

OBSERVACIONES SOBRE EL CONOCIMIENTO “EVENTUAL” DE LA
ANTI JURICIDAD

Jesús María Silva Sánchez

ADPCP, Tomo XL, Fascículo III, 1987, pp. 647 - 663

<http://www.cienciaspenales.net>

Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

1. En la teoría del error de prohibición se dan problemas de fondo, cuyo planteamiento y resolución trascienden probablemente a la ya tradicional disputa entre teorías del dolo y teorías de la culpabilidad. Dos de los más significativos de tales problemas son, sin duda, los relativos al sentido de los términos «conocimiento» y «antijuricidad», es decir, a su «extensio» conceptual (1). En efecto, como se advertirá al pronto, cuándo haya un *conocimiento de la antijuricidad* y cuándo no, dando lugar a un error de prohibición, es, en principio, cuestión independiente de las repercusiones sistemáticas del error de prohibición vencible; concretamente, de si el mismo excluye una culpabilidad dolosa, manteniendo, en su caso, la imprudente, atenúa la culpabilidad por un injusto doloso, o, según propone una reciente doctrina, excluye el injusto doloso, dejando subsistente el imprudente (2). De los dos temas referidos, el del «conocimiento» y el de la «antijuricidad», sólo nos ocupará en lo que sigue el relativo al *conocimiento*, es decir, a cuándo es posible decir que el sujeto *conoce* la antijuricidad y que, por tanto, no se encuentra en un error de prohibición vencible ni invencible. En cambio, no entraremos en el debate sobre el sentido del término «antijuricidad» en el seno de la teoría del error de prohibición; concretamente, no se debatirá aquí de modo discursivo si le asiste la razón a la postura que entiende que es suficiente con que el sujeto conozca *in genere* que su conducta infringe el Ordenamiento Jurídico o, por el contrario, es la acertada la de quienes sostienen que es preciso que el sujeto conozca la «antijuricidad penal»

(1) Sobre la noción de *extensio* conceptual, como ámbito de la realidad a que se refiere el concepto, y su relación con la *intensio*, como conjunto de elementos caracterizadores del concepto, cfr. BUND, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg 1983, página 14.

(2) Sobre todas estas teorías, cfr. MUÑOZ CONDE, *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela 1987, páginas 251-341 *pássim*.

de su conducta, es decir, que sepa que se enfrenta a normas jurídico-penales (3).

2. El análisis acerca de cuándo cabe hablar de conocimiento de la antijuricidad se producirá a partir del caso límite en que el sujeto no sabe seguro si su conducta infringe el Ordenamiento, teniéndolo simplemente por posible, del mismo modo que tiene por posible el actuar en el marco de lo adecuado a Derecho (4). Tal punto de partida no es casual. Es éste, probablemente, uno de los dos temas esenciales en materia de «conocimiento»; el otro es el del «conocimiento marginal» o «co-consciencia» (5). Además, sucede que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en algunas sentencias recientes en el sentido de afirmar la suficiencia de un «conocimiento eventual» de la antijuricidad para excluir el error de prohibición. Ello obliga, pues, a determinar cuándo hay un conocimiento eventual de la antijuricidad, delimitándolo del error de prohibición. En qué medida es posible trasladar a este ámbito sistemático los criterios que, en el tipo en sentido estricto, han servido, con diversa fortuna, a la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente, constituirá una de las cuestiones centrales de nuestra exposición (6). Pero también habrá que atender al tema de si, en los casos en que el TS habla de conocimiento eventual de la antijuricidad, se da efectivamente tal *situación de duda* y no se produce, más bien, una imputación de conocimiento, un conocimiento presunto. Es decir, algo similar a lo que ocurre, en algunos casos, con las tesis del propio Tribunal Supremo en materia de dolo eventual, sospechosas de practicar verdaderas «presunciones de dolo» (7).

3. Es doctrina dominante (8) la que sostiene que también el «co-

(3) Sobre el concepto de «antijuricidad penal», que desde luego no abarca la categoría de la punibilidad concreta, cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln 1983, pássim.

Que no entremos en este tema no significa que no exprese aquí mi postura en principio favorable a la tesis minoritaria, o de la «antijuricidad penal». En efecto, sólo ésta tiene efectivamente en cuenta que el Derecho Penal no es meramente sancionatorio, sino que posee normas primarias propias, específicas y que expresan una cualidad material de la conducta (el merecimiento *abstracto* de pena). A la vez, sólo tal tesis permite una realización del principio de culpabilidad en sentido amplio. Pues, evidentemente, difícilmente puede afirmarse que conoce el significado antijurídico de su conducta a los efectos del Derecho Penal el sujeto que entiende que la realización, por ejemplo, de escuchas telefónicas es antijurídica por constituir un ilícito civil o quien piensa que la defraudación a la Hacienda Pública, aun en los casos en que la cuota defraudada excede de cinco millones de pesetas, es antijurídica por constituir un ilícito administrativo merecedor de sanciones tributarias.

(4) Sobre el tema, WARDA, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingten Unrechtsbewusstsein*, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín-Nueva York 1974, páginas 499-532, pássim y p. 499.

(5) Sobre éste, *in extenso*, vid., por todos, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen 1969, pp. 140 y ss.

(6) En sentido afirmativo, después de analizar las diversas posturas doctrinales, se pronuncia RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 130 ss., p. 133.

(7) CORCOY, En el límite entre dolo e imprudencia, ADPCP 1985, pp. 961-975, pássim; cfr. también ZUGALDIA, La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual, ADPCP 1986, pp. 395-422.

(8) Sobre ella, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 118.

nocimiento eventual» es conocimiento de la antijuricidad, suficiente para excluir el error de prohibición y hacer al sujeto penalmente responsable como en los casos de conocimiento seguro. En efecto, se piensa generalmente que las dudas en torno a la infracción del deber deben resolverse en favor del cumplimiento de éste y, así las cosas, es lógico que el no hacerlo dé lugar a responsabilidad, incluso en la misma medida que si no hubiera duda alguna sobre la antijuricidad del hecho (9). De tal doctrina participan, como ya se ha indicado, algunas sentencias de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, por ejemplo, las STS 14 diciembre 1985 y 10 abril 1986 (10). Sin embargo, resta por analizar si la referida coincidencia de títulos da lugar también a una identidad de contenidos o no; además, y no en última instancia, será preciso examinar si las declaraciones teóricas del TS coinciden con la forma en que se llega al fallo en el caso concreto, lo que no siempre ocurre. La doctrina dominante en Alemania suele aplicar al «conocimiento eventual de la antijuricidad» los mismos criterios que emplea en el tipo positivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Así, son mayoría los autores que entienden que existe dicho *conocimiento eventual* siempre que el sujeto *considera seriamente* la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y *conforma con ello* (11). Es decir, que son precisos dos elementos. El primero, una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable al resultado «lesión del Ordenamiento», que aparece caracterizada con las expresiones «conformarse», «decidirse por», u otras similares, como la alemana «in Kauf nehmen» (12). Sin embargo, esta postura, que he calificado como dominante, tiene una mayor dimensión. Pues no sólo equipara «conocimiento eventual» y «conocimiento con seguridad» de la antijuricidad en cuanto a excluir el error de prohibición en ambos casos. Además, en los planteamientos de muchos autores, niega toda posibilidad atenuatoria, por otros motivos, a las situaciones de «conocimiento eventual» que, así, no podrían verse privilegiadas de ningún modo respecto a aquéllas de conocimiento seguro de la prohibición (13).

(9) Cfr. WARDA, Welzel-F, p. 505.

(10) Ambas relativas al delito de tenencia ilícita de armas del artículo 254 CP y en las que actuó como ponente el Sr. Soto Nieto.

(11) De modo general, cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal (trad. Mir Puig-Muñoz Conde), I, Barcelona 1981, p. 625, con amplias referencias bibliográficas. También RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, pp. 126 y 128-129, donde sostiene su criterio de la «decisión por el injusto»; PAEFFGEN, Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei und Rechtfertigungsirrtum, Juristenzeitung (JZ) 1978, pp. 738-746, p. 745; SCHROEDER, en Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK), 10.ª ed. (ed. Jescheck-Russ-Willms), Berlin, Nueva York 1980, par. 17 n.º 23: tener por posible y, además, aprobar internamente o mostrar absoluta indiferencia; el propio RUDOLPHI, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK) 3-4.ª ed. (ed. Rudolphi-Horn-Samsott), Tomo I, Allgemeiner Teil, Frankfurt 1985, par. 17 n.º 12.

Sobre esta concepción, cfr. la exposición de WARDA, Welzel-F, pp. 500-501.

(12) Alude a ello STRATENWERTH, Strafrecht AT, 3.ª ed., Köln 1981, p. 175 n.º 586.

(13) Aparentemente, RUDOLPHI, Unrechtsbewusstsein, p. 121.

4. Las discrepancias doctrinales frente a la reseñada postura dominante han seguido dos líneas. La primera, que entiende que basta con representarse seriamente la posibilidad de que el hecho esté prohibido para hablar de conocimiento (eventual) de la antijuricidad. Según ello, pues, no haría falta el elemento (voluntativo o emocional) de «conformidad» o «aceptación» que la doctrina dominante requiere para el dolo eventual y traslada —por sistema— al conocimiento eventual de la antijuricidad (14). La segunda, que, con independencia de que sus posiciones en torno a los supuestos en que concurre conocimiento eventual de la antijuricidad coincidan con las dominantes, entiende que dicho conocimiento, aunque desde luego excluye el error de prohibición, no necesariamente debe quedar sin tratamiento privilegiado respecto al «conocimiento con seguridad». Según los casos, podrá verse privilegiado o no (15). Por supuesto, cabe también que coincidan en algún autor las dos líneas, la «cognoscitivista» junto con la que admite la relevancia atenuatoria, en algún caso, del conocimiento eventual.

5. A mi juicio, ambas discrepancias están plenamente justificadas. Comencemos por la primera. A este respecto, es sabido que la dominante opera persuadida de que el dolo es conocimiento y voluntad,

(14) WARD, Welzel-F, p. 517, rechaza el valor selectivo de los elementos volitivos añadidos a la conciencia de la posibilidad del injusto, en la medida en que los mismos acaban presumiéndose una vez constatado que se actuó tras advertir tal posibilidad y, en todo caso, es posible hablar de una necesidad de reducir o prescindir de la pena aunque concurren.

Siguen una perspectiva más bien cognoscitivista WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín 1969, p. 171: Si el sujeto cuenta con la posibilidad de un comportamiento antijurídico y, de todos modos, quiere cometer el hecho, actúa con conocimiento de la antijuricidad y no en error de prohibición vencible; CRAMER, en *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª ed., München 1985, par. 17 n.º 6 a; SCHMIDHAUSER, *AT Studienbuch*, 2.ª ed., Tübingen 1984, p. 212 n.º 773; también JAKOBS, *Strafrecht AT*, Berlín-Nueva York 1983, pp. 457-458 n.º 29. Hay que decir, sin embargo, que muchos de los autores que sostienen posturas cognoscitivistas en materia de conocimiento eventual de la antijuricidad, también lo hacen respecto al dolo eventual.

Por su parte, el Tribunal Supremo español, si nos fiamos del tenor literal de sus declaraciones teóricas sobre este tema, podría también adscribirse a esta tendencia. Véase si no: STS 14.12.1985 «...habiendo de excluirse la presencia de un verdadero supuesto de error de prohibición cuando existen motivos para pensar que el agente tiene seguridad respecto a su proceder antijurídico o, al menos, conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad que, por estimarse similar al dolo eventual...» (el subrayado es mío). STS 10.4.1986 «Quedando excluida la presencia de semejante error de prohibición cuando existen motivos para concluir que el agente no se halla desprovisto de la normal conciencia de antijuricidad o, al menos, de la fundada sospecha de su proceder contrario a Derecho, en cuyo supuesto —similar al estado psíquico del que obra bajo dolo eventual— no ha de merecer trato de benignidad alguna» (el subrayado es mío).

(15) Cfr. STRATENWERTH, *AT*, 3.ª ed., p. 175 n.º 586; JAKOBS, *AT*, p. 458 n.º 30; WARD, Welzel-F, pp. 516, 525 y 527; PAEFGEN, *JZ* 1978, pp. 745 y 746; SCHÜNEMANN, H. W., *Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis*, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 1980, páginas 735-742, p. 739; SCHROEDER, *LK* 10.ª ed., par. 17 n.º 23; RUDOLPH, *SK* 3-4.ª ed., par. 17 número 13. La mayoría de ellos llega a admitir la posibilidad de eximir de responsabilidad, incluso; fundando, tanto la atenuación como la supuesta exención, en consideraciones de exigibilidad.

«conocer y querer la realización típica» (Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung). El paso siguiente es tratar de descubrir también en el dolo eventual, como clase de dolo, el elemento voluntativo, por algunos denominado «emocional». A tal fin (demostrar que en el dolo eventual también se «quiere», que hay formas de querer distintas a la «intención») van dirigidas las conocidas fórmulas del «conformarse con» (sich abfinden mit), «aceptar» (in Kauf nehmen) y tantas otras; con ellas se pretende diferenciar las situaciones de dolo eventual y de culpa consciente. A continuación, con una consecuencia ejemplar, la doctrina dominante, que advierte en el conocimiento eventual de la antijuricidad una figura paralela a la del dolo eventual en el tipo en sentido estricto, aplica, sin detenerse a cuestionarlas, las mismas fórmulas que ha ideado para este último a la materia del error de prohibición (16). Y ello es erróneo. Porque, a estas alturas, por supuesto puede discutirse si el dolo (de tipo positivo) es sólo conocimiento o, además, también voluntad. De hecho, es muy minoritario el sector doctrinal que sostiene lo primero, aunque se detecta una tendencia al aumento del número de sus detentadores (recientemente, *Hruschka, Jakobs, Frisch* y *Kindhäuser* se han situado muy próximos a esta postura). Ahora bien, concedido lo anterior, difícilmente cabe discutir que, si la voluntad juega algún papel en el dolo típico, éste se reduce a su relación con la acción como elemento del tipo objetivo y no afecta a ninguno de los restantes elementos típicos, respecto a los cuales sólo tiene sentido establecer una relación de conocimiento (17). Con mayor motivo, parece evidente que el llamado (por quienes admitimos su existencia) «dolo de tipo negativo» (18) tiene un contenido meramen-

(16) Sobre si en el conocimiento de la antijuricidad se incluye un elemento voluntativo o no, cfr. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin 1969, pp. 34 ss.; KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, páginas 221-222; KAUFMANN, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, *Zwitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 70 (1958), pp. 64-86, páginas 83 ss.; JAKOBS, AT, p. 458 número 52: todos ellos mostrando dudas acerca de la necesidad del mismo. Dudas que aquí se comparten plenamente, pues ni siquiera lo estimamos necesario para el dolo.

Es paradigmático en cuanto a la traslación de los criterios definidores del dolo eventual al conocimiento eventual de la antijuricidad, RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, p. 133.

(17) WARDA, *Welzel-F*, p. 518, alude correctamente a una cuestión que a buen número de autores se les escapa: el dolo eventual en relación a elementos típicos diferentes a la acción, como pueden ser la edad de la víctima en determinados delitos sexuales, la ajenidad de la cosa en el hurto, o la cualidad de funcionario público del sujeto pasivo en el atentado. Ello, a mi juicio, pondría claramente de relieve hasta qué punto puede ser errónea la búsqueda de lo voluntativo en el dolo, y concretamente en el dolo eventual, para distinguirlo de la culpa consciente. En efecto, la dominante concepción voluntativa del dolo no suele advertir siempre que, aun desde su propio punto de partida, respecto a muchos elementos típicos es el simple conocimiento el que integra el apartado relativo al tipo subjetivo. Estos son, prácticamente, todos salvo la acción y el objeto de la misma. En tal ámbito es claramente incorrecto el planteamiento tradicional de la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, de base voluntativa.

Al contrario, lo decisivo es fijar la frontera entre conocimiento y error. Y lo mismo vale, de modo general, para el «dolo de tipo negativo», dolo respecto a elementos típicos accidentales y para el conocimiento de la antijuricidad.

(18) Sobre éste, vid. *infra*. Entiendo por «dolo de tipo negativo» el «conocimiento»

te cognoscitivo. Por último, no cabe duda alguna de que el del conocimiento de la antijuricidad es un problema exclusivo de *conocimiento*, y en absoluto tiene sentido incluir en su determinación y delimitación respecto al error de prohibición elementos *voluntativos* (19). La postura dominante opera, así, incorrectamente. Pues, para que se excluya el error de prohibición, basta con que se *conozca la antijuricidad*, sin necesidad alguna de que el sujeto, además, *quiera* la antijuricidad de su conducta (20). En definitiva, fórmulas como las reseñadas, que pretenden mostrar el elemento voluntativo del dolo eventual que le distinguirá de la culpa consciente, están fuera de lugar a propósito del conocimiento eventual de la antijuricidad. Para éste será suficiente con que el sujeto se haya representado seriamente la probabilidad de que su conducta infrinja una norma jurídico-penal (21). Pero, entonces, ¿cómo distinguirlo de un error de prohibición vencible asentado en una situación de culpa consciente del sujeto? A mi juicio, de la misma manera que, a modo de mera hipótesis, entiendo que ha de suceder entre el dolo eventual y la culpa consciente en el tipo positivo: considerando que en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse, por parte del autor, elementos de confianza (22), de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia).

6. En el ámbito del error de prohibición ello sucederá del modo siguiente. Si el sujeto simplemente se representa de modo serio la probabilidad de que su conducta infrinja lo dispuesto por el Ordenamiento, sin añadir nada más, será posible hablar de que existe conocimiento de la antijuricidad. Si, en cambio, a este «representarse seriamente» la posibilidad general de que su conducta infrinja el Ordenamiento el sujeto añade la consideración de otros elementos que le hacen pensar que, en su caso concreto, no se va a producir el resultado de in-

de la ausencia de presupuestos objetivos de causas de justificación (tal *ausencia* constituye la parte objetiva del tipo negativo).

(19) Sobre la polémica, vid. WARDA, Welzel-F, pp. 522-523.

(20) Así también JAKOBS, AT, pp. 457-458 n.º 29.

(21) WARDA, Welzel-F, p. 524, observa que el conocimiento de la antijuricidad constituye un paralelo tan sólo del *lado cognoscitivo* del dolo, de modo que el error de prohibición por la falta de elementos cognoscitivos y en absoluto por la falta de elementos volitivos, que no puede fundamentarlo.

(22) Si la confianza tiene un fundamento racional, de hecho nos hallamos ante una situación de error, pues el sujeto toma nuevos elementos de conocimiento (aunque erróneos) que incorpora a su conocimiento de la realidad. Si los fundamentos son irracionales, en cambio, la cosa es diferente, pues, en tal caso, el sujeto conoce perfectamente la realidad, lo que difícilmente permite hablar de *error*. Se da aquí, según creo, una situación de dolo eventual, en la que la decisión acerca de la atenuación o no respecto al dolo directo podrá producirse atendiendo a criterios de exigibilidad. Cfr., en sentido similar, CORCOY, ADPCP 1985, pp. 970-971 y 973. En sentido parcialmente diferente, MIR PUIG, PG, p. 206, para quien la creencia «supersticiosa» en la no-producción del resultado da lugar a culpa consciente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tal creencia «supersticiosa» sería incluso compatible con la «probabilidad rayana en la seguridad» de que tal resultado se va a producir; y esto último es ya base del dolo directo de segundo grado. Con lo que dicha tesis podría tener que revisar incluso este concepto.

fracción de la norma, podrá hablarse de un error vencible de prohibición provocado por una culpa consciente. Hacer depender la exclusión del error de prohibición de algo más que el conocimiento, como, por ejemplo, de la constatación de la presencia de una «decisión por el injusto» (*Rudolphi*) o de consideraciones similares no es una solución aceptable. Pues tal «decisión por el injusto» no puede ser más que reflejo de una actitud interna del sujeto, y ésta no puede decidir sobre la punición del mismo, una vez que el conocimiento está fuera de toda duda. En definitiva, pues, no es el conocimiento eventual el que debe contener un «plus» voluntario, sino el error de prohibición el que, presupuesto el haberse representado seriamente la probabilidad, añade un elemento de confianza en la no producción de una infracción de normas penales. De cualquier modo, tampoco la afirmación de que, si el sujeto confía en la no infracción de la norma, se verá libre de la plena responsabilidad es completamente correcta. Para comprobarlo, hay que plantear la cuestión de modo paralelo a lo que ocurre con el dolo eventual, aludiendo a los fundamentos de la confianza. A este respecto, ha sido apreciado por la doctrina lo difícil de hallar fundamento a la confianza en los casos en que el sujeto carece de toda posibilidad de intervención posterior modificadora del proceso. Pues bien, ello, que se da en algunos supuestos de dolo eventual, constituye la regla general en los de conocimiento eventual de la antijuricidad. En todo caso, sin embargo, si la confianza tiene una base racional, podrá hablarse de error de prohibición, en la medida en que la introducción de tales factores de confianza determina una errónea apreciación de la probabilidad de producción de la infracción normativa. Quedan, entonces, los casos en que la confianza tiene una fundamentación puramente irracional (ej. una corazonada). En ellos no cabe hablar de que le falte al sujeto el «conocimiento»; habrá, pues, conocimiento eventual de la antijuricidad (23).

7. El segundo tema de los mencionados más arriba (vid. supra 4.) no es de naturaleza lógico-estructural, sino valorativa. Pues, en efecto, si el conocimiento eventual de la antijuricidad, pese a excluir todo error de prohibición, debe dar lugar a un tratamiento atenuatorio respecto al conocimiento seguro o no, es, probablemente, algo que depende de lo que el legislador, el Ordenamiento Jurídico, está dispuesto a exigir de los ciudadanos. Si está dispuesto a tolerar, en mayor o menor medida, que, ante la duda, realicen lo presumiblemente antijurídico o, por el contrario, pretende imponer la abstención de toda conducta sobre la que se proyecte la duda acerca de su juricidad o antijuricidad. La figura que responde a estas consideraciones de modelo

(23) De todos modos, la existencia de factores irracionales de confianza, aunque éstos no excluyan el conocimiento (eventual), se tendrá evidentemente en cuenta a la hora de decidir, conforme a criterios de exigibilidad, si en tales casos cabe una atenuación respecto a las situaciones de conocimiento seguro. Claramente habría de darse una atenuación en los supuestos de duda irresoluble a los que se añade una confianza de origen irracional; más discutible parece ello, en cambio, si la duda es calificada de resoluble.

de Estado, de atención a las circunstancias individuales o de justicia en el caso concreto, es la exigibilidad (24).

8. Como he señalado antes (25), estimo más que probable que la exigibilidad desempeñe un papel de cierta trascendencia en la resolución de los casos límite entre el dolo eventual y la culpa consciente. Desde la perspectiva que mantengo de que lo decisivo en el dolo, lo que le distingue de la imprudencia, es el perfecto conocimiento de la situación típica, es decir, la ausencia de error, no creo que existan dudas acerca de que los casos de confianza irracional (por ej. supersticiosa) en que no se producirá el hecho típico, son casos de auténtico dolo eventual. Pues el conocimiento es un fenómeno racional, cuya concurrencia debe afirmarse en estos casos. Ahora bien, por otro lado no deja de ser cierto que estas situaciones extremas de dolo eventual podrían merecer un tratamiento privilegiado. Señalando esto, no hago sino concretar algo que, en líneas generales, sería válido también para el resto de supuestos, incluso los más ciertos, del dolo eventual, si bien probablemente en estos casos límite se advierte de modo más claro (25 bis). La determinación de en qué casos es razonable proceder al mencionado tratamiento privilegiado y en cuáles no, podría producirse con arreglo a criterios de exigibilidad, es decir, atendiendo a si el Estado considera siempre exigible por igual o no el abstenerse de la realización de hechos cuando éstos de modo seguro van a producir la lesión de un bien jurídico, que cuando ello sólo es probable o incluso cuando existe una confianza irracional en que dicho efecto no se producirá. De este modo se llegaría a una flexibilización, por vía normativa, de las fronteras entre dolo e imprudencia como criterios de imputación. Flexibilización altamente beneficiosa si se tiene en cuenta que entre ambos se da, sin duda, una línea continua y sin cesuras, con la que son difícilmente coherentes los profundos desniveles de punibilidad.

9. En lo que se refiere al conocimiento de la antijuricidad, para dilucidar si en los casos de conocimiento eventual debe responderse igual que en los de conocimiento seguro, es decir, si resulta tan exigible como en éstos la opción por el Derecho, hay que tener en cuenta que tales casos expresan situaciones de duda (26). Es, pues, importante considerar la distinción entre supuestos de duda resoluble y de

(24) Básico, WARDA, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschliessender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, en Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag. Berlin-Nueva York 1976, pp. 119-146, p. 146, en especial en lo que se refiere al conocimiento eventual en relación a los presupuestos de una causa de justificación.

En Welzel-F, pp. 526 y ss., el propio WARDA propone acoger el término «reprochabilidad», por entender que la exigibilidad en sentido estricto está pensada para situaciones de conflicto o necesidad y no se adapta a lo que aquí es preciso (pp. 529 y 530). Así pues, entiende que aquí cabe aplicar la reprochabilidad como criterio regulativo, aunque, desde luego (p. 526), prescindiendo de la actitud volitivo-emocional del sujeto y en la línea de corregir el indicio de plena culpabilidad que es, en principio, el conocimiento eventual del injusto.

(25) Vid. *supra* nota 22.

(25 bis) Sobre la atenuación en los casos de dolo eventual cfr. MIR PUIG, Derecho Penal PG, Barcelona, 1985, p. 247: aplicación del artículo 9, 4.º CP.

(26) MUNOZ CONDE, *La creencia*, pp. 331-332, alude a situaciones de duda sobre la antijuricidad derivadas de la discutible interpretación de determinados tipos (Ej. dudas acerca de si el artículo 490 CP comprende la ocupación de viviendas vacías o sobre si el artículo 517 CP comprende la ocupación pacífica de fincas). A su juicio, serían situaciones de error de subsunción que redundan en error de prohibición. Por mi parte, entiendo que el error y la duda son estados diferentes; si, en efecto, se constata la existencia de una duda en sentido estricto, lo que hay es conocimiento eventual de la antijuricidad.

duda irresoluble. A ella hace referencia con cierto detenimiento *Armin Kaufmann*, si bien desde una perspectiva vinculada a las teorías emocionales del dolo eventual y, por tanto, más propensa a decidir sobre la base de una presunta reprochabilidad de la actitud interna que a partir de consideraciones de exigibilidad.

A propósito de las dudas resolubles, se sostiene, así, que no merecen ningún tratamiento privilegiado respecto al conocimiento seguro (27). Ello es debido a que el criterio rector en este ámbito es el *deber de informarse*, por lo que quien, pudiendo, no lo hace resulta tan reprochable como quien conoce de modo seguro la antijuricidad (28). El no hacer caso de la posibilidad de informarse se estima como una prueba de indiferencia del sujeto (29). Por lo que se refiere a las situaciones de *duda irresoluble*, en ellas sólo se llegará a la responsabilidad plena (igual que la del conocimiento seguro) en el caso de que el sujeto muestre su aprobación o indiferencia respecto al resultado (30).

10. Con independencia de que la concepción de *Kaufmann* sea criticable por otorgar un valor decisivo a la reprochabilidad de la actitud interna del sujeto, es lo cierto que la estructura por él utilizada constituye un instrumento muy válido para dilucidar en qué casos el mero conocimiento eventual es equivalente al conocimiento seguro y en qué casos no. Así, por lo general, en las situaciones de duda resoluble será razonable que el sujeto con conocimiento eventual responda igual que si éste fuera seguro. Pues, de uno u otro modo, cabe estimar que dicho sujeto puede ser hecho responsable de la situación en que se encuentra, que le era exigible «salir de ella» (31). Esto implica sentar como criterio básico de exigibilidad un «deber de informarse», siempre que ello sea posible, que recae sobre todos los ciudadanos. El establecimiento de tal principio es, por supuesto, discutible. Pero probablemente todo el mundo convendrá en que no hay ningún Estado que esté dispuesto a renunciar al mismo. Precisamente, es él el que sirve de base, todavía dentro de la teoría del error de prohibición, a la distinción entre error vencible e invencible, y a que el primero sea punible y el segundo no. De modo que parece plenamente justificado sostenerlo como idea generalmente compartida. Para las situaciones de duda irresoluble (32), en cambio, y a diferencia de lo apuntado por *Ar-*

(27) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 86; HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 36-37.

(28) HORN, *Verbotsirrtum*, p. 36; KAUFMANN, *Lebendiges*, p. 221. Si bien se repara, que el criterio rector sea el deber de informarse es ya una consideración de exigibilidad. Se «exige» que los ciudadanos en situación de duda resoluble se informen antes de actuar.

(29) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 84.

(30) KAUFMANN, ZStW 70 (1958), p. 85-86; HORN, *Verbotsirrtum*, pp. 36 y 37. Obsérvese que aquí se hace mucho más visible una criticable concepción de la culpabilidad y, por añadidura, del error de prohibición, como ámbito sistemático en el que lo decisivo es la reprochabilidad de la actitud interna. Críticamente, RUDOLPH, *Unrechtsbewusstsein*, p. 122.

(31) Por servirnos de la terminología de JACOBS, AT, p. 458 n.º 30. Lo decisivo es, en efecto, como pone de relieve WARD, *Welzel-F*, p. 528, la cuestión de si es exigible orientarse según una prohibición en las peculiares circunstancias del caso.

(32) Sobre ellas, partidario de que se castiguen también, salvo en los casos de duda entre dos deberes que se excluyen recíprocamente, RUDOLPH, *Unrechtsbewusstsein*, páginas 135 y 139.

min Kaufmann, estimo que debe sentarse como principio general la necesidad de un tratamiento privilegiado frente al conocimiento seguro. Son éstas situaciones cuyo paralelo, si se tratara de *error* y no de *duda*, es el error invencible (33). A propósito de ellas, pues, no cabe hablar de una «responsabilidad» del sujeto como fundamento de las mismas y es razonable proponer la atenuación (34). Excepciones a este principio sólo se me ocurren por la vía de las estructuras de «imputación *in causa*», que acaso permitan hallar una responsabilidad del individuo en la génesis de la situación de *duda* irresoluble.

11. De lo expuesto cabe extraer dos conclusiones. En primer lugar, que un conocimiento eventual, distinguido en la forma expuesta del error vencible por culpa consciente, es suficiente para afirmar la concurrencia de conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de error de prohibición. En segundo lugar, que ello no significa que, de modo automático, el *conocimiento eventual* de la antijuricidad deba recibir el mismo tratamiento penal que el *conocimiento seguro*. Por contra, y atendiendo a consideraciones de exigibilidad, se darán casos de conocimiento eventual equiparables al conocimiento seguro y otros, en cambio, mercedores de un tratamiento privilegiado. Cuestión de interés es, sin duda, la de dilucidar si se dispone de mecanismos legales para hacer viable dicho tratamiento atenuatorio. En Alemania, según parece, se opta por aprovechar la vía de la atenuación facultativa del Parágrafo 17 StGB (35), pese a que lo cierto es que el mismo alude expresamente a la existencia de un error que, por definición, no se da en los casos de conocimiento eventual. De ahí que tal vía sea sumamente dudosa y más bien haya que hablar de una construcción analógica o supralegal que el juez debe aplicar atendiendo a consideraciones de justicia en el caso concreto. Esta, y no otra, es la naturaleza del principio regulativo de inexigibilidad, tal como lo desarrolló *Henkel* (36). Así las cosas, no se darán diferencias apreciables entre las posibilidades legales existentes en Alemania y en España (37). Estas son en ambos países muy limitadas, debiendo acudirse esencialmente a la vía supralegal para resolver tales casos.

12. Todas las anteriores opiniones se han suscitado en la doctrina alemana a propósito de situaciones en las que el sujeto se plantea *explícitamente* la *duda* acerca de si su conducta infringe o no una nor-

(33) Del mismo modo que la *duda* resoluble tiene su paralelo, en la teoría del error, en el error vencible.

(34) JAKOBS, AT, p. 446 n.º 1.

(35) Como señala JAKOBS, AT, p. 458 n.º 30, la atenuación facultativa permite, por un lado, la posibilidad de que se dé «conocimiento sin responsabilidad» y, por el otro, «error con responsabilidad». Se refiere al Parágrafo 49, al que remite el Parágrafo 13 del mismo StGB, WARDA, Lange-F, p. 146.

(36) Cfr. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*. Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag. München-Berlin 1954, pp. 249-309, *passim* y p. 268 y ss.

(37) En España está claro que el párrafo tercero del artículo 6 bis a) en absoluto suministra elementos de juicio para las situaciones de conocimiento eventual, que deberán hallar solución por otras vías.

ma jurídico-penal. Ahora bien, cabe que las cosas se configuren de modo que el sujeto no se plantee siquiera —de modo expreso— la posibilidad de que su conducta infrinja la norma. Tal hipótesis conduce directamente a pensar en la noción de la «co-consciencia» de la antijuricidad. La doctrina se muestra coincidente en afirmar que para la exclusión del error de prohibición no basta con un conocimiento potencial (que daría lugar, en principio, a un error vencible), sino que es preciso un conocimiento actual (38). Sin embargo, por otro lado, existe también coincidencia a la hora de estimar que, para el conocimiento de la antijuricidad, no es preciso pensar expresamente en dicha antijuricidad. Al contrario, basta un saber implícito, actualizable sin dificultad, para que exista auténtico conocimiento de la antijuricidad. Sobre la existencia de este «conocimiento implícito» no existen, a juicio de la doctrina alemana, dudas de ningún género, dado que es un fenómeno psíquico incontestable el que a la conciencia de los actos acompaña una conciencia de la valoración que los mismos merecen (39). Con todo, lo anterior se ha ideado pensando en una co-consciencia segura de la antijuricidad. ¿Qué decir de las situaciones, asimismo imaginables, de «co-consciencia eventual»? (40). En efecto, es posible que el sujeto no haya pensado expresamente en nada pero que se determine que, de haberlo hecho, se habría encontrado en una situación de duda acerca de si su conducta infringía o no la norma. En tal caso, el problema viene dado por cómo diferenciar tal estructura de una de culpa inconsciente referida a la prohibición. Desde luego, dicha diferenciación es perfectamente posible en el plano teórico, pues «co-consciencia» no es «inconsciencia» y, además, entran aquí en juego los mismos elementos probabilísticos-cognoscitivos a los que venimos haciendo referencia desde el comienzo. Pero en la práctica las cosas pueden discurrir de modo diferente. Cabe, así, que, sentado que el sujeto no se ha planteado expresamente nada, haya que decidir entre imputarle una «co-consciencia eventual» o un error de prohibición debido a una culpa inconsciente; y ello, sobre la base de presunciones más o menos declaradas. Algo parecido a esto es lo que efectúa el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias a que se ha hecho alusión al comienzo. Y lo hace de la peor manera de las posibles: procediendo a un juicio sobre la personalidad del sujeto y presumiendo, a partir de ahí, que éste «había de conocer», al menos de modo eventual, la antijuricidad de su conducta. Todo ello es muy discutible. En primer lugar, porque los fundamentos de la responsabilidad criminal deben probarse positivamente y no basta con que no se pueda excluir la posibilidad de que el sujeto conociera la antijuricidad de su conducta para

(38) CRAMER, en Schönke-Schröder, 22.^a ed., Par. 17 n.º 9.

(39) RUDOLPHI, en SK 3-4.^a ed., Par. 17 n.ºs 14 y 15, con referencias bibliográficas, en particular a las obras de Platzgummer, Schewe y Schmidhäuser.

(40) Cfr. WARDA, Welzel-F, p. 506, sobre autores (como Horn) que piensan que si el sujeto ni siquiera se ha planteado la antijuricidad de su conducta como posibilidad, le falta la capacidad de conocimiento del injusto que es la base de la teoría de la culpabilidad, mientras que otros (como Stratenwerth) discrepan de ello.

afirmarla sin más. Además, porque, descartada *a priori* una situación de duda expresa, la apreciación de «co-consciencia eventual» ha de tropezar con significativos obstáculos por tratarse, en el caso que analiza el TS, de un delito de los denominados «formales» o «artificiales». De modo que lo más razonable sería hablar, a propósito del mismo, de la presencia de un error por culpa inconsciente, puesto que el sujeto ni siquiera ha advertido la posibilidad de infringir normas penales con su conducta (41).

13. El TS (Sentencia de 14.12.1985) desestima el recurso que pretendía la apreciación de un error de prohibición respecto al delito de tenencia ilícita de armas señalando que el procesado no puede respaldarse en la «circunstancia de que en el Estado de Florida, en donde tiene su residencia, es libre la tenencia de armas de fuego, sin precisar de ninguna autorización o licencia. Y ello porque semejante excepción —no predicable de todos los Estados integrantes de Estados Unidos— no empuja a la conciencia general de que la legalidad más extendida y ordinaria estriba en el control de las armas de fuego y en la subordinación de su licencia a ciertos y determinados requisitos, suponiendo su incumplimiento la incursión en tipos delictivos de diversa gradualidad agravatoria».

«La consciencia del encausado se fortalece al comprobar, de una parte, la ausencia de dación de cuenta a las autoridades españolas de las armas que transportaba consigo y, de otra, las circunstancias especiales coexistentes, hallazgo de las mismas tras el registro del yate, provistas de municiones y cargadas, todo ello dentro del marco actuacional de intento de introducir en Las Palmas la carga de 3.000 Kgs de hachís, valorados en 3.000.000.000 ptas, procedente de Marruecos, factores altamente significativos y reveladores de que la conducta del procesado no puede inscribirse en aquéllas propias de personas observantes de la legalidad, que se mueven dentro de sus coordenadas y mandatos y que, por desconocimiento razonable de alguna de sus prescripciones, actúan sin la menor sospecha de existencia de antijuricidad en su comportamiento.»

14. El juicio formulado por el Tribunal Supremo supone, pues, una presunción de conocimiento —al menos eventual— de la antijuricidad de su conducta por parte del procesado. Pero el mencionado juicio no resulta de una inferencia sobre la base de hechos externos. Al contrario, sus dos fundamentos son, en primer lugar, el carácter predominantemente delictivo de la tenencia de armas sin control administrativo, y, en segundo, la pertenencia del sujeto al mundo del tráfico de drogas. Ambas fundamentaciones son, según entiendo, insuficientes. La primera, por cuanto precisamente el hecho de que la tenencia de armas no sujeta a control administrativo no sea delito en todos los Estados del mundo y, significativamente, no lo sea en buena parte de los Estados Unidos de América y concretamente en Florida, Estado de residencia del procesado, abona más la tesis del error venible que la del conocimiento eventual. En efecto, aun en el caso de que el sujeto se planteara expresamente la probabilidad de la ilicitud

(41) Mucho más cuando el sujeto, en situaciones como las del delito enjuiciado, aun habiéndose planteado la posible antijuricidad de su conducta —por ejemplo, ilícito administrativo—, difícilmente podría haber advertido la naturaleza penal de dicho hecho injusto, dado precisamente el carácter «formal» del delito y las divergencias que se producen entre los diversos Estados a la hora de considerar la tenencia de armas por los particulares desde la perspectiva del Derecho.

de su conducta, todos esos datos constituyen, a mi juicio, fundamento suficiente de la confianza del mismo en que España fuera uno de los Estados en que la mencionada tenencia no es delictiva. Lo que nos llevaría a la culpa consciente (error vencible de prohibición) mucho antes que al conocimiento eventual de la antijuricidad. Ello, dejando aparte la posibilidad cierta, dada la naturaleza del delito del artículo 254 CP, de que el sujeto ni siquiera se planteara expresamente la mencionada probabilidad de que su conducta de tenencia fuera antijurídica, lo que nos situaría otra vez ante la disyuntiva entre culpa inconsciente (error vencible de prohibición) y co-consciencia eventual de la antijuricidad. Disyuntiva ésta que, dada de nuevo la peculiaridad del delito, debería resolverse, según parece, en favor de la culpa inconsciente. En cualquier caso, si parece posible afirmar el carácter vencible del error. La segunda de las fundamentaciones a que recurre el TS puede rebatirse con mayor facilidad, si cabe. Pues parece evidente que un Derecho Penal del hecho no puede hacer de la personalidad criminal de un sujeto criterio decisorio de la concurrencia o no de los elementos del delito. Por supuesto que esta tendencia existe. Y la *teoría del consentimiento* en materia de dolo eventual es, como Gimbernat ha puesto de manifiesto (42), una buena prueba —entre otras— de ello. Pero precisamente lo extendido de dicha práctica es una razón más para combatirla con decisión. Es cierto que la concurrencia de elementos del delito como el dolo o el conocimiento de la antijuricidad no puede obtenerse directamente como en el caso de los elementos objetivos, sino que se determina por un proceso de inferencia. Pero dicha inferencia no puede derivar de factores de la personalidad o de la actitud interna del sujeto, sino de factores del hecho por él realizado, otros hechos anteriores o posteriores y circunstancias concomitantes. Tal proceder resulta obligado si no se quiere subvertir las bases más profundas del Derecho Penal del hecho, que resulta generalmente acogido en los países de nuestro ámbito de cultura (43).

15. Las anteriores consideraciones se han referido al conocimiento de la antijuricidad y su contrapartida, el error de prohibición, sin precisar los diferentes supuestos del mismo. Así, en principio valen tanto para el error de prohibición directo (o relativo ya a la tipicidad del hecho) como para el error de prohibición indirecto (o de permisón). En cambio, alguna peculiaridad debe surgir a propósito de las situaciones de «suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación». Respecto a ellas, y frente a las

(42) Cfr. GIMBERNAT, *Acerca del dolo eventual*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª edición, Madrid 1981, pp. 171-199, p. 186-187.

(43) Probablemente, la solución de la mayoría de los problemas que aquí inciden depende de si se estima que lo que hay que constatar positivamente para sancionar es el conocimiento de la antijuricidad o, a la inversa, se estima que lo que debe constatarse positivamente es el error de prohibición, para eximir. Problema probatorio de gran trascendencia que, sin duda, ha de resolverse en favor de la consideración de que lo que debe probarse son los presupuestos de la punibilidad y, por ello, el conocimiento de la antijuricidad.

tesis que las incluyen como modalidad de error de prohibición (44), se acoge aquí la opinión de que constituyen una modalidad de error de tipo, concretamente el denominado «error de tipo negativo» (45). Sentado esto, se trata de comentar brevemente qué tratamiento jurídico deben recibir los casos en que el sujeto se plantea la posibilidad de que su conducta resulte amparada por la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación y, asimismo, la posibilidad de que dichos presupuestos falten (46). Si el sujeto se representa esto último como una probabilidad seria cuyo alcance conoce perfectamente, nos hallaremos ante lo que podemos denominar «dolo eventual de tipo negativo», paralelo al dolo eventual de la parte positiva del supuesto de hecho y al conocimiento de la antijuricidad (47). Pero la cuestión quizá más importante es la relación entre el mencionado dolo de tipo negativo y el elemento subjetivo de justificación (47 bis). Por regla general, la concurrencia de dolo de tipo negativo excluye la del elemento subjetivo de justificación y, a la inversa, la concurrencia de éste provoca la desaparición de aquél, dando lugar al error de tipo negativo (suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación). Pero, desde el momento en que entran en juego consideraciones probabilísticas, la situación puede variar en alguna medida. Así, y traspasando aquí los criterios de delimitación del dolo eventual que hemos venido usando a lo largo del texto, podría pensarse en tres variantes diferentes. La primera, en la que el sujeto se representa como única probabilidad sería la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación (suposición eventual; suficiente para afirmar el elemento subjetivo de justificación), con lo que, en el caso de que dichos presupuestos no se den, habrá que afirmar un error de tipo negativo (48). La segunda, en la que el sujeto se representa como única probabilidad sería la ausencia de los presu-

(44) Se trata de la «teoría estricta de la culpabilidad», de origen finalista y acogida en España, entre otros, por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid 1984, páginas 306 ss. y 313; HUERTA TÓCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid 1984, pp. 145-146; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, 3.ª ed., Madrid 1985, p. 414; MUÑOZ CONDE, *La creencia*, p. 314. El mencionado error se incluye dentro del error de prohibición junto con el error sobre los límites de una causa de justificación y el error sobre la admisión de una causa de justificación por el Derecho.

(45) Tal es la terminología de la teoría de los elementos negativos del tipo, que suscribo. La consecuencia la acogen la teoría restringida de la culpabilidad y la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica. Sobre ello, cfr. JESCHECK, *Tratado*, páginas 634 y ss.

(46) O, incluso, sin plantearse expresamente la cuestión de si concurren o no.

(47) Cfr. WARDA, *Welzel-F*, pp. 514 y ss., señalando que la teoría del dolo y la restringida de la culpabilidad deben aplicar aquí los mismos criterios de delimitación que se acogen para distinguir dolo eventual y culpa consciente.

(47 bis) El elemento subjetivo de justificación se entiende aquí en sentido *cognoscitivo* y no como *motivo*; cfr. MIR, *PG*, p. 359: conocimiento de la situación objetiva de justificación.

(48) Si concurrieran efectivamente, se daría una justificación completa. A la inversa, si los presupuestos no concurrieran, se daría un injusto de delito consumado completo, solución ésta que los finalistas aplican también aunque concurren, dada la naturaleza esencial que atribuyen al elemento subjetivo de justificación.

puestos de la causa de justificación (dolo eventual; suficiente para conformar el dolo de tipo negativo) con lo que, en el caso de que resulte que dichos presupuestos concurrían, habrá que afirmar la existencia de una estructura de tentativa inidónea (por dolo eventual) (49). Por último, la tercera (50), en la que el sujeto se representa como probabilidad seria tanto la concurrencia como la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (51). Se darían, en tal caso, a la vez, un *dolo eventual de tipo negativo* y un *elemento subjetivo de justificación con base en una suposición eventual*. La cuestión es qué tratamiento deben recibir estos casos, si el sujeto actúa. Dicho de otro modo, si corresponde dar primacía al dolo eventual de tipo negativo presente en el sujeto o al «dolo eventual respecto al tipo de justificación» asimismo concurrente. A mi juicio, ante tal dilema debe optarse por atribuir el papel prioritario a la concurrencia de un dolo eventual de tipo negativo. Ello, probablemente, también por razones de exigibilidad. Pues, dado que nos hallamos ante conductas de las que se sabe que ponen en peligro bienes jurídicos (es decir, que son típicas, penalmente relevantes), es razonable concluir la exigibilidad de la abstención de su realización siempre que la ausencia de presupuestos de causas de justificación aparezca como probabilidad seria (52). En definitiva, en situaciones así, la ausencia efectiva de los presupuestos objetivos de la justificación dará lugar a un injusto consumado completo, y su concurrencia, a una estructura de tentativa (53) (54).

(49) Que, en España, cierta doctrina propone —sobre la base de que se trata de una estructura meramente analógica a la de la tentativa— sancionar por la vía de la existencia incompleta. Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, Barcelona 1985, p. 360.

(50) De todos modos, caben más posibilidades: Así, dolo directo de primer grado en relación al tipo de justificación y dolo eventual en relación al tipo negativo; o dolo eventual respecto al tipo de justificación y dolo directo de primer grado respecto al tipo negativo.

(51) Si, como señala JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz*, ZStW 95 (1983), pp. 565-605, p. 601 y ss., el dolo eventual es un dolo alternativo en el que las alternativas a que se refiere son la concurrencia o ausencia del tipo objetivo, aquí se trata de la concurrencia de la parte objetiva del tipo negativo o de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

(52) Y ello con independencia de que su concurrencia aparezca asimismo como probabilidad seria de la ausencia de tales presupuestos se podrá actuar. Esto vale incluso para los casos en que se da un mero dolo eventual respecto al tipo negativo y un auténtico dolo directo de primer grado respecto al tipo de justificación. Ejemplo: La mujer A está embarazada. B le practica un aborto para salvarle la vida (con tal intención), pues parece que aquella se encuentra en peligro; pero se advierte la probabilidad seria de que la vida de A no corra peligro alguno.

(53) Esta conclusión es posiblemente válida también para los casos en que el sujeto no se plantea en absoluto la concurrencia o no de los presupuestos de una causa de justificación. Obsérvese la diferencia entre esto y el conocimiento de la antijuricidad, lógica pues en un caso se trata del conocimiento de hechos y el otro de la valoración de dichos hechos.

(54) Por supuesto, la doctrina finalista sostendrá, también para este último caso, la existencia de lo injusto completo de un delito consumado.

A mi juicio, en la doctrina finalista podría producirse, en ocasiones, una desconexión entre la teoría de la «suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación» y la teoría general de las causas de justificación. La mencionada «mera» suposición errónea se estima error de prohibición, lo que equivale a considerar que se da

16. Con lo anterior finalizan nuestras observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad y el dolo eventual de tipo negativo. Para poner término a este trabajo conviene, sin embargo, hacer una sucinta referencia al tema de si tales reflexiones acerca del conocimiento eventual de la antijuricidad habrán de variar según se adopte la teoría del dolo o de la culpabilidad en materia de error de prohibición, o según que se defienda la ubicación sistemática de éste en el injusto o en la culpabilidad. Algunos autores han sostenido la repercusión de estas cuestiones en el tema del conocimiento eventual. Así, *Warda*, por ejemplo (55), entiende que la teoría del dolo ha de probar de modo necesario la concurrencia de un *querer* en el conocimiento eventual, pues para ella el conocimiento de la antijuricidad es elemento constitutivo del dolo. Sin embargo, tal punto de vista introduce, sin mencionarlo, el criterio, desde luego dominante, pero no evidente sin más, de que el dolo es *conocer* y *querer*. Extremo éste que no tiene por qué compartirse por quienes sustentan la teoría del dolo en materia de error de prohibición. Así pues, la discrepancia entre defensores de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad en materia de conocimiento eventual, si bien puede tener lugar, no es en modo alguno consecuencia necesaria de sus respectivos puntos de partida. Y, desde luego, en lo que alcanzo a ver, no se ha producido

el tipo permisivo completo en su parte subjetiva, faltando la objetiva. Sin embargo, esto se desmiente en el otro marco. Pues aun concurriendo los presupuestos objetivos de la justificación y el conocimiento de los mismos (ausencia de error) todavía no se admite por los finalistas la existencia de un tipo permisivo completo que justifique la conducta. Además, se exige para su apreciación que el sujeto tuviera precisamente como *motivo* de su actuación la situación justificante. Esto es incoherente con lo anterior. Para que lo primero fuera coherente con esto último, sería preciso exigir para el error de prohibición (por suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación) no sólo esta suposición sino, además, el «motivo», la referida motivación especial; en definitiva, el elemento subjetivo completo, en sentido finalista. Y, si faltara ésta, habría que excluir todo error de prohibición, CEREZO, *Curso*, 3.ª ed., p. 414, exige, consecuentemente, para el error de prohibición por error sobre los presupuestos de una causa de justificación no sólo que el sujeto crea erróneamente que concurren los elementos objetivos que sirven de base a una causa de justificación, sino, además, que éste actúe con el elemento subjetivo correspondiente (ánimo o voluntad de defensa, por ejemplo). Pero en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín 1969, p. 168, no se señala de modo expreso nada de esto. Desde luego, a lo que exponemos podría contraobjetarse que la exigencia del «motivo» además de la simple «suposición errónea» es evidente y, por ello, implícita. Pero lo cierto es que no se hace explícita. Sobre este probable carácter implícito es revelador el texto de SUIÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid 1963, p. 38: «Ciertamente se toma en cuenta el elemento subjetivo. Es decir, se hace dependiente la causa de justificación del *conocimiento* de la existencia de los presupuestos objetivos (*voluntad* de defensa, de salvación de un bien, etc.)». Los subrayados son míos. Pero obsérvese cómo aparecen vinculados el conocimiento y la voluntad, siendo, como son, cuestiones diferentes.

(55) WARD, *Welzel-F*, p. 500 nota 4. Cfr. también sobre el tema RUDOLPH, *Unrechtsbewusstsein*, pp. 130-131, poniendo de relieve que, para los partidarios de la teoría de la culpabilidad, los criterios de delimitación de conocimiento eventual y error vencible no tienen por qué ser los mismos que los que distinguen dolo eventual y culpa consciente (en tal línea, *Armin Kaufmann*), mientras que lo natural en la teoría del dolo es que así sea.

de modo significativo (56). Por lo demás, la conclusión, ya expuesta, relativa a que la presencia de un conocimiento eventual excluyente del error de prohibición se decide con arreglo a criterios cognoscitivos y a que la penalidad correspondiente se determina conforme a consideraciones de exigibilidad, niega también relevancia en esta materia a la ubicación sistemática del tema en el injusto o en la culpabilidad. Ciertamente, a esto podría oponerse que la exigibilidad, como criterio de reprochabilidad, sólo opera en el ámbito de la culpabilidad. Pero ello, válido para una exigibilidad concebida como principio normativo, es menos exacto si se la concibe como principio regulativo, susceptible de actuar en todos los niveles sistemáticos. En definitiva, también entendiendo que el error de prohibición encuentra su lugar sistemático en el injusto, es razonable corregir el criterio inicial cognoscitivo, que decide sobre el conocimiento eventual, apelando a consideraciones de exigibilidad. Desde luego, el baremo de lo exigible puede variar en la antijuricidad y en la culpabilidad. Se ha hablado, en este sentido, de una exigibilidad *general* y otra referida a las circunstancias concretas en que se encuentra el sujeto. Pero no considero que aquí quepa establecer tal diferenciación. En efecto, por la especial naturaleza de la problemática aquí implicada, tanto si la situamos en el injusto como si lo hacemos en la culpabilidad, entiendo que es un criterio de exigibilidad general el decisivo: lo que el Estado desea exigir —de modo genérico— a los ciudadanos que se encuentran en situación de duda sobre la antijuricidad de su conducta.

(56) Más bien porque los defensores de la teoría de la culpabilidad también se han dedicado a buscar un elemento voluntativo en el conocimiento eventual, que porque los partidarios de la teoría del dolo hayan entendido éste tan sólo en el sentido de «conocimiento».

