurisprudenciales no procede del original.

⁴⁴⁷ Concretamente hasta mayo de 1997. El periodo jurisprudencial analizado se limita a estos últimos años por ser el momento en que, a raíz del PCP 1980 y de la introducción del art. 6 bis a) III 1983, irrumpe con claridad y sustantividad propia la cuestión del conocimiento de la antijuricidad en nuestra jurisprudencia. Respecto a la evolución jurisprudencial anterior, cfr. el análisis de CÓRDOBA RODA, *El conocimiento*, pp. 64-75, 82-87 y 98-103; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 237 y ss., y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los elementos normativos", pp. 23-24 y n. 80-85.

anuales, con una cierta tendencia a la baja en los dos últimos años. En total, durante el periodo analizado, el TS ha tenido ocasión de enfrentarse al problema en, al menos, unas 350 decisiones⁴⁴⁸.

2. En cambio, el balance de la aplicación efectiva del error de prohibición por los jueces parece pobre a primera vista. El TS ha apreciado la existencia de un error de prohibición en un trece por ciento de los casos en los que la falta de conocimiento de la antijuricidad era objeto de discusión, con un balance algo favorable a la modalidad *vencible* del error de prohibición⁴⁴⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en la mayoría de resoluciones, el TS no hace sino confirmar sentencias de las Audiencias que, en su inmensa mayoría, ya habían rechazado la alegación por parte del acusado de falta de conciencia de la antijuricidad.

Estos datos son ya indicio de lo que se comprueba con el posterior análisis de las sentencias. Tras una primera época de moderación –o de desconocimiento–, las defensas españolas han "descubierto" el error de prohibición, si bien éste ha sido utilizado de forma muy deficiente. Independientemente de las mayores o menores reticencias por parte del TS a aplicar esta figura, en la mayoría de recursos no existe el más mínimo substrato probatorio sobre el que sustentar la verosimilitud del error aducido, por lo que las desestimaciones no precisan, por regla general, ahondar en argumentaciones dogmáticas⁴⁵⁰. Ello se ve reforzado por la tesis del TS de que, en condiciones normales, el conocimiento de la antijuricidad del hecho se produce siempre y que, por consiguiente, la defensa debe

⁴⁴⁸ Vid. el cuadro cronológico de sentencias *infra* pp. 334 y ss..

⁴⁴⁹ El TS ha reconocido la ausencia de conocimiento de la antijuricidad al menos en 44 resoluciones (17 errores de prohibición invencibles y 27 vencibles). En la mitad de estos casos simplemente se confirma la apreciación del error tal y como ya había sido efectuada en la sentencia de instancia. Además, téngase en cuenta que en bastantes casos, dada la ausencia de recurso de la acusación, la prohibición de la *reformatio in peius* ha permitido el mantenimiento de errores de prohibición vencibles en situaciones harto discutibles, como se reconoce en algunas resoluciones del propio TS –cfr., por ejemplo, SSTS 20 enero 1992 (De Vega Ruiz), 24 abril 1992 (Montero Fernández-Cid) o 13 octubre 1994 (Moyna Ménguez)–.

⁴⁵⁰ Sirva como muestra STS 26 mayo 1993 (Martínez-Pereda Rodríguez): el recurso de un universitario español que es sorprendido al cruzar un control fronterizo con un alijo de 2,5 kg. de hachís se fundamenta en su ignorancia de que la introducción en el país de dicha substancia esté prohibida por la ley.

probar la existencia de error. Otro elemento a tener en cuenta es el especial respeto del TS en este ámbito a las conclusiones a las que llega el tribunal *a quo*, por cuanto considera que la inmediación es particularmente esencial en esta clase de decisiones⁴⁵¹.

En realidad, la presencia del error de prohibición en la jurisprudencia del TS es incluso algo menor de lo que indican las cifras absolutas, puesto que el art. 6 bis a) III ACP ha acabado siendo a menudo un “cajón de sastre” donde confluyen problemas de difícil ubicación⁴⁵². Si descartamos los errores de tipo claros y alguna otra situación confusa⁴⁵³, los supuestos en los que se ha apreciado un auténtico error de prohibición invencible se reducen a un pequeño número de casos. Dado su carácter excepcional, merecen una pequeña reseña:

Una mujer consiente en que le practiquen un aborto tras un dictamen facultativo que establece, incorrectamente, la concurrencia de grave peligro para su salud física o psíquica⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ *Vid.*, como caso paradigmático, STS 29 septiembre 1993 (Ruiz Vadillo), donde se respeta la apreciación por parte de la AP de Girona de un error de prohibición *invencible* en un caso de negativa a incorporarse a una mesa electoral por motivos de conciencia. Respecto a la importancia de la inmediación, *vid.* también STS 22 junio 1995 (Delgado García).

⁴⁵² Como sería la falta de proporcionalidad en las penas (así en las malversaciones) o el problema de la falta de antijuricidad material de conductas que formalmente cumplen el tipo (así en algunas falsedades o en el delito de fraude cometido por funcionario público). Por otra parte, se observa un caso de error de prohibición como expediente de solución preferente en caso de error sobre elementos normativos. Finalmente se detecta una cierta tendencia entre las Audiencias a utilizar la regulación de la falta de conciencia de la antijuricidad para ofrecer tratamiento a situaciones de *inexigibilidad* cuyo anclaje legal es más complejo: *vid.*, por ejemplo, STS 8 julio 1991 (Carrero Ramos), en la que la Audiencia Nacional había aplicado un error de prohibición *-vencible-* a un ciudadano argelino que había secuestrado con armas simuladas un avión de pasajeros.

⁴⁵³ *Vid.*, por ejemplo, STS 14 junio 1989 (Sierra Gil de la Cuesta), donde se considera que la utilización de un carné falsificado desconociendo esta circunstancia es un error de prohibición, así como SSTS 9 julio 1991 (Díaz Palos) y 24 febrero 1992 (García Ancos), en las que no acaba de estar claro si la absolucón es por error de prohibición invencible o por ausencia de dolo típico en sendos casos de malversación de caudales públicos del art. 397 ACP (delito de aplicación pública de los caudales distinta a la que estuviesen destinados).

⁴⁵⁴ STS 7 febrero 1996 (Montero Fernández-Cid). *Vid.* también, respecto a errores invencibles sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, SSTS 4 junio 1993 (Martín Canivell) y 29 febrero 1988 (Bacigalupo Zapater), para la legítima defensa, y STS 20 noviembre 1989 (Delgado García), que es en realidad un caso de obediencia debida

Un sujeto de poca cultura utiliza una firma ajena con consentimiento del titular sin perjuicio aparente y es acusado de un delito de falsedades⁴⁵⁵.

Una mujer está erróneamente convencida de que, dados los múltiples gastos y constantes mejoras que ha realizado en la casa de sus difuntos padres, ésta le corresponde únicamente a ella y que sus hermanos no tienen ningún derecho hereditario sobre la finca. Atendiendo a las indicaciones obtenidas en una oficina notarial, simula la adquisición del inmueble a un tercero que supuestamente lo habría comprado a sus padres pocos meses antes de su fallecimiento⁴⁵⁶.

Una empresaria rechaza hacerse cargo de las citaciones y otros documentos que intenta entregar el alguacil de un juzgado de paz. La inexperta secretaria interina del juzgado mantiene varias conversaciones telefónicas con la empresaria en las que le comunica el contenido de la documentación, pero no consigue que la recoja. Tras varios días de gestiones, la secretaria consulta un formulario y redacta una diligencia en la que hace constar que, en su presencia, la empresaria se niega a firmar la notificación de las citaciones. La acusada es absuelta de un delito de falsedades por error de prohibición invencible⁴⁵⁷.

Varios jornaleros firmaban “peonadas” –prestaciones laborales por cuenta del Ayuntamiento efectuadas en el marco del Plan de Empleo Rural– no realizadas con el fin de poder cobrar el subsidio agrario de desempleo. Tales documentos eran tramitados por el Ayuntamiento, siguiendo una práctica extendida en decenas de municipios y que beneficiaba a miles de personas. Acusados de un delito de falsedades, el TS confirmó la absolución de los jornaleros por error de prohibición invencible dictada por la AP de Granada⁴⁵⁸.

Un licenciado en medicina sin la correspondiente especialización efectúa actos propios de la profesión de dentista. Al recibir un requerimiento del Colegio de Odontólogos, consulta a distintos asesores jurídicos con resultados

en la práctica de una detención. En estos casos de error sobre los presupuestos objetivos, polémicas doctrinales acerca de su naturaleza al margen, la problemática práctica tanto en la determinación como en la valoración del desconocimiento es algo menos compleja que en los casos de error de prohibición propiamente dicho, por cuanto en los primeros muy a menudo se produce simplemente una mala percepción de elementos puramente fácticos. En principio, pues, se mantendrán tales supuestos al margen del análisis que se efectuará a continuación.

⁴⁵⁵ STS 15 marzo 1986 (Huerta y Álvarez Lara). Cfr., también, otro caso parecido de error invencible en STS 10 abril 1992 (García Ancos).

⁴⁵⁶ STS 5 octubre 1990 (Moyna Ménguez).

⁴⁵⁷ ATS 24 febrero 1993 (Ruiz Vadillo).

⁴⁵⁸ STS 21 marzo 1997 (Martín Pallín); *vid. infra* p. 214

aparentemente favorables a la legalidad de su actividad ⁴⁵⁹.

Dos ediles, tras consultar al secretario del municipio y recibir un asesoramiento incorrecto, celebran una serie de contratos constitutivos de un delito de fraude del art. 401 ACP⁴⁶⁰.

Un alcalde, tras el asesoramiento de un letrado y con el acuerdo de todos los concejales, impone una tasa sin autorización legal para ello. Dicha carga debe abonarse al inicio de cualquier construcción y tiene la finalidad de garantizar el pago de obligaciones posteriores que solían ser incumplidas por los constructores. El alcalde es absuelto de un delito de percepción ilegal de impuestos (art. 201 ACP)⁴⁶¹.

Unos miembros de la confesión Testigos de Jehová cometen delito electoral al negarse a incorporarse a una mesa electoral por entender que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa prima sobre otros deberes⁴⁶².

3. Más orientador que los datos anteriores resulta el análisis de las *casaciones* producidas en este ámbito, no por su número –alrededor de un diez por ciento de las sentencias recurridas–, sino por su distribución. Aunque los datos son relativamente significativos, dado el pequeño número de resoluciones, llama poderosamente la atención que, en contra de lo que se podría esperar inicialmente, las recalificaciones jurisprudenciales se producen muy a menudo "por salto". Es decir, que cuando se revoca una decisión no se transita gradual y ordenadamente de la conciencia de la antijuricidad al error de prohibición vencible o de éste al error invencible –y a la inversa– sino que, en casi la mitad de las sentencias, se pasa de considerar la existencia de *conocimiento pleno* de la antijuricidad al *error invencible* o viceversa, obviándose la estación intermedia del error de prohibición vencible⁴⁶³. A este dato debe unirse el ya señalado de que el número de

⁴⁵⁹ STS 13 junio 1990 (Ruiz Vadillo).

⁴⁶⁰ STS 2 diciembre 1993 (Cotta y Márquez de Prado). Cfr., en el mismo sentido, STS 21 octubre 1996 (Puerta Luis).

⁴⁶¹ STS 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez).

⁴⁶² STS 29 de septiembre 1993 (Ruiz Vadillo). Cfr., en el mismo sentido, STS 30 enero 1979 (Gómez de Liaño y Cobaleda), pero con la siguiente particularidad: en esta sentencia, anterior al art. 6 bis a) III ACP, se absuelve por ausencia de dolo, sin tener que entrar por tanto en la evitabilidad o no del posible error. En cambio, en la sentencia de 1993 se considera que existe un error de prohibición *invencible*. En sentido contrario la jurisprudencia mayoritaria: *vid.*, por todas, STS 17 abril 1995 (Martín Pallín).

⁴⁶³ Si dejamos de lado las resoluciones en las que la casación responde a cuestiones

errores de prohibición presentes en la jurisprudencia del TS se repartan en proporciones muy parecidas entre las modalidades vencible e invencible, cuando en principio cabría esperar que el error invencible fuera excepcional frente a una mayor frecuencia del vencible.

Todos estos elementos son un primer indicio de lo que un análisis más detallado de la jurisprudencia del TS acabará corroborando. En la práctica, la gran batalla del error de prohibición se libra en las *fronteras* de la conciencia de la antijuricidad y no tanto en las de la vencibilidad del error. Ello, entre otras razones, porque la conciencia de lo injusto del hecho, como cualquier elemento subjetivo, debe ser probada indirectamente a través de un juicio de inferencia a partir de indicios. Como se verá, la praxis jurisprudencial suele emplear como criterios para determinar la inexistencia del error fórmulas muy similares, cuando no idénticas, a los baremos de vencibilidad del error barajados por la doctrina. En consecuencia, si se llega a constatar la existencia de un error por tales vías, no es de extrañar que inmediatamente se considere que tal error es invencible. El mismo razonamiento explica el fenómeno inverso: si se considera rechazable la apreciación de un error de prohibición invencible, acto seguido estos mismos criterios conducen a calificarlo como hecho realizado con pleno

ajenas al conocimiento de la antijuricidad (error de tipo, defectos formales, etc.), la treintena de sentencias donde se produce una revocación de la decisión del tribunal de instancia se distribuye de la siguiente forma :

a) En once sentencias el TS considera que el *error es inexistente* en contra de lo admitido en instancia –error invencible (9) o vencible (2)–.

b) En otras ocho sentencias la casación va en el sentido de apreciar un *error de prohibición invencible*, cuando ello había sido previamente rechazado por las Audiencias, que habían apreciado conocimiento pleno de la antijuricidad (6) o error vencible (2).

c) En doce casos se aprecia un *error de prohibición vencible*, revocando la calificación de error invencible (2) o de conocimiento de la antijuricidad (10) efectuada en las sentencias recurridas.

De todo ello se extraen datos reveladores. Así, por ejemplo, de los dieciocho casos en los que la acusación ha interpuesto recurso contra una absolución por error *invencible*, en nueve se ha confirmado la sentencia, en ocho se ha revocado por apreciar la *ausencia absoluta de error* y sólo en un caso el error de prohibición invencible ha sido degradado a vencible. Y, en sentido contrario, cuando excepcionalmente consigue prosperar un recurso de la defensa contra una sentencia en la que se hubiese desechado la existencia de error, en más de una tercera parte de los casos el TS admite directamente un error de prohibición *invencible*.

conocimiento de la antijuricidad. Sea ello consecuencia inevitable del sistema de prueba de los elementos subjetivos en el marco del proceso penal o bien de una normativización encubierta de los límites del conocimiento de la antijuricidad⁴⁶⁴, lo cierto es que el fenómeno existe.

4. Sin olvidar el gran número de delitos que tienen vedada la casación, otra fuente de información interesante la constituye la clase de infracciones en las que más asiduamente se invoca y se aplica el error de prohibición.

Los delitos contra la vida y la salud de las personas tienen una presencia importante (34/7)⁴⁶⁵, si bien su problemática está exclusivamente centrada en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Los delitos contra la libertad sexual tampoco han sido un campo propicio a la ausencia de conciencia de la antijuricidad salvo, en dos casos aislados en los que las Audiencias trataron la problemática de la violación en el matrimonio a través del error de prohibición *vencible*⁴⁶⁶. Por otra parte, en los delitos patrimoniales tradicionales, concretamente los más próximos a la actividad económica (estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles), el error de prohibición apenas ha desempeñado papel alguno (20/1), salvo, indirectamente, a través de las falsedades.

En efecto, las falsedades documentales (39/10) son probablemente el delito más destacado en materia de falta de conciencia de la antijuricidad, especialmente en los supuestos en los que la falsedad no supone perjuicio concreto a terceros. Asimismo, otro grupo con gran implantación está constituido por delitos con numerosos elementos normativos y remisiones a regulación extrapenal y bastante próximos al ilícito administrativo: tenencia ilícita de armas (32/2), contrabando (14/0), delitos monetarios (12/1),

⁴⁶⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 657-658 y también DIMAKIS, *Der Zweifel*, p. 123, n. 352.

⁴⁶⁵ Entre paréntesis se indica en primer lugar el número de sentencias en las que se discute acerca de la existencia de conciencia de la antijuricidad; y, en segundo, el de sentencias donde se admite alguna clase de error de prohibición.

⁴⁶⁶ Cfr. SSTS 14 febrero 1990 (García Pérez) y 24 abril 1992 (Montero Fernández-Cid). En ambos casos, el error de prohibición se mantuvo simplemente por que la acusación no había interpuesto recurso. En realidad el TS es absolutamente contrario a la admisión del error de prohibición en estos supuestos: *vid.*, últimamente, SSTS 5 marzo 1997 (Móner Muñoz) y 29 abril 1997 (Conde-Pumpido Tourón).

intrusismo (7/3). En esta misma línea, son merecedores de mención especial los delitos cometidos por funcionarios públicos, muy particularmente en el ámbito la Administración local: detenciones ilegales (14/0), prevaricación (7/0), desobediencia (5/1), denegación de auxilio (1/1), fraude (8/2), percepción ilegal de impuestos (1/1), etc. En todos esos delitos los solapamientos y confusiones con posibles errores de tipo son abundantes.

Finalmente quedaría el grupo constituido por delitos con problemáticas propias en materia de conocimiento de la antijuricidad. Este es el caso de las diferentes modalidades de malversación (17/7), con características similares al grupo que acabamos de ver, pero en el que una mayor aceptación del error de prohibición se ha visto seguramente estimulada por el carácter excesivamente formal de alguna de sus modalidades o por la falta de proporcionalidad de sus penas, especialmente en el caso de la malversación impropia. También muestran singularidades propias los delitos electorales (10/1), en los que algún recurso ha intentado derivar la figura del autor por conciencia hacia el error de prohibición. Igualmente, resulta peculiar el caso de los delitos relacionados con la prostitución (17/1), donde se suele invocar –con poco éxito– la tolerancia social o policial de ciertas conductas. Por último, cabe mencionar el tráfico de drogas cuya alta incidencia (38/2) seguramente esté justificada por su frecuente comisión. La amplitud y los borrosos límites de la conducta típica de este delito (donación, compra compartida, facilitación del consumo individual) bien podrían ser un campo fecundo para el error de prohibición. Sin embargo, las defensas suelen invocarlo cuando, pretendidamente, el autor desconoce la existencia de droga, las características de la misma o la concurrencia de otros elementos integrantes de subtipos agravados (cantidad, edad del adquirente, etc.). Ello supone un uso incorrecto del error de prohibición, ya que tales supuestos, de producirse, son auténticos errores de tipo⁴⁶⁷. En cambio, ha resultado especialmente interesante la polémica en

⁴⁶⁷ *Vid.*, en ese sentido, STS 29 enero 1996 (Martín Pallín). Sin embargo esporádicamente el propio TS incurre también en esta equivocación: cfr. STS 2 mayo 1994 (García Ancos) que califica como error de prohibición, a efectos de la aplicación del correspondiente subtipo agravado, creer falsamente que la persona a quien se vende droga es mayor de dieciocho años.

torno a la calificación jurídica de nuevos productos a efectos de su catalogación en la modalidad típica más grave de “substancia que causa grave daño a la salud”.

B. Presupuestos sistemáticos

1. Clases de error. Error de prohibición y error de Derecho

1. A partir de la introducción en 1983 del art. 6 bis a) ACP, el TS aceleró el abandono de algunos de sus planteamientos tradicionales en materia de error. Como ya es sabido, hasta inicios de los años ochenta, bajo la inspiración de la teoría del dolo se mantenía la distinción entre error de hecho y error de Derecho y, dentro de éste, entre error sobre la norma penal –irrelevante– y extrapenal –relevante–, todo ello endurecido por la presunción de voluntariedad del antiguo art. 1 ACP y por esporádicas invocaciones al principio *error iuris nocet*⁴⁶⁸. No obstante, poco antes de la reforma comenzaron a aparecer las primeras sentencias que, al menos en apariencia, acogían la moderna distinción entre el error de tipo y error de prohibición⁴⁶⁹. Tras la reforma, el TS adopta definitivamente dicha terminología y ubica la cuestión del error sobre los elementos normativos del tipo en el ámbito del error de tipo⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, STS 7 marzo 1944 o 1 febrero 1969 (de Oro Pulido). Cfr. las menciones históricas recogidas en SSTS 1 febrero 1986 (Gil Sáez) y 12 abril 1989 (Díaz Palos). *Vid.* también la reseña de MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 239-244 y las citas de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Los elementos normativos”, pp. 23-24, n. 80 y 81.

⁴⁶⁹ *Vid.* STS 14 noviembre 1980 (Moyna Ménguez). La jurisprudencia suele citar como antecedentes otras decisiones como la STS 24 octubre 1981 (Gómez de Liaño y Cobaleda), si bien en la misma no se acoge propiamente el concepto de error de prohibición, sino que simplemente se hace un uso de dicha terminología injertándola, de forma más o menos confusa, a los criterios de distinción antiguos (cfr., las más tradicionales SSTS 24 octubre 1981 y 4 octubre 1982 de este mismo ponente).

⁴⁷⁰ En un principio se produjeron confusiones no sólo respecto al contenido del error de tipo y el error de prohibición, sino incluso respecto a la propia correspondencia entre dichos errores y los distintos párrafos del art. 6 bis a) ACP. *Vid.*, por todas, STS 18 septiembre 1984 (De Vega Ruiz); cfr. también el análisis de dicha situación en MAQUEDA

2. De todas formas, este proceso no se ha producido sin vacilaciones e, incluso, tal vez no sea completo. En los momentos posteriores a la reforma de 1983 todavía se producían algunas confusiones. Así, se atribuía al par. III del art. 6 bis a) ACP –que regulaba el error de prohibición– el contenido material del antiguo error de Derecho⁴⁷¹, lo que suponía incluir en dicho apartado al error sobre elementos normativos del tipo. En la actualidad, a pesar de que parecen superadas las vacilaciones conceptuales iniciales y se identifica correctamente cada clase de error, muchos errores sobre elementos normativos siguen siendo definidos y tratados como errores de prohibición. Ciertamente, en muchos de estos casos ello es fruto sencillamente de las evidentes dificultades que entraña la distinción. En otros, simplemente los tribunales no han advertido la existencia de un error de tipo al haber detectado en primer lugar una creencia de estar obrando lícitamente, fenómeno que suele ser inherente a la mayoría de situaciones de error de tipo (incluso vencible), y concentrarse la atención del juez únicamente en esa creencia pese a ser secundaria frente al error de tipo que la ha originado⁴⁷². No obstante, a pesar de todo lo anterior, en otros casos, la explicación bien pudiera ser que bajo la nueva terminología "error de prohibición" se continuara manteniendo la antigua categoría del error de

ABREU, *CPC*, 1987, pp. 250-253 y ZUGALDÍA ESPINAR, *APen*, 1988-2, p. 66.

⁴⁷¹ Cfr. SSTS 21 abril 1986 (Rodríguez López), 28 octubre 1988 (Carrero Ramos) y 4 diciembre 1986 (Soto Nieto), sentencias todas ellas ya indicadas por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los elementos normativos", p. 24, n. 85. Cuestión distinta (e inocua) es el fenómeno inverso, es decir, equiparar el error de Derecho al de prohibición y considerarlos términos sinónimos, pero otorgándoles el contenido material del moderno error de prohibición. *Vid.*, por ejemplo, STS 20 enero 1992 (De Vega Ruiz): "el error de Derecho y de hecho son ahora el error en el tipo que afecta a elementos esenciales de la infracción penal e incide sobre la tipicidad, y el error de prohibición como creencia de obrar lícitamente, que incide sobre la culpabilidad".

⁴⁷² Así, por ejemplo, STS 14 junio 1989 (Sierra Gil de la Cuesta) –*vid. supra* n. 453–. Últimamente, también en materia de falsedades, STS 11 febrero 1997 (Delgado García). Esta confusión entre el error originario y sus efectos sobre la conciencia de lo injusto del hecho se hace especialmente patente en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación: *vid.*, por ejemplo, STS 3 mayo 1989 (Soto Nieto). En cambio, en la STS 23 octubre 1991 (Móner Muñoz), se rectificó precisamente la equivocación en que había incurrido la Audiencia al considerar que quien erraba sobre la edad del sujeto pasivo de un delito de corrupción de menores se encontraba en error de prohibición –vencible–, puesto que creía estar actuando lícitamente. El TS apreció, correctamente, el error *de tipo* –vencible– subyacente y absolvió al acusado, dado que la comisión imprudente de dicho delito se consideraba atípica.

Derecho, como lo indican ciertas sentencias en las que, explícitamente, se identifica todo error sobre elementos de contenido normativo con un error de prohibición⁴⁷³.

2. Finalmente, por lo que se refiere a las clases de error, la jurisprudencia suele diferenciar entre el error de prohibición directo o sobre la norma prohibitiva, y el error de prohibición indirecto o sobre la causa de justificación⁴⁷⁴. Pese a que podría pensarse lo contrario, si dejamos a un lado los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, los errores de prohibición indirectos (sobre la existencia o límites de una causa de justificación) son mucho menos frecuentes que los errores de prohibición directos⁴⁷⁵.

2. Teoría del dolo

1. Un importante sector de la jurisprudencia sigue siendo partidario de la teoría del dolo. Esta corriente ha sido mayoritaria al menos hasta inicios de esta década. Ello supone entender que el conocimiento de la ilicitud del hecho forma parte del elemento intelectual del dolo (*dolus malus*)⁴⁷⁶, elemento que se valora íntegramente en la culpabilidad⁴⁷⁷. Por consiguiente, el error de prohibición debe excluir el carácter doloso de la conducta y, en caso de ser vencible, el hecho debe castigarse por imprudencia. En esta misma línea argumental, en alguna resolución se ha

⁴⁷³ Cfr. SSTS 12 abril 1989 (Díaz Palos) y 28 octubre 1988 (Carrero Ramos). En general, en los delitos en los que la antijuricidad o la ilicitud de la actuación integra el supuesto de hecho se tiende hacia la calificación por error de prohibición. Este es el caso de los errores en materia de tenencia ilícita de armas, intrusismo o delitos monetarios.

⁴⁷⁴ *Vid.*, por todos, STS 20 enero 1992 (De Vega Ruiz).

⁴⁷⁵ Así, por ejemplo, se consideró que la creencia de que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa justifica el incumplimiento de los deberes electorales era un error de prohibición invencible (STS 29 septiembre 1993, Ruiz Vadillo); que la creencia de que no es preciso el consentimiento expreso de la paciente para la práctica de una esterilización médicamente aconsejable era un error de prohibición vencible (STS 26 octubre 1995, Puerta Luis) o que la creencia de que la voluntad popular exige el incumplimiento de una sentencia judicial no supone la falta de conciencia de la antijuricidad (STS 30 enero 1996, Conde-Pumpido Tourón).

⁴⁷⁶ Término utilizado en STS 28 diciembre 1987 (Manzanares Samaniego).

⁴⁷⁷ Cfr. STS 23 marzo 1992 (Huerta y Álvarez de Lara).

recurrido también al art. 1 del ACP –“no hay pena sin dolo ni culpa”–, como fundamento primigenio de la exclusión de la responsabilidad por falta de conocimiento de la ilicitud del hecho⁴⁷⁸.

Evidentemente, tras la reforma de 1983, desde la teoría del dolo debía efectuarse alguna matización. No podía ignorarse la introducción del art. 6 bis a) III y su remisión al art. 66 ACP (aminoración de la pena en los términos de las eximentes incompletas) y continuar castigando los errores de prohibición vencibles a través de la cláusula general de incriminación de la imprudencia del art. 565 ACP. Así las cosas, la línea jurisprudencial partidaria de la teoría del dolo acabó encontrando una salida en la propuesta doctrinal de interpretar la regulación legal del error de prohibición como “un sistema de tratamiento específico de la culpa jurídica y no como una atenuación aplicada a un delito doloso”⁴⁷⁹. Es decir, en caso de error de prohibición vencible simplemente se determina la pena de forma distinta, pero sigue tratándose de un delito imprudente⁴⁸⁰. El conjunto de estos planteamientos ha sido defendido, explícita o implícitamente, por buena parte de los magistrados del TS⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Cfr., por ejemplo, STS 9 julio 1991 (Díaz Palos) o 11 julio 1991 (De Vega Ruiz). Por el contrario, la teoría de la culpabilidad no parece que pueda ampararse en este artículo (actual art. 10 CP), salvo que se entienda que no sólo entroniza el principio de responsabilidad subjetiva por dolo o culpa, sino el principio de culpabilidad en sentido más amplio.

⁴⁷⁹ STS 29 mayo 1991 (Ruiz Vadillo); *vid.* también, del mismo ponente, STS 24 septiembre 1992 y ATS 24 febrero 1993. Sin embargo, para solventar un problema concreto de homogeneidad, este mismo ponente abraza abiertamente la teoría de la culpabilidad en la STS 6 mayo 1993 (*vid. infra* p. 205). Se inclina asimismo por entender el art. 6 bis a) III ACP como una cláusula genérica de *culpa iuris* la STS 12 abril 1989 (Díaz Palos). Sin embargo este ponente parece acoger la teoría de la culpabilidad en la STS 12 marzo 1992 (*vid. infra* p. 204).

⁴⁸⁰ STS 24 marzo 1992 (García Miguel): “Quizá sea oportuno resaltar que la remisión que el precepto hace al art. 66 del propio Código no significa que para el legislador el error vencible de prohibición constituya una eximente incompleta sino que aprovecha la regla punitiva establecida para ellas en el art. 66 como podía haber fijado cualquier otra”.

⁴⁸¹ Además de las sentencias mencionadas en las notas anteriores, cfr. SSTS 3 enero 1985 y 10 julio 1992 (De Vega Ruiz); STS 23 septiembre 1986 (Rodríguez López); STS 3 noviembre 1986 (Vivas Marzal): “si es vencible [el error de prohibición] determinará que el comportamiento del agente se sancione como constitutivo de infracción meramente culposa.”; STS 9 febrero 1990 (Barbero Santos): “Si el error fue vencible el comportamiento ha de reputarse culposo, siempre de acuerdo con la normativa vigente, a

3. Teoría de la culpabilidad

La teoría de la culpabilidad ha encontrado también acogida en el TS⁴⁸² y su aceptación más diáfana y ortodoxa se observa en las sentencias que tienen por ponente a BACIGALUPO ZAPATER⁴⁸³. Otras decisiones contienen razonamientos que apuntan probablemente hacia direcciones parecidas, tales como explicar el error de prohibición en clave de disminución del reproche de culpabilidad⁴⁸⁴, considerar que el art. 6 bis a) III ACP era una eximente o, incluso, una circunstancia de inimputabilidad⁴⁸⁵, afirmaciones todas ellas que implican, al menos, la

lo dispuesto en el art. 66 del CP”; STS 24 septiembre 1992 (Soto Nieto): “concurriría un supuesto de error de prohibición que volatilizaba el elemento intelectual del dolo” (*vid.*, sin embargo, del mismo ponente STS 15 abril 1996, donde aparentemente se acepta la teoría de la culpabilidad); STS 30 diciembre 1992 (Hernández Hernández): “requiriendo el dolo, como elemento de la culpabilidad y requisito de la responsabilidad penal, la existencia de un factor intelectual consistente en que el sujeto activo conozca el supuesto fáctico que contempla la norma penal y su significación antijurídica” –*vid.* sin embargo *infra* n. 485-; STS 19 octubre 1994 (Martín Canivell), donde, tras considerar que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición, acto seguido se afirma que el mismo elimina el dolo; STS 21 octubre 1996 (Puerta Luis): “Esta Sala estima razonable y fundada la tesis del Tribunal de instancia, en cuanto justifica la absolución de los acusados en la falta de conciencia de la antijuricidad de su conducta, lo cual implica una ausencia del requisito esencial del dolo”.

⁴⁸² La STS 1 febrero 1986 (Gil Sáez) fue saludada como el primer reconocimiento expreso de la teoría de la culpabilidad (*vid.* CEREZO MIR, *La Ley*, 1988-1, p. 1024 y ZUGALDÍA ESPINAR, *APen*, 1988-2, p. 1567). No obstante, en otras sentencias de este mismo ponente se considera que el error de prohibición excluye el dolo (cfr. SSTS 1 julio 1983 y 15 marzo 1986).

⁴⁸³ Cfr., por todas, STS 30 enero 1989.

⁴⁸⁴ Cfr. STS 30 septiembre 1993 (Conde-Pumpido Ferreiro): “el error de prohibición disminuye el reproche de la culpabilidad”. En el mismo sentido, STS 2 julio 1994 (Martín Pallín): “Esta posibilidad convierte el error en vencible y si bien no excluye la culpabilidad porque no desaparece la oportunidad de conocer que su conducta estaba prohibida, lo que sí produce es la disminución de la reprochabilidad y la atenuación de la culpabilidad” (*vid.*, sin embargo, de este último ponente, STS 25 marzo 1993, donde se indica que en caso de error de tipo invencible falta la culpabilidad). En cualquier caso, no debe ocultarse que tales indicios no son concluyentes. Desde la perspectiva tradicional de la teoría del dolo, el error de tipo también supone una disminución del juicio de reproche en sede de culpabilidad, puesto que el dolo integra tal categoría.

⁴⁸⁵ Cfr. SSTS 25 mayo 1992 (Hernández Hernández) y 14 octubre 1994 (Conde-Pumpido Ferreiro), donde se equipara el error de prohibición a una causa de inimputabilidad. También se denomina “circunstancia de inimputabilidad” al error de prohibición en las SSTS 17 octubre 1991 (Móner Muñoz) y 7 julio 1994 (Martínez-Pereda Rodríguez). En otras ocasiones se denomina “eximente incompleta” al error de

autonomía del conocimiento de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad, con independencia del papel y ubicación sistemática que se confiera al dolo. Tal vez en estos momentos se esté viviendo en la jurisprudencia del TS el punto de inflexión en favor de este planteamiento⁴⁸⁶, siempre dentro de las peculiaridades (atenuación obligatoria) del sistema español.

4. Consecuencias de las diversas tomas de posición

1. El mantenimiento de una u otra teoría tiene una indudable importancia sistemática, puesto que responden a concepciones del injusto y de la culpabilidad distintas que acaban trascendiendo al conjunto de la teoría del delito. Sin embargo, no parece que la dualidad de posturas tenga también, tras la introducción de una regulación legal específica del error, una gran repercusión en el tratamiento jurisprudencial de los casos de error de prohibición.

Como ya se ha expuesto, el problema de las lagunas de punibilidad que se producen en Alemania no ha existido en Derecho español. Por otra parte, una de las principales objeciones a la teoría del dolo, el problema del conocimiento actual, no ha ocasionado dificultades prácticas apreciables a sus partidarios en el TS, bien porque temas como el problema de la delincuencia impulsiva, la ceguera jurídica⁴⁸⁷, la enemistad con el Derecho,

prohibición vencible, concepción propia de la teoría de la culpabilidad –en este sentido, probablemente, SSTs 14 febrero 1992 (Martín Pallín) y 3 marzo 1993 (Móner Muñoz)–. En cualquier caso, esta deducción no siempre es concluyente, puesto que, en ocasiones, con la equiparación a la eximente incompleta se quiere hacer referencia simplemente a los efectos penológicos del error de prohibición: así, seguramente en este segundo sentido, STS 3 octubre 1989 (Vivas Marzal).

⁴⁸⁶ Se acepta también expresamente la teoría de la culpabilidad en las SSTs 16 junio 1995 (Conde-Pumpido Tourón) y 23 febrero 1996 (García Calvo y Montiel). Implícitamente parece adoptarse la teoría de la culpabilidad en la STS 27 mayo 1994 (Móner Muñoz): “el art. 6 bis a) del Código Penal no requiere un conocimiento actual de la infracción del Derecho, siendo por lo tanto suficiente con la posibilidad del sujeto de alcanzar tal conocimiento”. Parece también desligar el dolo del conocimiento de la antijuricidad la STS 22 junio 1995 (Delgado García). *Vid.* también los cambios de posición de algunos ponentes indicados *supra* n. 479 y n. 481.

⁴⁸⁷ Término que ha aparecido últimamente –*vid.* STS 30 enero 1996 (Conde-Pumpido Tourón)– para hacer referencia al autor por convicción, es decir, el sujeto que

etc., no aparecen en la casuística de nuestra jurisprudencia; bien porque, como se verá más adelante, estos supuestos no llegan a hacerse perceptibles al no superar el filtro de la prueba del error. Tampoco parece que los distintos criterios utilizados por la jurisprudencia en la elaboración de los diversos componentes del conocimiento de la antijuricidad (objeto de conocimiento, conocimiento eventual, vencibilidad, etc.) hallen su explicación en la adscripción a una u otra teoría.

No obstante, el que parte del TS conciba un delito cometido en error de prohibición vencible como un delito imprudente y no como un delito doloso atenuado ha tenido algunas consecuencias aisladas.

2. Una de estas posibles repercusiones sería la de limitar la punición generalizada del error de prohibición vencible. En efecto, en alguna sentencia aislada dictada bajo la vigencia del ACP, una vez determinada la existencia de un error de prohibición, se ha procedido a analizar si el delito en cuestión era susceptible de ser castigado por imprudencia, al igual que se habría hecho en un caso de *imprudencia facti* para decidir la aplicación del art. 565 ACP. Así, de entenderse que sólo era punible la modalidad dolosa de la figura delictiva en cuestión, no tenía sentido avanzar en el análisis de la evitabilidad del error, puesto que el hecho cometido en error de prohibición vencible no sería sino una modalidad culposa –y, por tanto, impune– de tal delito. Sólo si se llegaba a la conclusión contraria de que era posible la punición por imprudencia de dicho delito y si, además, el error de prohibición era vencible, se pasaba a determinar la pena conforme a las reglas del art. 6 bis a) III ACP⁴⁸⁸. En definitiva, desde esta perspectiva, la

deliberadamente se niega a reconocer el ordenamiento jurídico, situación que para el TS no es propiamente un supuesto de falta de conciencia de la antijuricidad.

⁴⁸⁸ Cfr. STS 23 febrero 1994 (De Vega Ruiz) en la que se rechaza la posibilidad de que el error de prohibición vencible en un caso de delito electoral sea punible, porque "el texto penal castiga únicamente conductas dolosas". *Vid.* también STS 12 abril 1989 (Díaz Palos), donde se vincula el castigo por error de prohibición a la posibilidad de sancionar la comisión culposa de un delito. En sentido contrario, *vid.* STS 2 diciembre 1992 (Ruiz Vadillo), donde se considera que el delito de interceptación de las comunicaciones telefónicas no admite la comisión imprudente y sí, en cambio, el error de prohibición; *vid.*, también, STS 23 febrero 1996 (García-Calvo y Montiel) donde se rechaza que las detenciones ilegales cometidas en error de prohibición sean una modalidad imprudente de las mismas y, por tanto, impunes.

única novedad real que habría comportado la introducción de una regulación legal expresa del error de prohibición en el ACP sería zanjar definitivamente la discusión sobre la relevancia del error sobre la significación antijurídica del hecho e introducir un peculiar sistema autónomo de determinación de la pena para la *imprudencia iuris*, sin ninguna otra consecuencia adicional.

3. No parece que la tendencia anteriormente apuntada haya llegado a cuajar en una doctrina definida. Pero puede estar relacionado con una cierta indiferencia en cuanto a la correcta ubicación de los errores sobre los elementos normativos del tipo que, en general, se observa en la jurisprudencia. Al margen de las dificultades técnicas de la identificación de esta clase de errores, la visión de esta cuestión desde una teoría que, a la postre, considera que toda clase de error acaba teniendo el mismo efecto, la exclusión del dolo –aunque los sistemas de determinación de la pena de la *imprudencia facti* y la *imprudencia iuris* no sean los mismos⁴⁸⁹ – ha facilitado la confusión y la sensación de ambivalencia entre el error de tipo y el error de prohibición⁴⁹⁰.

Esta mezcolanza deviene absoluta cuando la ilegalidad del hecho forma parte de la descripción del tipo legal, como sucede en gran parte de los delitos cometidos por funcionarios públicos, la tenencia ilícita de armas, el intrusismo, etc. En estas infracciones la mayoría de errores acaban siendo tratados por la jurisprudencia en el ámbito del error de prohibición. En algún caso no queda claro ni en la propia sentencia si tales errores se están tratando como un error sobre un elemento constitutivo de la infracción específica o si se está haciendo en clave de error de prohibición.

Este es el caso de la STS 9 julio 1992 (Díaz Palos). El alcalde de un pueblecito aragonés había sido condenado por el delito de malversación de

⁴⁸⁹ Sistemas de determinación que en el ACP no producían consecuencias penológicas muy distintas.

⁴⁹⁰ Así en la STS 16 marzo 1994 (Díaz Palos) se llega a afirmar que “en primer lugar hay que decir que la nomenclatura –error de tipo, error de prohibición– no está declarado en el texto legal introducido por la reforma de 1989 (sic), lo que ha permitido a esta Sala como a jurisprudencias foráneas (concretamente la alemana) *intercambiar* uno y otro error”, para, posteriormente, castigar un error de tipo como un error de prohibición (*vid. infra* p. 204).

caudales públicos recogido en el art. 397 ACP por acordar una modificación de créditos a fin de posibilitar el destino de unos fondos a servicios para los que no habían sido concedidos, concretamente unas obras anteriores que todavía no habían recibido las subvenciones ya concedidas. El TS absolvió por entender que no se daba el dolo exigido por el art. 1 ACP. Esta ausencia de dolo se basaba en la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta y se menciona específicamente el error de prohibición, si bien la absolución no se fundamenta en el art. 6 bis a) III ACP. Por otra parte en la sentencia se analiza la falta de conocimiento actual de la ilicitud pero no se entra en si el error era evitable o no⁴⁹¹.

4. Justo en la línea contraria a lo indicado hasta ahora, en alguna ocasión por necesidades coyunturales, se ha llegado a utilizar la regulación diferenciada del error de prohibición para solventar problemas relacionados muy claramente con el error de tipo. Así, cuando se presentaba un caso dudoso de error de tipo respecto a un delito cuya modalidad imprudente no se consideraba punible, el juzgador se enfrentaba a la disyuntiva de la absolución plena o la imposición de la pena por delito doloso. La penalidad prevista para el error de prohibición vencible se presentaba como un discutible instrumento *ad hoc* que facilitaba una salida intermedia:

STS 16 marzo 1994 (Díaz Palos): un joven introduce en un centro penitenciario un paquete que le ha entregado un tercero, cuyo contenido pretendidamente desconoce y que finalmente resulta ser droga. El TS acabó castigando por tráfico de drogas en *error de prohibición vencible*. Es probable que se optara por esta calificación espuria para evitar las consecuencias de plantearse el problema desde la perspectiva del error de tipo (plena responsabilidad por un subtipo agravado de tráfico de drogas doloso o bien impunidad por un error de

⁴⁹¹ En la STS 16 marzo 1991 (García Ancos) se considera error de prohibición el caso de un alcalde que cree poder ordenar detenciones en supuestos que no se ajustan a las previsiones legales, pero se indica que igualmente podría ser tratado como un error de tipo. STS 21 octubre 1996 (Puerta Luis), en un delito de fraude (art. 401 ACP), en el que la falta de conciencia de la antijuricidad es base suficiente de la absolución, sin plantearse en absoluto la vencibilidad de dicho error, como si de un error de tipo en un delito punible sólo a título de dolo se tratara. *Vid.*, también, STS 10 diciembre 1991 (Montero Fernández-Cid), respecto a un delito de prevaricación. Curiosa la STS 26 enero 1984 (Vivas Marzal), donde se considera que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición pero, acto seguido, se afirma que tales errores “volatilizan” el elemento intelectual del dolo y castiga por delito imprudente aplicando el art. 565 ACP.

tipo, aunque fuese vencible)⁴⁹².

Es de temer que con la nueva fórmula de incriminación limitada de la imprudencia en el actual CP se haga incluso un mayor uso de este censurable recurso.

5. Siguiendo el repaso a cuestiones puntuales que pueden separar las distintas concepciones sobre error de prohibición trasladadas a su aplicación práctica, la teoría del dolo se enfrentó a un problema insospechado en la STS 6 mayo 1993 (Ruiz Vadillo):

Un alcalde acusado de malversación de caudales públicos fue condenado por este delito, si bien el Tribunal de instancia entendió que el hecho había sido cometido en error de prohibición *vencible* y le impuso por ello la correspondiente pena atenuada⁴⁹³. El acusado recurrió alegando *indefensión*, puesto que durante el proceso no se había planteado expresamente la posibilidad de un error de prohibición y, dada la falta de homogeneidad entre los delitos dolosos y culposos – reconocida por la propia jurisprudencia del TS– al acusado no le había sido posible defenderse de la imputación de la malversación a título de culpa.

Ante el problema planteado, en la sentencia se optó, pese a ser su ponente un significado defensor de la teoría del dolo, por abrazar la teoría de la culpabilidad y entender que se había condenado al alcalde por la misma conducta dolosa por la que había sido acusado –y no por un hecho distinto– y que, sencillamente, se había apreciado una circunstancia, el error de prohibición vencible, que simplemente atenuaba la pena de ese delito doloso. De permanecer fiel a la teoría del dolo, el TS hubiese debido absolver.

6. Por último, y en otro orden de cosas, las diversas orientaciones en la relación entre el dolo y la conciencia de la antijuricidad tienen sólo una pequeña incidencia en el problema del tratamiento del error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación⁴⁹⁴. Así, las sentencias de

⁴⁹² *Vid.*, sin embargo, STS 29 septiembre 1989 (Carrero Ramos), donde se había rechazado cualquier posibilidad de error en un caso extraordinariamente parecido y también STS 29 enero 1996 (Martín Pallín), en la que se señala que, de existir, tal error sería de tipo y no de prohibición.

⁴⁹³ La apreciación de un error de prohibición en ese caso era, cuando menos, benevolente, pero el Ministerio Público no recurrió en casación (*vid infra* n. 508).

⁴⁹⁴ Sobre este punto, *vid.* más referencias en JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1987, pp. 699 y ss. y HUERTA TOCILDO, *CDJ*, XVIII-XX, pp. 276-280

los ponentes que se orientan expresamente hacia la teoría de la culpabilidad suelen ser a la vez exponentes de su versión estricta, esto es, consideran que toda clase de error referente a una causa de justificación es un error de prohibición⁴⁹⁵. En cambio, entre los representantes de la teoría del dolo así como entre los ponentes no claramente adscritos, existe división de opiniones. Mientras que algunos prefieren distinguir el error sobre los presupuestos objetivos (a tratar como un error de tipo) del resto de errores sobre la causa de justificación (que serían propiamente una *imprudencia iuris* o error de prohibición)⁴⁹⁶, otros se inclinan por considerar todo error en esa categoría sistemática como un caso de error de prohibición⁴⁹⁷.

C. El conocimiento de la antijuricidad

1. La jurisprudencia del TS ha exigido la presencia de conocimiento o conciencia de la antijuricidad, (o, utilizando otros términos, de lo injusto, de la prohibición, conciencia de la ilicitud, de la significación antijurídica del hecho, etc.) como elemento positivo que fundamenta la culpabilidad⁴⁹⁸,

⁴⁹⁵ Cfr. SSTs 29 febrero 1988, 16 noviembre 1992 y 16 diciembre 1993 (Bacigalupo Zapater). Probablemente también STS 11 octubre 1990 (Martín Pallín).

⁴⁹⁶ Cfr., por ejemplo, SSTs 2 noviembre 1987 (Móner Muñoz), donde se revoca el tratamiento como error de prohibición de uno que lo era sobre la existencia de agresión ilegítima y es calificado como error de tipo. Probablemente, también en este sentido, STS 10 mayo 1989 (Díaz Palos). Igualmente la STS 29 abril 1989 (Carrero Ramos) parece alinearse con la teoría de los elementos negativos del tipo (de forma confusa, puesto que posteriormente habla de "error vencible de licitud").

⁴⁹⁷ Cfr. SSTs 3 mayo 1989 y 24 septiembre 1992 (Soto Nieto), 9 marzo 1993 (De Vega Ruiz) o 19 octubre y 3 noviembre 1994 (Martín Canivell); *vid.*, también, la STS 7 febrero 1996 (Montero Fernández-Cid), donde se considera error de prohibición la creencia errónea sobre la efectiva concurrencia de la indicación terapéutica del aborto. Seguramente este tratamiento entronca más fácilmente con la vieja tradición jurisprudencial de tratar las causas de justificación putativas mediante la aplicación de la eximente, completa o incompleta.

⁴⁹⁸ *Vid.* la STS 18 septiembre 1984 (De Vega Ruiz), reproducida en múltiples sentencias: "... tras la creación del citado artículo 6 bis a) y la nueva redacción del artículo 1, en tanto que el claro significado subjetivista de la culpabilidad abarca y comprende el conocimiento exacto de la ilicitud del hecho como acto incurso en la norma penal, intencionalidad anímica derivada de la propia libertad en que toda conducta humana ha de desenvolverse (...)" ; cfr., por ejemplo, SSTs 25 mayo 1992 (Hernández Hernández), 1 marzo 1994 (Soto Nieto), 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez) o 7 junio 1995 (Montero

autónomamente o como parte integrante del dolo, y ha considerado su ausencia como un error de prohibición, sin requerir normalmente la representación efectiva de la juridicidad de la conducta. En efecto, no parece que se haya utilizado la formulación positiva del error de prohibición en el ACP (“creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente”) para formular interpretaciones restrictivas del mismo, en el sentido de requerir una efectiva representación de la licitud de la conducta para excluir el error⁴⁹⁹. Teóricamente pues, el conocimiento de la antijuricidad como estado psicológico es un elemento subjetivo del delito necesario para la responsabilidad penal plena.

De todas formas, como se verá, ello queda considerablemente desvirtuado cuando en el proceso penal el objeto de prueba no es el conocimiento de la antijuricidad sino el *desconocimiento* de la misma. Ello ha motivado que, normalmente, el TS no se preocupe en exceso por la delimitación conceptual del conocimiento de la antijuricidad porque, en última instancia, todo queda reducido a un problema de prueba de un elemento subjetivo que nunca puede aprehenderse plenamente⁵⁰⁰. Por tanto, es importante discernir cuando el TS hace referencia al conocimiento de la antijuricidad como concepto dogmático y cuando se refiere al mismo desde una perspectiva procesal es decir, estableciendo las máximas reglas que rigen la prueba de dicho elemento. Comenzaré por este primer aspecto.

Fernández-Cid).

⁴⁹⁹ Muy a menudo se ha considerado que ello ya es consecuencia inmediata de la falta de conciencia de la antijuricidad. *Vid.*, por ejemplo, STS 2 diciembre 1993 (Cotta y Márquez de Prado): “que los recurridos actuaron, en este supuesto, con total desconocimiento de la ilicitud de lo que hacían, o lo que es lo mismo en la creencia errónea e invencible de estar obrando de conformidad con la Ley”. Y, aunque a veces se mencione al error como la creencia de estar obrando lícitamente, acto seguido se indica que para excluir el error se requiere conciencia de la antijuricidad. *Vid.*, por todos, STS 28 marzo 1994 (De Vega Ruiz). En alguna ocasión, sin embargo, se ha utilizado este argumento (sólo puede haber error cuando se cree que la conducta es lícita) para reforzar la idea de que es suficiente con saber simplemente que el hecho cometido es contrario a Derecho, sin necesidad de otro conocimiento más concreto. *Cfr.*, en este sentido, STS 21 noviembre 1995 (Montero Fernández-Cid).

⁵⁰⁰ *Vid.*, por todas, STS 21 noviembre 1995 (Montero Fernández-Cid).

1. Objeto del conocimiento de la antijuricidad

1. En el momento de concretar el objeto de la conciencia de la antijuricidad, la mayoría de pronunciamientos del TS se mueven en torno a consideraciones de antijuricidad *general* desde una perspectiva básicamente *formal*:

STS 13 octubre 1993 (Conde-Pumpido Ferreiro), en un caso de tenencia ilícita de armas: "no es preciso el conocimiento del contenido y circunstancias de la norma penal infringida, sino que pueda valorar, desde su esfera de profano, el carácter prohibido y jurídicamente reprochado de su conducta".

STS 21 noviembre 1995 (Delgado García): "para que no haya error de prohibición basta que el sujeto conozca que lo que hace u omite es un comportamiento ilícito, es decir, contrario al ordenamiento jurídico, sin que sea preciso ningún otro conocimiento más concreto"⁵⁰¹.

Junto a la de conciencia de la antijuricidad, la expresión más utilizada es la de *conocimiento o conciencia de la significación antijurídica del hecho*⁵⁰². Posiblemente dicho término posea un mayor sentido material que la simple contradicción formal al Derecho, pero no parece que su uso haya tenido especiales consecuencias.

El conocimiento de la *inmoralidad* o la *reprobación* de una conducta es utilizado en ocasiones como indicio o vía de acceso al conocimiento de la antijuricidad, mas no como objeto del mismo:

STS 12 mayo 1994 (Puerta Luis), respecto a un delito de corrupción de menores: "el acusado no podía ignorar la *gran inmoralidad y consiguiente ilicitud* de su conducta y las graves consecuencias que para su hija y los otros menores habría de tener"⁵⁰³.

⁵⁰¹ *Vid.*, también, STS 1 marzo 1993 (Delgado García) y 27 diciembre 1994 (Conde-Pumpido Ferreiro), reseñadas *infra* p. 210.

⁵⁰² Presente en numerosas sentencias. *Vid.*, por ejemplo, en otras, SSTS 26 enero 1984 (Vivas Marzal); 14 diciembre 1985 (Soto Nieto); 1 febrero 1986 (Gil Sáez); 3 junio 1988 (Ruiz Vadillo); 23 marzo 1992 (Huerta y Álvarez de Lara); 22 abril 1994 (Martínez-Pereda Rodríguez); 3 noviembre 1994 (Martín Canivell); 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez) o 11 septiembre 1996 (Puerta Luis). En las SSTS 3 mayo 1989 y 24 septiembre 1992 (Soto Nieto), se habla de la "significación antijurídica *general* del hecho".

⁵⁰³ *Vid.*, también, STS 5 febrero 1993 (Cotta y Márquez de Prado), en un caso de asesinato (!): "claro que conservaba la suficiente lucidez mental para comprender a «grosso modo» la *inmoralidad* de lo que hacía y la sanción que en su caso le podía corresponder".

También en esta línea, alguna resolución indica que la idea de contrariedad al ordenamiento jurídico puede obtenerse a través de la captación de lo injusto material del hecho o de la contrariedad al valor:

STS 8 julio 1991 (Carrero Ramos), en un caso de secuestro de un avión con armas simuladas: "...claro está que para rechazar el error no es preciso exigir que el sujeto sea conocedor de la norma jurídica concreta, ni del nombre técnico del delito, ni si está o no en leyes internas, o convenios, etc. Basta con poder afirmar que *sabe que su conducta es contraria a Derecho, y por ello se expone a alguna sanción, que conculca reglas de convivencia esenciales*, como la seguridad de las comunicaciones, de que está poniendo en peligro a los demás, aparte de los graves perjuicios a los intereses comunes y particulares".

STS 30 junio 1992 (García Miguel), en relación a las falsedades: "no son necesarios especiales conocimientos ni asesoramiento para saber *que es jurídicamente ilícito tergiversar la verdad*".

Ahora bien, cuando se trata de delitos de carácter formal, más próximos al ilícito administrativo, se incide simplemente en el aspecto formal de la conciencia de la antijuricidad, en la idea de simple infracción de un mandato o prohibición contenido en una norma de Derecho positivo:

STS 4 diciembre 1987 (Montero Fernández-Cid): "Saber que circular sin placas de matrícula *es antijurídico* es obvio para quien ha obtenido un permiso habilitante"⁵⁰⁴.

STS 14 febrero 1992 (Martín Pallín), respecto de un delito de contrabando (loterías ilegales): "Todo ello nos lleva a la conclusión de que el procesado conocía perfectamente que su actividad no era lícita en cuanto que no había recabado las *oportunas autorizaciones*".

2. Sin embargo, todo lo afirmado hasta ahora puede parecer inexacto si se tienen en cuenta algunas afirmaciones generales de tenor muy radical que han hallado un eco importante en otras resoluciones y que hacen pensar que, según el TS, la conciencia de la antijuricidad requiere conocer el carácter penalmente prohibido del hecho:

STS 3 enero 1985 (De Vega Ruiz): "culpabilidad abarca necesariamente el

⁵⁰⁴ *Vid.* también STS 12 marzo 1992 (Martínez-Pereda Rodríguez). En alguna sentencia el conocimiento de la antijuricidad *formal* se identifica con el conocimiento del precepto penal concreto. Es entonces cuando se aboga por la antijuricidad material o significación antijurídica del hecho: cfr. STS 30 marzo 1993 (Soto Nieto).

*conocimiento exacto de la ilicitud del hecho como acto incurso en la norma penal*⁵⁰⁵.

STS 25 mayo 1992 (Hernández Hernández): "implica el error la creencia del acusado de que su conducta no conlleva *sanción penal*, por conforme a la norma"⁵⁰⁶.

STS 8 marzo 1996 (Montero Fernández-Cid): "no hace falta conocer la norma jurídica concreta que ha sido violada, ni el nombre del delito, bastando que el sujeto tenga conciencia de que su conducta es contraria a Derecho y por ello se expone, si la realiza, a una *sanción penal*".

No obstante, estas menciones al carácter penal de la prohibición como objeto del conocimiento de la antijuricidad penal se han efectuado en calidad de pronunciamientos generales, sin que en los casos concretos con ocasión de los cuales se han efectuado tales afirmaciones, éstas hayan constituido la *ratio decidendi* de ninguna absolucón por desconocimiento de la sancionabilidad penal del hecho. En realidad, cuando en un supuesto determinado se han presentado expresamente problemas de esa naturaleza, el TS se ha refugiado otra vez en la idea de la contrariedad genérica al Derecho como fundamento de la responsabilidad penal plena:

Así, en la STS 1 marzo 1993 (Delgado García), en un caso en que un alcalde vende un terreno de su propiedad al Ayuntamiento, sin oferta pública y con inusitada rapidez (fraude del art. 401 ACP) se afirma: "esta Sala deduce que el procesado actuó en aquella ocasión con conocimiento de que no obraba dentro de unos cauces legalmente permitidos. *Posiblemente no tuviera conciencia de las consecuencias penales que su comportamiento podría acarrear, pero ello no es necesario para integrar el conocimiento de la antijuricidad* cuya inexistencia constituye el error de prohibición del párr. 3º del art. 6 bis a) del CP. Así pues, hemos de entender que Antonio A. actuó con conocimiento de que su comportamiento *estaba prohibido por la Ley*, y por ello ha de rechazarse también este motivo".

En la STS 27 diciembre 1994 (Conde-Pumpido Ferreiro), cuando en un

⁵⁰⁵ *Vid.* también, por ejemplo, STS 14 diciembre 1985 (Soto Nieto). A partir de 1991, en este fragmento, transcrito en múltiples ocasiones, ha desaparecido la expresión "como acto incurso en la norma penal"; *vid.*, por ejemplo, STS 20 enero 1992 (De Vega Ruiz), 25 mayo 1992 (Hernández Hernández) o 1 marzo 1994 (Soto Nieto).

⁵⁰⁶ *Cfr.*, también, por ejemplo, STS 11 julio 1991 (De Vega Ruiz): "Se trata de la creencia del inculpado en que los hechos ejecutados *no estaban sancionados penalmente*". Siguiendo a esta última, STS 3 noviembre 1994 (Martín Canivell) y 29 noviembre 1994 (Soto Nieto).

caso de delito electoral cometido por motivos de conciencia se alegó que el acusado no había sido advertido que podía incurrir en delito si no se incorporaba a la mesa electoral, se indica: “el alcance de tal conciencia o conocimiento de estar obrando ilícitamente no exige el exacto saber del contenido concreto del tipo infringido, y, en consecuencia, la advertencia o notificación personal de carácter delictivo del acto concreto, como la recurrente argumenta, sino sólo el *conocimiento genérico de que el acto a realizar está prohibido y contradice el Derecho*”⁵⁰⁷.

Por otra parte, tampoco debe inducir a equívoco el hecho de que el TS no haya desautorizado algunas sentencias en las que el tribunal de instancia había apreciado un error de prohibición por falta de conciencia de la ilicitud penal del hecho⁵⁰⁸. En estas resoluciones el TS no ha podido pronunciarse al respecto por falta de recurso de la acusación, pero, cuando menos, en todas ellas se ha rechazado la pretensión de un error de prohibición invencible por parte de la defensa.

3. Últimamente el problema de la conciencia del carácter penal de la prohibición ha adquirido una cierta relevancia en el delito de malversación impropia (art. 399 ACP y art. 435 CP), concretamente en supuestos de disposición de los bienes embargados por parte de la persona designada depositaria, que suele ser también la propietaria de tales bienes. Normalmente se viene considerando que para borrar cualquier atisbo de error en este delito es suficiente la diligencia de designación de depositario de los caudales embargados, ya que en la misma se instruye al depositario de

⁵⁰⁷ *Vid.*, del mismo ponente, STS 9 febrero 1995, donde con base en esta argumentación se rechaza la necesidad de entrar en la determinación de la falta de conciencia de las consecuencias penales alegadas por el autor de un delito de fraude cometido por funcionario público. Cfr. también la confusa STS 24 octubre 1981 (Gómez de Liaño y Cobaleda), donde se señala que el “error jurídico-penal es irrelevante mientras no se despegue de la conciencia de quebrantar un deber”.

⁵⁰⁸ *Vid.* STS 10 julio 1991 (Martín Pallín), en la que se ventila un recurso interpuesto por la defensa contra una sentencia condenatoria por falsificación de placa de matrícula. La Audiencia había entendido que el acusado podía estar creyendo que incurría solamente en un ilícito administrativo y aplicó en consecuencia el error de prohibición vencible. El TS sólo pudo entrar en la cuestión de la vencibilidad de error puesto que únicamente recurrió la defensa. Tampoco acaba de definirse en la STS 8 febrero 1991 (Moyna Ménguez). *Vid.*, también, STS 6 mayo 1993 (Ruiz Vadillo), en relación a un delito de malversación de caudales públicos, donde la creencia de un alcalde de que las posibles responsabilidades por un acuerdo adoptado por el pleno de la corporación recaen sobre el Ayuntamiento como persona jurídica y no sobre personas individuales, fue considerada error de prohibición vencible por la sentencia de instancia.

la obligación de conservar los bienes y de la imposibilidad de disponer de los mismos sin autorización judicial. Asimismo se le informa de las responsabilidades en las que puede incurrir caso de incumplir las obligaciones contraídas⁵⁰⁹. Sin embargo, en la STS 12 julio 1994 (Moyna Ménguez) se ha admitido un error de prohibición (vencible) cuando el depositario, advertido genéricamente de sus obligaciones –y, por tanto, conocedor de la antijuricidad general de su conducta– no ha sido objeto de una advertencia sobre las *responsabilidades concretas* que comporta aceptar el encargo.

La cuestión se remonta a una resolución anterior. Según la STS 27 mayo 1994 (Móner Muñoz), una persona no ha sido instruido *suficientemente de sus deberes* con una diligencia en la que simplemente se le hace saber que los bienes embargados “quedan a disposición del juzgado bajo las responsabilidades establecidas por la ley”, con lo que no se acreditaría el conocimiento actual de la antijuricidad. En consecuencia, se apreció un *error de prohibición vencible*. A mi juicio, esta sentencia presentaba algún punto débil: todo desconocimiento de los *deberes* que comporta el depósito judicial supone en realidad un *error de tipo* por cuanto es imposible realizar la conducta típica –substraer dolosamente los bienes embargados– sin ser consciente de que no se tiene capacidad de disposición sobre los mismos, cosa que es inherente a la comprensión de la condición de depositario⁵¹⁰. Dada la amplitud del error de tipo, ello supone, en mi opinión, que el error

⁵⁰⁹ Cfr. SSTs 29 mayo 1985 (Vivas Marzal), 30 enero 1989 (Puerta Luis), 13 octubre 1989 (Vivas Marzal), 6 noviembre 1990 (Montero Fernández-Cid) y 23 abril 1992 (Díaz Palos). En todas ellas se niega la posibilidad de un error de prohibición si se ha enterado al depositario de las obligaciones y responsabilidades que asume. No se plantea, sin embargo, el problema de la necesidad de precisar la *clase de responsabilidad* en la que se puede incurrir. *Vid.* también los hechos probados de la STS 4 junio 1986 (Vivas Marzal) en *La Ley*, 1986-4, p. 523 y ss., donde aparece un posible ejemplo de falta de conciencia de la prohibición penal del hecho en un caso de malversación impropia (“no te meterán en la cárcel por esto”), si bien el error de prohibición no acaba siendo objeto del recurso.

⁵¹⁰ Cfr., sin embargo, en sentido contrario al que se acaba de exponer, STS 28 febrero 1992 (Bacigalupo Zapater), donde se entiende que el desconocimiento del deber consistente en mantener los bienes a disposición de la autoridad judicial es un error de prohibición. Por lo demás, es de resaltar que en esta decisión se entiende que la simple advertencia de incurrir en responsabilidad penales sin precisar el contenido de los deberes asumidos no es lo suficientemente específico como para afirmar la conciencia actual de la antijuricidad, si bien permite fundar la vencibilidad del error.

de prohibición en la malversación impropia prácticamente sólo sea posible en relación al *carácter penal* de la prohibición del hecho⁵¹¹. Seguramente por ese motivo, la ya mencionada STS 12 julio 1994 (que, a pesar de todo, se reclama seguidora de la sentencia anterior) reorienta el problema y sitúa la cuestión de la falta de conocimiento de la antijuricidad por falta de información en el desconocimiento por parte del autor de "las responsabilidades, *particularmente las penales*," que acarrea el quebrantamiento del depósito. Ello permite al TS acabar apreciando la existencia de un error de prohibición vencible⁵¹²

4. Por último, el TS se ha manifestado especialmente cuidadoso en no confundir la falta de conocimiento de la antijuricidad con la creencia o expectativa de impunidad, incluso aunque dicha creencia esté motivada por la actitud del poder público hacia ciertas conductas. Por ese motivo, en múltiples delitos en materia de prostitución⁵¹³ se ha rechazado la alegación de un error, que supuestamente estaría producido por la falta de persecución policial de esa clase de hechos y por una cierta aceptación social expresada, por ejemplo, mediante el anuncio de dichas actividades en los medios de comunicación⁵¹⁴. Sin embargo, en mi opinión, no debería descartarse la posibilidad de que en alguna ocasión estas circunstancias expresaran una auténtica falta de conciencia de la antijuricidad, en tanto que la tolerancia sea indicio del cambio de valoración social del hecho, con la consiguiente

⁵¹¹ Salvo que se trate de error de prohibición indirecto, es decir, situaciones en las que el sujeto considera, equivocadamente, que existe una causa de justificación que le permite disponer de los bienes.

⁵¹² Sin embargo, en última instancia en esta sentencia se admite la posibilidad de que el sujeto actuara *en la creencia de estar obrando lícitamente*, cosa que no se compadece con la aceptación del dolo típico.

⁵¹³ Especialmente respecto a modalidades destipificadas por el actual Código como la facilitación de locales y habitaciones para la práctica de la prostitución.

⁵¹⁴ Cfr. SSTS 24 marzo 1988 (Jiménez Villarejo), 29 abril 1988 (García Ancos) y 16 octubre 1990 (Barbero Santos), respecto a la alegación de permisividad policial y social en materia de represión de la prostitución. *Vid.*, también STS 6 junio 1990 (Moyna Ménguez), que es objeto de un voto particular por parte de Martín Pallín, partidario de estimar el recurso de la defensa, que alegaba error de prohibición basándose en la aceptación social, si bien la reflexión del voto va más en la línea de considerar la *atipicidad* de tales conductas basándose en el principio de intervención mínima. No obstante este ponente acata la jurisprudencia mayoritaria en la STS 28 septiembre 1993.

pérdida de antijuricidad material del mismo. En cualquier caso, no es posible mantener la existencia de un error de prohibición cuando es sabido que existe la actividad represiva en un ámbito determinado, aunque sea intermitente o excepcional

Asimismo, la jurisprudencia ha rechazado que la tolerancia o, incluso, la participación de las Administraciones en conductas de claro contenido ilícito puedan desactivar el conocimiento de la antijuricidad de tales actos⁵¹⁵. En este mismo sentido se manifestó inicialmente en el caso del fraude del Plan de Empleo Rural (PER)⁵¹⁶. Sin embargo muy recientemente, en otro de estos fraudes, el TS ha efectuado un giro de ciento ochenta grados y ha confirmado una absolucón por error de prohibición (invencible):

STS 21 marzo 1997 (Martín Pallín). La actitud del Ayuntamiento acreditando “peonadas” inexistentes “inducía a los solicitantes a pensar que estaban realizando una actividad si no totalmente legítima si por lo menos legitimada por la propia administración local”⁵¹⁷.

En estos supuestos creo que es importante diferenciar lo que objetivamente está sucediendo –una actitud permisiva de ciertos funcionarios o instituciones– y el sentido que otorga un ciudadano concreto a esa situación de permisividad oficial. Así, puede identificarla correctamente como una simple expectativa de impunidad, o bien interpretarla como un sinónimo de legalidad o, al menos, de falta de ilicitud penal. Planteada de esta última forma, la actitud equívoca de la Administración puede dar pie a

⁵¹⁵ *Vid.* STS 21 noviembre 1995 (Montero Fernández-Cid): la conformidad tácita de la Administración autonómica y provincial no elimina el conocimiento de la ilicitud de una falsedad consistente en hacer figurar la firma de un contratista de obras inexistente en la solicitud de una subvención. *Vid.*, también, STS 14 marzo 1994 (Carrero Ramos), para un caso de desobediencia por parte de un alcalde que actuaba con la confianza de que el caso “no llegaría a los tribunales”.

⁵¹⁶ *Vid.* STS 8 marzo 1996 (Montero Fernández-Cid). La Audiencia de Granada había absuelto a los jornaleros del delito de falsedad y estafa por error de prohibición invencible. El TS revocó la sentencia al entender que no faltaba en absoluto conciencia de la antijuricidad y, simplemente, existía “un conocimiento sobre la mayor facilidad comisiva derivado de la tolerancia de las autoridades competentes”.

⁵¹⁷ Se trataba de un caso de fraude idéntico al reseñado en la nota anterior en el que la Audiencia de Granada también había absuelto por error de prohibición invencible. *Vid.* los hechos *supra* p. 191.

errores sobre la prohibición del hecho⁵¹⁸. Así, en el caso del PER, es de suponer que muchos jornaleros eran perfectamente conscientes de la irregularidad –antijuricidad general– de sus conductas pero, dada la intervención de las Administraciones públicas (Ayuntamientos, Diputaciones, Delegaciones Ministeriales, etc.), muy probablemente no fueran conscientes de la *ilicitud penal* de su comportamiento.

5. Finalmente, salvo alguna excepción, el TS no ha tenido problemas en considerar que el autor por convicción discierne entre lo que en un momento dado es considerado ilícito en un ordenamiento jurídico y sus propias opiniones acerca de cómo debería ser aplicado tal ordenamiento. Al ser suficiente para la culpabilidad el conocimiento de lo primero, se rechaza el error de prohibición en estos casos⁵¹⁹.

2. Conocimiento de lo injusto específico del hecho

1. Dado que en última instancia toda la cuestión del conocimiento de la antijuricidad queda oculto por los problemas de prueba, no es fácil adivinar si en alguna ocasión el TS ha aceptado un error de prohibición por no haberse captado el contenido específico de ilicitud del hecho. Como ya hemos visto, parece que el TS se conforma con el conocimiento de la antijuricidad general del hecho desde una perspectiva bastante formal con lo que parece ser suficiente una idea genérica de contrariedad al Derecho. Sin embargo, en algún caso esporádico se ha planteado el tema del grado de especificidad del conocimiento necesario para excluir el error de prohibición. Concretamente se ha efectuado un pronunciamiento *obiter dictum* sobre la *divisibilidad* del conocimiento de la antijuricidad en caso de concursos, esto es, la necesidad de establecer en tales supuestos el

⁵¹⁸ Situación que no es inusual en campos como por ejemplo el ecológico: cfr. STS 30 noviembre 1990 (Martín Pallín) o SAP Barcelona 7 octubre 1992 (*La Llei*, 1993-1, pp. 414 y ss., Ref. 836).

⁵¹⁹ Cfr. STS 30 enero 1996 (Conde-Pumpido Tourón), respecto a considerar preferentes las exigencias populares frente a las decisiones de los tribunales de justicia, o STS 17 abril 1995 (Martín Pallín), respecto a la objeción de conciencia al deber de participar en las mesas electorales. En otro sentido la ya referida STS 20 septiembre 1993 (Ruiz Vadillo) –*vid. supra* n. 451–.

conocimiento de la antijuricidad en relación a cada infracción específica que concurra en el hecho⁵²⁰. Por otro lado, sin que ello se haga explícito, seguramente alguno de los errores de prohibición admitidos en materia de falsedades responda a que el sujeto identifica erróneamente lo injusto *específico* de tales delitos con la existencia de perjuicios a terceros.

2. La cuestión ha despertado algo más de interés en supuestos de posibles errores de prohibición sobre agravantes específicas o subtipos cualificados, si bien ello se ha presentado siempre "a remolque" del error de tipo sobre dichas circunstancias. En este punto, la jurisprudencia estima irrelevante todo error acerca del *grado de injusto* de un delito si ya existe conocimiento de los elementos que fundamentan la agravación, es decir, siempre que no constituya un error de tipo acerca de las circunstancias que agravan la pena.

Así, en las SSTs 20 septiembre 1990 (Soto Nieto) y 15 junio 1994 (Ruiz Vadillo) se indica que en materia de tráfico de drogas no es preciso advertir la concurrencia del subtipo agravado basado en la "notoria importancia" (baremos jurisprudenciales incluidos) sino que basta con el conocimiento de la cantidad de sustancia tóxica poseída y la ilicitud de dicha posesión⁵²¹.

De ello se extrae que para el TS la denominada divisibilidad de la conciencia de lo injusto no es de aplicación a las circunstancias cualificantes, si éstas indican simplemente una mayor afectación de un mismo bien jurídico y existe conocimiento por parte del sujeto de la antijuricidad del tipo básico. Tan sólo he detectado una confusa desviación en esta tendencia

⁵²⁰ STS 27 octubre 1993 (Bacigalupo Zapater) donde se admite tal posibilidad en relación a un hecho constitutivo de delito de hurto y de contrabando (concretamente en un caso de apoderamiento de cartones de bingo en las dependencias de la Administración).

⁵²¹ *Vid.* también STS 11 septiembre 1996 (Puerta Luis) -*vid. infra* p.220-, sobre el problema de actos de tráfico con el psicotrópico vulgarmente denominado "éxtasis" y su consideración como sustancia que causa un grave daño a la salud. Ante la posibilidad de una falta de conciencia de la antijuricidad específica respecto a este aspecto concreto, el TS consideró que no era preciso que los autores conocieran la clasificación jurisprudencial (inexistente en el momento de comisión de los hechos) de dicha droga, siendo suficiente con el mero conocimiento de la ilegalidad del comercio con tal sustancia. En cambio, por tratarse de un error de tipo, en la STS 17 marzo 1994 (Conde-Pumpido Ferreiro) se reconoce la relevancia del error si, pese al conocimiento del carácter antijurídico genérico del hecho (proxenetismo), se desconoce (fácticamente) el carácter antijurídico específico del mismo (mantenimiento de un menor en la prostitución).

en la siguiente resolución:

STS 25 mayo 1990 (Díaz Palos), donde se planteó el caso de un súbdito alemán a quien se le descubrió una pistola en su yate durante una de sus múltiples visitas a la isla de Ibiza, careciendo de la documentación preceptiva para poseerla en España. Condenado por un delito de tenencia ilícita de armas con la agravante específica de introducción ilegal en territorio nacional, el TS afirmó el conocimiento de la antijuricidad respecto a la tenencia ilícita pero admitió el error en relación al extremo del elemento agravante⁵²². La decisión resulta sorprendente ya que, a mi juicio, salvo que dicha agravante se fundase en la afectación de un nuevo bien jurídico, se hace difícil aceptar la existencia de conocimiento de la ilegalidad de la tenencia de la pistola en el territorio del país sin que el mismo no arrastre consigo la conciencia de la ilegalidad de su introducción⁵²³.

3. En alguna ocasión se ha invocado la divisibilidad del conocimiento de la antijuricidad en sentido inverso, es decir, que la conciencia de la licitud de ciertos aspectos del hecho no comporta necesariamente que el mismo haya sido concebido en su globalidad como conforme a Derecho, rechazándose así alegaciones de error basadas en estos “segmentos lícitos”⁵²⁴.

3. Conciencia eventual de lo injusto

1. Tal y como ha repetido hasta la saciedad nuestra jurisprudencia,

⁵²² La Audiencia había condenado también por un delito de contrabando. El TS rechazó que se produjera un *bis in idem* entre este delito y la agravante de introducción ilegal de un arma en territorio nacional al estarse protegiendo en tales preceptos *bienes jurídicos distintos* (con una argumentación idéntica a la utilizada en materia de tráfico de drogas). Ahora bien, mientras que, como ya se ha visto, aceptó el error de prohibición respecto a la introducción ilegal, el Tribunal consideró, en cambio, que la conciencia de la ilicitud de la tenencia en España de la pistola era suficiente para el delito de contrabando.

⁵²³ Distinto es el caso de la STS 9 mayo 1994 (Carrero Ramos) que examina el caso de un extranjero con siete años de residencia en España al que se le ocupa un arma sin legalizar que había introducido al inicio de su estancia en el país. El TS consideró que existía conciencia de la ilicitud respecto a la posesión y descartó un error (de prohibición) respecto al tipo básico. Admitió, sin embargo, que en el momento de la introducción del arma años antes podría haber existido desconocimiento al respecto, por lo que apreció un error (en este caso de tipo) sobre la agravación. No se trata pues propiamente de un problema de divisibilidad sino de error inicial en un delito permanente que desaparece con posterioridad.

⁵²⁴ Cfr. STS 31 octubre 1992 (Bacigalupo Zapater). Se trataba de un caso de intrusismo en el que el sujeto cumplía las obligaciones fiscales propias de la actividad. *Vid.*, también, STS 7 junio 1996 (Montero Fernández-Cid).

para excluir el error de prohibición no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, sino que basta con que tenga conciencia de *una alta probabilidad de antijuridicidad*⁵²⁵ o, en otras palabras, una *fundada sospecha de su proceder contrario a Derecho*⁵²⁶, definiendo estas situaciones como un estado psíquico parecido al de quien obra bajo el signo del dolo eventual. Este paralelismo con el dolo eventual es bastante lógico si tenemos en cuenta, como ya se ha visto, que para buena parte de los miembros del TS la conciencia de la antijuridicidad del hecho no es sino una parte del dolo. Por otra parte, sin que el TS haya entrado en más precisiones, de la definición anterior se deduce que se está manejando un concepto de conocimiento eventual centrado básicamente en el factor *cognoscitivo*⁵²⁷.

Literalmente, el nivel de conciencia de la antijuridicidad que exige el TS es el de una *alta probabilidad*, lo que supondría que se está utilizando un concepto bastante restrictivo de conocimiento eventual⁵²⁸. Sin embargo, el TS tampoco se ha preocupado mucho en precisar cuál es su frontera con el error vencible, cuál es la exacta ubicación de las situaciones de duda, etc. En realidad, los problemas acerca del conocimiento eventual de la antijuridicidad no suelen aflorar, dada la corriente jurisprudencial mayoritaria en materia de prueba, según la cual el acusado debe probar que no era, como mínimo, consciente de que muy probablemente el hecho era antijurídico, con lo que el problema de las dudas sobre la antijuridicidad queda sepultado por este

⁵²⁵ *Vid.*, entre otras, SSTS 14 diciembre 1985; 20 noviembre 1990 y 15 abril 1996 (Soto Nieto); STS 26 mayo 1987 (Móner Muñoz); STS 10 mayo 1989 (Díaz Palos); STS 17 junio 1989 (Carrero Ramos); SSTS 20 noviembre 1991 y 22 abril 1994 (Martínez-Pereda); SSTS 12 diciembre 1991, 23 septiembre 1993 (De Vega Ruiz); STS 26 mayo 1993 (Ruiz Vadillo); STS 1 marzo 1995 (Martín Canivell). Cfr. otras referencias en PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, pp. 75-76, n. 73 y 74.

⁵²⁶ SSTS 10 abril 1986; 30 junio 1993 y 29 noviembre 1994 (Soto Nieto).

⁵²⁷ Incluso en algunas sentencias fieles a la teoría del dolo, la cuestión del conocimiento de la significación antijurídica del hecho se ubica en el factor *intelectivo* del mismo. Cfr., por ejemplo, SSTS 30 diciembre 1992 (Hernández Hernández), 30 marzo 1993 (Soto Nieto) o 8 junio 1994 (Móner Muñoz).

⁵²⁸ Últimamente, *obiter dictum*, ha aparecido alguna definición menos restrictiva en su literalidad, como la de la STS 11 octubre 1996 (De Vega Ruiz): "basta con que el agente tenga *conciencia de la probabilidad* de la antijuridicidad del acto", sin que su aplicación haya supuesto cambios apreciables.

reparto de la carga de la prueba convirtiéndose el conocimiento de la eventual antijuricidad del hecho en un apéndice de este sistema, casi una simple coletilla. En efecto, los estados psicológicos que se consideran probados suelen reconducirse a situaciones claras de conocimiento o de ignorancia. Raramente el juez indica en los hechos probados que el sujeto actuara *dudando* acerca de la antijuricidad para, a partir de esa constatación, determinar si en tales condiciones debe entenderse que existe o no conocimiento de la antijuricidad de acuerdo con los límites dogmáticos del mismo. Normalmente el juzgador, cuando acepta un error, se limita a considerar que ha quedado acreditado que el autor no conocía o, al menos, no sospechaba la elevada probabilidad de la antijuricidad del hecho⁵²⁹. Si a todo ello le unimos que es casi imposible que un tribunal se haga una fiel imagen de lo que exactamente se representaba el sujeto sino simplemente de lo que es razonable que pensara atendiendo a las circunstancias, prácticamente toda situación en la que el sujeto *debería* dudar acerca de la antijuricidad del hecho acaba suponiendo la plena imputación del mismo⁵³⁰.

De todas formas, en algunos casos el TS ha llegado a explicitar que esta “alta probabilidad” en realidad no es más que una representación de una posibilidad a la que, según el contexto, se le confiere el sentido de conocimiento o de error:

STS 30 enero 1989 (Puerta Luis). En un caso de malversación impropia, la “conciencia de la posible antijuricidad del hecho es suficiente para descartar el error, especialmente si se tiene en cuenta, además, que las dudas existentes se podían despejar fácilmente con una consulta al juzgado”⁵³¹.

STS 11 septiembre de 1996 (Puerta Luis)⁵³². Se trataba de un caso de

⁵²⁹ *Vid.*, por ejemplo, STS 1 mayo 1995 (Martín Canivell).

⁵³⁰ Cfr., críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 658-659.

⁵³¹ Obsérvese, además, como la facilidad para despejar las dudas no es un factor que incida sobre la intensidad de las mismas, psicológicamente hablando, y sin embargo condiciona la frontera entre conocimiento y error.

⁵³² Antes de que el TS hubiese tenido la posibilidad de definir al “éxtasis” como substancia que causa grave daño a la salud (STS 1 junio 1994, Díaz Palos) se produjeron algunas vacilaciones en la jurisprudencia menor (en una sentencia de la Audiencia Nacional, muy difundida por los medios de comunicación, se consideró que la substancia mencionada no reunía esas características), hasta el extremo de que el propio TS llegó a aceptar un error (de tipo) respecto a esta circunstancia “substancia que causa grave daño a

tráfico de *éxtasis* realizado antes de que existiera jurisprudencia sobre si dicha droga debía considerarse sustancia que causa grave daño a la salud. Ante la alegación de un error de prohibición, el TS entendió que, dado que en cualquier caso existía conciencia de la ilicitud de traficar con drogas, toda duda acerca del grado concreto de ilicitud del hecho debía resolverse en favor de la calificación más grave del mismo. Es decir, en esa situación el autor no debía descartar dicha posibilidad, por lo que siempre habría conocimiento eventual de la antijuricidad específica. Seguramente las cargas de la duda no se repartirían de la misma forma si el dilema se produjera entre una conducta lícita y otra ilegal.

2. No obstante, llama la atención una resolución que se aparta de la tendencia mayoritaria y vincula claramente la actuación con dudas sobre la antijuricidad con el error vencible.

STS 21 febrero 1991 (Moyna Ménguez). La Audiencia de Ciudad Real había apreciado un error de prohibición invencible al responsable de un depósito de productos zoosanitarios que funcionaba sin la asistencia de un técnico farmacéutico, hecho que constituía el tipo objetivo de un delito de intrusismo. El TS entendió que, dado el ámbito especializado en el que se producen los hechos y las fuertes controversias que había suscitado la cuestión, debía admitirse que, como mínimo, se había actuado con *dudas sobre la antijuricidad*, dudas de las que el autor hubiese podido salir a través de los medios que tenía a su alcance. Sin embargo tales dudas no se utilizaron para afirmar la conciencia de la antijuricidad sino que motivaron simplemente que el error de prohibición fuera considerado vencible.

Ciertamente, de acuerdo con la doctrina habitual del TS, sorprende que en este caso la decisión no hubiese sido la de apreciar la existencia de conciencia (eventual) de la antijuricidad. No parece que se trate de un caso en el que el sujeto, pese a la existencia de dudas iniciales, llega finalmente al convencimiento de que su conducta es lícita, en cuyo caso podría hablarse de error toda vez que el conocimiento de la antijuricidad exige la realización del hecho *dudando* acerca de la licitud del mismo. Podrían ensayarse algunas hipótesis para no situar esta decisión en abierta contradicción con los

la salud” –cfr. SSTS 9 diciembre 1994 (Moyna Ménguez) y 7 junio 1995 (Bacigalupo Zapater)–. En el caso de la STS que nos ocupa (11 septiembre 1996) se había alegado también error, por ser la comisión de los actos de tráfico anteriores a la sentencia de 1994. En dicho punto se agolpan problemas, tanto de error de tipo, como de desconocimiento de la antijuricidad específica respecto de un elemento cualificante. El TS aborda estos puntos entremezclando las cuestiones de dolo eventual y las de conocimiento eventual de la antijuricidad.

postulados mayoritarios, como sería distinguir entre la situación de dudas (error) y la conciencia de la alta probabilidad o la fundada sospecha invocada en otras sentencias (conciencia). La verdad es que en la sentencia no se entra en el concepto y límites del conocimiento de la antijuricidad. Lo más probable sea que en este caso el TS sencillamente optó por no abordar la espinosa cuestión de la deducción de las representaciones mentales del acusado efectuada por el tribunal de instancia sino que la asumió y no le quedó más que controlar la vencibilidad del error. En cualquier caso, no parece que la postura mantenida en esta sentencia haya encontrado continuidad en decisiones posteriores e, incluso, en otras sentencias de ese mismo ponente se reproduce la doctrina oficial de la conciencia de la alta probabilidad de la antijuricidad⁵³³.

3. En cambio, en un trabajo dedicado a este tema, PÉREZ ALONSO ha creído detectar alrededor de esta sentencia una línea jurisprudencial minoritaria que identificaría el conocimiento eventual de la antijuricidad con el error de prohibición y que, incluso, llegaría a diferenciar entre casos de duda *resoluble*, que daría pie a un error de prohibición vencible, y de duda *irresoluble*, que originaría un error de prohibición invencible⁵³⁴. Sin embargo, dejando de lado aspectos que, en mi opinión, distorsionan el análisis efectuado por dicho autor, como es la inclusión del conocimiento potencial en el concepto de conocimiento eventual de la antijuricidad⁵³⁵, creo que tales discrepancias jurisprudenciales (salvedad hecha de la ya referida STS 21 febrero de 1991) no se producen realmente y que la doctrina del TS no ha alcanzado estos niveles de complejidad.

En primer lugar el mencionado autor cita una serie de sentencias que, *a contrario sensu*, identificarían la existencia de dudas acerca de la antijuricidad por parte del autor con el error de prohibición⁵³⁶. Sin embargo, estas resoluciones tratan de una cuestión distinta. En las mismas simplemente se afirma que si, a partir de las circunstancias del hecho, *el juez*

⁵³³ Cfr. STS 31 mayo 1995 (Moyna Ménguez).

⁵³⁴ PÉREZ ALONSO, *ADPCP*, 1995, pp. 81-84.

⁵³⁵ *Vid. supra* n. 444

⁵³⁶ En concreto SSTS 7 julio 1987 (Moyna Ménguez) y STS 6 octubre 1993 (Díaz Palos).

no abriga dudas acerca de que el autor obró realmente con conciencia de la antijuricidad, debe rechazarse toda alegación de error de prohibición; cosa sensiblemente distinta a afirmar (como interpreta PÉREZ ALONSO) que, puesto que *el autor actuaba con dudas*, existe error⁵³⁷. En segundo lugar, la sentencia que demostraría la identificación entre las dudas irresolubles y el error de prohibición invencible se ocupa simplemente de un caso en el que se entiende que el autor actuaba completamente convencido de la legalidad de su obrar, es decir, actuaba sin *ninguna duda* acerca de la licitud de su hecho y lo que se analiza en realidad es si hubiese *debido* dudar, es decir, si su error era vencible⁵³⁸.

4. Últimamente ha aparecido una sentencia que podría reabrir la discusión⁵³⁹. Sin embargo, más que identificar las situaciones de duda con el error de prohibición, en la misma simplemente se efectúa un pronunciamiento genérico en favor de las tesis que exige un substrato psicológico mínimo (la existencia de una duda inespecífica, el conocimiento actual que el comportamiento posiblemente está prohibido) para poder

⁵³⁷ Cfr. simplemente el siguiente pasaje de la STS 7 julio 1987 reproducida por PÉREZ ALONSO, ADPCP, 1995, p. 82, n. 32: “las circunstancias que rodean el hecho enjuiciado patentizan que la recurrente tenía conciencia de la prohibición que pesaba sobre la explotación de capitales [tales circunstancias]; (...) alejan la posibilidad de una duda indulgente sobre el conocimiento de la ilicitud de la evasión”. A mi juicio, este es asimismo el sentido de la también citada STS 6 octubre 1993. Observaciones de este tipo siguen produciéndose en la actualidad: cfr., por ejemplo, SSTS 12 mayo 1994 y 21 octubre 1996 (Puerta Luis)

⁵³⁸ Se trata de la STS 5 octubre 1990 (Moyna Ménguez) –*vid.* un resumen de los hechos *supra*, p. 191–. La Audiencia apreció un error de prohibición *vencible* “por entender que todas las circunstancias concurrentes *debieron crear* a la recurrente no un estado de certeza, sino un estado de duda sobre la licitud del procedimiento”, mientras que el TS entendió que el error era *invencible* dado que, atendidas las características personales de la autora y las circunstancias del hecho, existía una imposibilidad personal de eliminar este convencimiento y acceder al conocimiento de lo injusto. No existían pues discrepancias entre ambos órganos judiciales acerca de la representación mental de la autora (una creencia de estar obrando lícitamente) ni sobre si existían dudas resolubles o irresolubles. Los dos tribunales simplemente divergían sobre la valoración de la creencia de estar obrando lícitamente de la autora, es decir, sobre su evitabilidad o vencibilidad.

⁵³⁹ *Vid.* STS 8 marzo 1996 (Montero Fernández-Cid): “resulta aplicable la doctrina que expresa que para la existencia del error de prohibición [¿vencible?] es preciso que *el autor haya tenido por lo menos una representación de la posibilidad de que su proyecto de acción no era lícito*”.

imputar un error de prohibición vencible ⁵⁴⁰, sin entrar en los límites concretos con el conocimiento eventual de la antijuricidad.

4. Formas de conocimiento

1. En principio, el TS maneja un concepto psicológico de conocimiento de la antijuricidad y de error, planteando la cuestión como un problema de creencias o representaciones equivocadas: el error es un estado de conciencia, se afirma en una sentencia ⁵⁴¹. De esta forma, la mayoría de problemas se trasladan al campo de la prueba, con poco juego para el Derecho penal sustantivo.

2. No se han suscitado discusiones en torno a los límites de la representación consciente de la antijuricidad del hecho. Excepcionalmente en alguna sentencia se ha utilizado la idea de *conocimiento actualizable*, en el sentido welzeliano del término, proyectándolo al ámbito del proceso: se ha considerado que, para descartar el error de prohibición, basta con que se pruebe que el sujeto poseía un conocimiento de la antijuricidad fácilmente actualizable mediante un mínimo esfuerzo de conciencia, sin ser necesario que se demuestre la efectiva actualización de dicho conocimiento en un momento dado ⁵⁴².

⁵⁴⁰ *Vid. supra* n. 95.

⁵⁴¹ STS 30 junio 1992 (García Miguel). Un “estado de opinión” en palabras de la STS 25 mayo 1992 (Hernández Hernández).

⁵⁴² *Vid.* STS 30 enero 1989 (Bacigalupo Zapater). Se trataba de un caso de tenencia ilícita de armas cuyo autor ya había sido condenado con anterioridad por ese mismo delito y que alegaba un error de prohibición basándose en que, pese a poseer el arma, ésta pertenecía a una tercera persona. CEREZO MIR, *PG II*, 5ª ed., p. 127 entiende que esta decisión supone un reconocimiento jurisprudencial de la *co-consciencia*. Sin embargo, como ya se ha indicado (*vid supra* p. 185 y s.), creo que con el *conocimiento actualizable* se está haciendo referencia a un fenómeno algo más amplio que el de la *co-consciencia*. En cualquier caso, la posición mantenida en esa resolución no supone globalmente una concepción más restrictiva que la sostenida por el resto de la Sala II del TS (que de hecho, en situaciones de este tipo esquivo el problema afirmando directamente la existencia de plena conciencia de la antijuricidad psicológicamente hablando), ya que el ponente de la misma, a diferencia de las tendencias mayoritarias, entiende que corresponde a la acusación demostrar la existencia de conciencia de la antijuricidad.

2. Por otro lado, cuando, esporádicamente, han surgido los conceptos de conocimiento actual y potencial, la jurisprudencia ha utilizado correctamente los términos y ha entendido que la culpabilidad plena requiere un conocimiento actual de la antijuricidad, mientras que la conciencia potencial, la posibilidad de conocer la antijuricidad, es la nota característica del error de prohibición vencible:

STS 12 febrero 1994 (Martín Pallín): “El error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer, al menos potencialmente, el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido por causas a él achacables”⁵⁴³.

STS 27 mayo 1994 (Móner Muñoz): “El art. 6 bis a) no requiere un conocimiento actual de la infracción del Derecho, siendo por tanto suficiente con la posibilidad del sujeto de alcanzar dicho conocimiento”.

De todas formas, últimamente se observa un cierto incremento en el uso de estos conceptos novedosos en la terminología jurisprudencial⁵⁴⁴, con lo que se ha producido también alguna confusión:

Así, en la STS 2 junio 1994 (Granados Pérez), se invoca la existencia de *conocimiento potencial de la antijuricidad* para rechazar la posibilidad de un error de prohibición, *incluso en su modalidad vencible*. El razonamiento no es acertado, por cuanto el argumento del conocimiento potencial sólo sería válido para desestimar un error invencible. De todas formas la imprecisión no llega, en este caso concreto, a afectar a la corrección de la decisión.

⁵⁴³ Cfr. también, en términos muy parecidos, STS 12 abril 1991 (Bacigalupo Zapater) y, del mismo ponente, STS 28 febrero 1992, en la que se considera a la conciencia potencial de la antijuricidad el substrato mínimo de la culpabilidad.

⁵⁴⁴ Así, SSTs 21 noviembre 1995 (Montero Fernández-Cid) y 8 mayo 1996 (Móner Muñoz).