

La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO

Profesor Titular Interino de Derecho Penal. Universidad de Granada

I

La conciencia potencial de lo injusto constituye uno de los elementos esenciales de la culpabilidad. Es un presupuesto necesario para que el Estado pueda imponer un castigo a un sujeto por el hecho ilícito cometido, ya que la capacidad individual de motivación por la norma o por la amenaza penal, es decir, por el Derecho Penal, viene determinada, en primer término, por la constatación de que el sujeto ha tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado. Con relación a este elemento de la culpabilidad, desde un plano gnoseológico, es posible constatar la existencia de tres hipótesis distintas que, seguramente, deban merecer un tratamiento jurídico diferente y que pueden esquematizarse del modo siguiente:

- a) Conciencia potencial-total de la antijuricidad (conocimiento seguro).
- b) Conciencia potencial-parcial de la antijuricidad (conocimiento dudoso o condicionado).
- c) Ausencia de conciencia potencial de la antijuricidad (falta de la posibilidad de conocimiento).

Pese a la disparidad teórica existente en torno a la fundamentación de este elemento de la culpabilidad, podría señalarse a grandes rasgos que tanto la doctrina como la jurisprudencia, de conformidad con el régimen jurídico establecido en el art. 6 bis, a) CP, coinciden en las soluciones adoptadas para dos de las tres hipótesis indicadas. Supuesto a): se afirma la plena culpabilidad y responsabilidad del que ha tenido la posi-

bilidad de conocer con seguridad la desaprobación jurídico-penal de su acción y, por ello, ha tenido la capacidad de motivarse por el Derecho. Supuesto c): en los casos en que el sujeto no ha podido conocer la antijuricidad (ausencia de conciencia potencial), se excluye totalmente la culpabilidad y la responsabilidad (error de prohibición invencible). De todos modos, se afirma una culpabilidad disminuida y se exige una menor responsabilidad cuando la falta de conciencia es consecuencia de un error de prohibición vencible, con independencia de cuál sea ahora su fundamentación teórica e instrumentación práctica.

Sin embargo, este genérico consenso quiebra en la hipótesis intermedia de conciencia potencial-parcial de la antijuricidad, es decir, cuando hay un conocimiento dudoso o condicionado sobre la antijuricidad (supuesto b). Bajo esta hipótesis se incluyen los situaciones de *duda sobre la prohibición*, es decir, aquellos casos en los que el sujeto no sabe con seguridad si su conducta es contraria a Derecho, considerándolo posible, del mismo modo que considera posible que su conducta sea adecuada a Derecho (1). Se trata, en definitiva, como señala BACIGALUPO, de «una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero, en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula a la conciencia sobre la antijuricidad» (2). En esta hipótesis las soluciones doctrinales y jurisprudenciales divergen considerablemente, asemejándolas, en unos casos, a las propuestas para la conciencia potencial-total y segura de lo injusto, y, en otros, a las dispensadas para la falta de conciencia potencial.

En realidad, en las situaciones de duda sobre la prohibición, la cuestión no cabe ceñirla a una equiparación simplista con las soluciones adoptadas en las demás hipótesis afectantes a la conciencia potencial de la antijuricidad, como elemento de la culpabilidad. Se trata de una cuestión más compleja tanto en su fundamentación dogmática, como en sus consecuencias jurídicas. Además, es un tema abierto a la discusión, que no ha sido objeto de especial atención en la doctrina española, salvo algunas excepciones significativas (3), y necesitado, en consecuencia, de futuros trabajos que, como advierte ROXIN, se ocupen de analizar en particular la posible exclusión o disminución de la culpabilidad en los casos de conciencia condicionada de lo injusto (4). Por todo ello, con

(1) Vid. al respecto, WARDA, G., «Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein». *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlín-Nueva York. 1974; p. 499.

(2) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed., Madrid. 1990; p. 179.

(3) Entre los escasos manuales que han abordado el tema con detenimiento, vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 178 y ss. Más ampliamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. 1987; pp. 647 y ss.

(4) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Munich. 1992; p. 596.

este trabajo se pretende llevar a cabo una aproximación al tema, fundamentalmente, a través del examen crítico de las dos líneas jurisprudenciales que, sobre esta materia, parecen coexistir en el seno del Tribunal Supremo español (II), con el propósito de tomar una posición clara en torno a la duda sobre la prohibición y adoptar las soluciones que nos parecen más convincentes desde el punto de vista dogmático y político-criminal (III).

II

1. *La primera línea jurisprudencial* de nuestro más alto tribunal acerca del conocimiento condicionado de la antijuricidad arranca de las sentencias de 14-12-1985 (RA. 6264) y 10-4-1986 (RA. 1995) —cuyo ponente fue, en ambos casos, SOTO NIETO— en las que se enjuiciaron a dos personas que tenían dudas sobre la prohibición de la tenencia de armas en nuestra legislación (en el primer caso, por ser un extranjero, súbdito norteamericano, en cuyo Estado —Florida— está permitida la tenencia de armas; en el segundo, por tener un arma con desperfectos, que no la hacían totalmente inútil para su función). En ambas resoluciones se sentó la doctrina de que *la duda sobre la prohibición equivale a la conciencia de la antijuricidad y que, por tanto, no puede admitirse un error de prohibición, ni es posible dispensar un trato de privilegio al que actúa en tales condiciones*. Así, por ejemplo, en la primera sentencia citada se afirma que ha de «excluirse la presencia de un verdadero supuesto de error de prohibición cuando existan 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, no merece trato de benignidad alguno».

Sobre esta base se ha ido abriendo paso la línea jurisprudencial mayoritaria de referencia, que equipara el conocimiento condicionado al conocimiento seguro de la antijuricidad, negando una posible atenuación penal, hasta el extremo de que a partir de la STS de 26-5-1987 (RA. 3131; Ponente: MONER MUÑOZ) en múltiples resoluciones del TS se repite insistentemente la idea de que «para excluir el error, no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad» (5). Finalmente, tras la STS de 12-12-1991 (RA. 9448; Ponente: VEGA

(5) En idéntico sentido, vid. las SSTS de 13-3-1989 (RA. 2620; Ponente: CARRERO RAMOS); 10-5-1989 (RA. 4161; Ponente: DÍAZ PALOS); 17-6-1989 (RA. 5146; Ponente: CARRERO RAMOS); 20-11-1990 (RA. 9061; Ponente: SOTO NIETO); 20-11-1991 (RA. 8599; Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ).

RUIZ), la idea reseñada se convierte en un requisito negativo para estimar el error de prohibición invencible (6).

A parte de otras consideraciones que pudieran hacerse sobre esta línea jurisprudencial (7), deben destacarse fundamentalmente dos ideas básicas que merecen un juicio distinto: a) el conocimiento condicionado de lo injusto se define como la conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad; b) la duda sobre la prohibición es condición suficiente para afirmar la conciencia potencial de la antijuricidad y excluir, por tanto, el error de prohibición y toda atenuación penal, es decir, se equipara a la conciencia exacta y segura.

a) *La primera idea básica* reseñada, según la cual el conocimiento condicionado de lo injusto equivale a la conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, merece un juicio positivo, por cuanto que parece situar la conciencia potencial de lo injusto sobre una base cognoscitiva, apartándose de las teorías emocionales o volitivas, de las que son partidarias la doctrina dominante en Alemania. Con esta cuestión se trata de dilucidar bajo qué presupuestos se puede afirmar que el sujeto ha podido tener conocimiento de la antijuricidad y no ha actuado, en consecuencia, con error de prohibición, ciñéndonos ahora lógicamente a si el conocimiento condicionado es conocimiento de la antijuricidad.

Como se indicó y reconocen algunas de las sentencias objeto de análisis, la duda sobre la prohibición tiene cierta similitud con el dolo eventual, por cuanto que en éste hay un conocimiento condicionado de los hechos que configuran la tipicidad, mientras que en aquélla existe un conocimiento condicionado de la desaprobación jurídico-penal de tales hechos, conformadora de la antijuricidad. Seguramente, por ello, un sector importante de la doctrina alemana, con el propósito de dilucidar si la duda sobre la prohibición supone un verdadero conocimiento de la antijuricidad o no, suele acudir a los criterios tradicionalmente empleados para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente (8). Concre-

(6) En este sentido, vid. las SSTS de 18-11-1991 (RA. 9448; Ponente: VEGA RUIZ); 20-1-1992 (RA. 244; Ponente: VEGA RUIZ); 9-3-1993 (RA. 2163; Ponente: VEGA RUIZ).

(7) Como, por ejemplo, si más que situaciones de duda sobre la prohibición, en algún caso, nos encontramos ante auténticas presunciones y atribuciones de conocimiento por parte del TS, como advierte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual"...», *ob. cit.*, pp. 648, 658 y 659.

(8) En este sentido, vid. RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Gotinga. 1969; pp. 118, 126 y ss.; del mismo autor, en RUDOLPHI, H.J., HORN, E., SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1-79 b). 5.^a ed. Francfort. 1987; (com. al § 17, 12); JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4.^a ed. (Traducción de José Luis Manzanares Samaniego). Granada. 1993; p. 410; LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 18 ed. Munich. 1989; (com. al § 17, 2.c); CRAMER, P., en SCHÖNKE-SCHROEDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 24.^a ed. Munich. 1991, (al § 17, 5); SCHROEDER, F.C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. Einleitung §§ 1-31. T. I. 10.^a ed. 1985; (al § 17, 23 y 24); DREHER, E., TRÖNDLE, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 43.^a ed. Munich. 1986; (com. al § 17, 5).

tamente, cómo señala SILVA SANCHEZ, «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» (9).

De esta forma, entre los binomios conocimiento condicionado/error de prohibición y dolo eventual/culpa consciente podría establecerse el siguiente paralelismo: a) existe un conocimiento condicionado de la antijuricidad cuando el sujeto se representa la posibilidad de que el hecho esté prohibido y se conforma con su infracción (10). El conocimiento condicionado de la antijuricidad se asienta sobre la misma base del dolo eventual. b) Existe, por el contrario, un error de prohibición (vencible) cuando el sujeto se representa como probable la antijuricidad de su acción y no acepta o no se decide por la posible ilicitud de la misma. El error de prohibición (vencible) se asienta sobre la misma base de la culpa consciente.

Por tanto, desde este punto de vista mayoritario, parece que con independencia de que se sea partidario de las teorías del dolo o de la culpabilidad (11), la conciencia potencial de lo injusto se asienta sobre una doble

(9) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 649.

(10) Así, JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 410; señala que para afirmar la conciencia de lo injusto basta «con que el autor considere seriamente la antijuricidad de su comportamiento y acepte la posibilidad de vulnerar el Derecho (conocimiento eventual del injusto)». De igual forma se expresa la mayor parte de la doctrina alemana, *vid. nota 8*.

(11) En este sentido, *vid.* SCHROEDER, F.C., *Leipziger Kommentar...* (al § 17, 23), *ob. cit.*; en donde señala que con relación a la antijuricidad se dan las mismas posibilidades de conocimiento que con el dolo, destacando que tanto los partidarios de la teoría del dolo, como también los de la teoría de la culpabilidad deben emplear para la afirmación de la conciencia de lo injusto los mismos criterios que para la afirmación del dolo. Desde un punto de vista distinto, de base cognoscitivo, tanto para la conciencia de los hechos como de la antijuricidad, llega en coherencia a negar repercusión alguna de las teorías sobre el error de prohibición en materia de conocimiento eventual de la antijuricidad, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 662. Sin embargo, creemos que en los casos de duda sobre la prohibición no debe descartarse la posibilidad de una efectiva repercusión de las distintas teorías acerca del error de prohibición, por ejemplo, porque se mantenga, coherentemente también, la concepción tradicional sobre la conciencia de los hechos, según la cual el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo, y, al mismo tiempo, se defienda una conciencia potencial de lo injusto de base puramente cognoscitiva. En tal caso, los partidarios de las teorías del dolo deberán constar en las situaciones de duda la existencia de voluntad o de una decisión por lo injusto, ya que la conciencia de la antijuricidad forma parte del dolo. Sin embargo, los partidarios de las teorías de la culpabilidad no estamos obligados a demostrar tal elemento emocional para afinar la existencia del conocimiento (condicionado) de la antijuricidad. *Vid. al respecto*, KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis im Deliktaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (70). Berlín. 1958; p. 84; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 501, 504 y 517. Cfr. también, RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotssirrtum...*, *ob. cit.*, pp. 130 y 131. No obstante, debe reconocerse que todo ello depende del concepto de dolo que se mantenga, como advierte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 662 y 663.

base: cognoscitiva o intelectual y volitiva o emocional, del mismo modo que la concepción mayoritaria sobre la conciencia de los hechos (dolo). Sin embargo, este planteamiento ha sido cuestionado por un sector doctrinal minoritario, pero significativo, por cuanto que no parece del todo correcta la equiparación establecida entre el conocimiento condicionado de la antijuricidad y el dolo eventual. En particular, se discute si la conciencia potencial de lo injusto se configura sobre el mismo doble presupuesto cognitivo-volitivo del dolo eventual, como propugna la doctrina mayoritaria, o, más bien, sobre una base cognoscitiva, como opina la doctrina minoritaria. Se pone en duda, por tanto, la necesidad de exigir también para el conocimiento (condicionado) de la antijuricidad el elemento volitivo del dolo (eventual) que, como hemos visto, sistemáticamente se le adscribe (12).

En efecto, si los componentes voluntativos vinculados a la actitud interna del sujeto han de jugar algún papel para determinar los presupuestos de la punibilidad, parece que el lugar sistemático más adecuado para ello debe ser la conciencia de los hechos, es decir, el dolo, que tradicional y mayoritariamente se define como conocimiento y voluntad de realizar el tipo. Aunque, incluso, esta concepción está siendo sometida a revisión por un sector cada vez mayor de la doctrina, que pretende rechazar el elemento volitivo del dolo, para asentarlo sobre una base cognoscitiva (13). Sin embargo, dejando al margen esta última cuestión, que a nuestro juicio está pendiente de una futura y profunda discusión, en materia de conocimiento (condicionado) de la antijuricidad parece conveniente asentar dicha conciencia potencial sobre una base cognoscitiva y abandonar los componentes volitivos o emocionales en el ámbito de la culpabilidad.

Desde esta perspectiva, bastaría con representarse seriamente la posibilidad de la prohibición para afirmar el conocimiento (condicionado) de la antijuricidad, sin atender a la actitud interna del sujeto, a si se conforma, acepta o se decide por lo injusto (14). De esta forma, como señala ROXIN, «existe un conocimiento condicionado de lo injusto cuando el autor está en duda sobre la situación jurídica: considera probable, por ejemplo, que su acción esté permitida, pero cuenta también con la posibilidad de que esté prohibida» (15). Pues bien, esta misma concepción

(12) Vid. al respecto, por todos, KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G.: «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Observaciones sobre el conocimiento "eventual"...», *ob. cit.*, pp. 650 y ss.

(13) Sobre esta cuestión, vid. por todos, FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*. Carl Heymanns Verlag, 1983. En la doctrina española, vid. al respecto, el reciente y exhaustivo trabajo de, DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*. Valencia, 1994.

(14) En este sentido, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 3.^a ed. Carl Heymanns Verlag, 1981; pp. 174 y 175; BLEI, H., *Strafrecht I*. Allgemeiner Teil. 18.^a ed. Munich, 1983; pp. 198 y 199; JAKOBS, G., *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.^a ed. Berlín-Nueva York, 1991; pp. 555 y 556.

(15) Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 594.

(cognoscitiva) de la conciencia de lo injusto parece mantener la línea jurisprudencial comentada, cuando alude a la «conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad» (SSTS de 14-12-1985 (RA. 6264); 26-5-1987 (RA. 3131); 12-11-1991 (RA. 9297), entre otras muchas), o a «la fundada sospecha de su proceder contrario a Derecho» (STS de 10-4-1986 (RA. 1955)).

En efecto, la conciencia potencial de la antijuricidad, como presupuesto necesario de punibilidad, plantea exclusivamente un problema de conocimiento, por cuanto que con este elemento de la culpabilidad se pretende afirmar el SI de la pena de aquellas personas que, teniendo la posibilidad de *conocer* la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado, no han adecaudo su comportamiento o no se han motivado conforme a la amenaza penal o al mandato normativo por ellos conocido. Podría decirse, por ello, que la antijuricidad se conoce (con certeza o con dudas) o no se conoce, pero no se quiere. De esta forma, para excluir el error de prohibición basta con demostrar el conocimiento de la antijuricidad, pero no tiene sentido indagar en la voluntad del sujeto, ya que el error se afirmará ante la falta de conocimiento, pero no ante la ausencia de voluntad (16).

Por todo ello, este sector doctrinal fundamenta con acierto la conciencia potencial de lo injusto sobre una base cognoscitiva, excluyendo los factores volitivos, de tal forma que en la situaciones de duda sobre la prohibición se afirma la conciencia de lo injusto, cuando el sujeto ha considerado seriamente la probabilidad de que su acción sea contraria a Derecho. Por ello, se rechaza la equiparación establecida entre conocimiento condicionado de la antijuricidad y dolo eventual, al menos en los términos fijados por la doctrina dominante (17). En efecto, es posible todavía establecer un cierto paralelismo entre ambos, de tal modo que puede decirse que *el conocimiento de la antijuricidad equivale al elemento cognitivo del dolo*. Significativas son al respecto, de todo lo dicho, las palabras de WARDA, cuando afirma que, «en realidad, la conciencia de la antijuricidad solo es el equivalente del lado intelectual del dolo, de modo que el error de prohibición solo se da por la falta de los requisitos cognoscitivos referidos a la antijuricidad del hecho, mientras que la ausencia de una determinada toma de decisión del autor sobre la antijuricidad, exigida aún junto al momento cognitivo para el reproche total de culpabilidad, no afecta a la conciencia de lo injusto y por tal motivo no fundamenta ningún error de prohibición» (18).

(16) Vid. al respecto, WARDA, G., «Schuld und Strafe...» *ob. cit.*, pp. 522 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Observaciones sobre el conocimiento "eventual"...», *ob. cit.*, p. 652.

(17) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; BELI, H.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 198 y 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596.

(18) Cfr. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 524 y 525.

b) *La segunda afirmación* destacable en la línea jurisprudencial comentada, según la cual el conocimiento condicionado de la antijuricidad es conciencia potencial de la antijuricidad y excluye, en consecuencia el error de prohibición y cualquier atenuación penal, contiene a su vez dos ideas importantes que hemos de delimitar claramente, puesto que son objeto de distinta consideración en la doctrina. De una parte, aunque resulte obvio decirlo, existe acuerdo doctrinal en que *la duda sobre la prohibición excluye la posibilidad de admitir un error de prohibición*. Ello es debido a que la duda supone que el sujeto no sabe con exactitud si su acción viola el Ordenamiento jurídico, pero a la vez se representa como posible la licitud de su conducta. Por ello, actúa con un conocimiento condicionado o eventual sobre la antijuricidad y, aunque sea condicionado, al fin y al cabo, es conocimiento de la antijuricidad, lo que conduce a la exclusión del error de prohibición, que precisamente consiste en la falta total de conocimiento, siendo, por ello, su reverso lógico y natural. Por tanto, puede afirmarse que quien actúa con conocimiento condicionado de la antijuricidad ha tenido conciencia potencial de lo injusto, quedando excluida, por tanto, la posibilidad de admitir un error de prohibición (19).

De otra parte, sin embargo, y en conexión con lo anterior, se deduce también la idea más discutible de que *la duda sobre la prohibición no merece tratamiento jurídico especial*, sino que debe regirse por las mismas reglas que la certeza sobre la antijuricidad. En este punto, la línea jurisprudencial comentada mantiene el mismo parecer que un sector de la doctrina alemana, según el cual *el conocimiento condicionado de lo injusto equivale al conocimiento seguro*. Por tanto, quien actúa con duda acerca de la desaprobación jurídico-penal de su acción no sólo no incurre en un error de prohibición, sino que tampoco se hace merecedor de una atenuación penal, siendo plenamente responsable como en los casos de conciencia potencial exacta y cierta (20). Desde este punto de vista, se piensa que el Estado no está dispuesto a soportar la infracción del Ordenamiento jurídico en situaciones de duda y que, por ello, ha de exigir de los ciudadanos el respeto del mismo en tales casos. La duda sobre la infracción del deber ha de resolverse en favor de su cumplimiento y, en caso contrario, debe exigirse responsabilidad, incluso en la misma medida que si hubiera certeza sobre la ilicitud del hecho (21).

(19) Vid. por todos, BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», ob. cit., pp. 647 y ss.; ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 594; BLEI, H., *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 198 y 199; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 410; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 552 y 555.

(20) Vid. al respecto, RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum...*, ob. cit., pp. 118 y ss.; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 410 y 411; LACKNER, K., *Strafgesetzbuch...* (com. al § 17, 2.c), ob. cit. Cfr. también, de otra opinión, WARDA, G., «Schuld und Strafe...», ob. cit., pp. 504 y ss.

(21) Para una exposición de esta cuestión, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», ob. cit., p. 505; KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», ob. cit., p. 84; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», ob. cit., p. 649.

Sin embargo, un número cada vez mayor de autores no está totalmente de acuerdo con el planteamiento expuesto. Se acepta la identidad de títulos: tanto el conocimiento seguro como el conocimiento condicionado de la antijuricidad son presupuestos suficientes para afirmar la conciencia potencial de la antijuricidad y excluir, en consecuencia, el error de prohibición; pero se niega la identidad de contenidos y tratamiento: el conocimiento condicionado de la antijuricidad no tiene por qué ser tratado siempre como el conocimiento seguro. Por regla general, debe admitirse la posibilidad de atenuar la pena, en determinados casos, a quien actúa con dudas sobre la desaprobación jurídico-penal de su acción, porque en esa situación concreta puede tener una menor capacidad de motivación y puede serle menos exigible actuar conforme a Derecho que aquél que ha podido tener un conocimiento total y seguro de la ilicitud del hecho realizado. En definitiva, el Estado no puede exigir objetivamente el mismo grado de cumplimiento o respeto al Derecho a quien tiene dudas sobre la prohibición que a quien sabe seguro que viola el Ordenamiento jurídico. La capacidad de motivación normativa puede ser distinta y, por ello, en ciertos casos, el conocimiento condicionado debe merecer un tratamiento (atenuatorio) especial respecto del conocimiento seguro (22).

Ahora bien, la culpabilidad disminuida que sirve de presupuesto a la atenuación penal, como advierte BACIGALUPO, «no se conecta en forma automática con la duda, sino que requiere un examen de las circunstancias en las que la duda tiene lugar» (23). En efecto, tomando como criterio regulativo la idea de exigibilidad, que atiende a criterios individuales o de justicia para el caso concreto, habrá que dilucidar, como señala SILVA SÁNCHEZ, si el Estado «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 juridicidad o antijuridicidad» (24). Habrá que determinar, en definitiva, en qué casos la duda merece el mismo tratamiento que el conocimiento seguro y en cuáles no.

Con este propósito, los autores partidarios de dispensar un tratamiento especial al conocimiento condicionado de la antijuricidad, siguiendo el esquema trazado por ARMIN KAUFMANN (25), suelen

(22) En este sentido, vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; JAKOBS, G.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar...* (al §17, 5 y 19), *ob. cit.* En la doctrina española, vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 179 y 180. Más ampliamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual"...», *ob. cit.*, pp. 653 y ss.

(23) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179.

(24) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual"...», *ob. cit.*, p. 653.

(25) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

distinguir entre casos de duda resoluble y duda irresoluble (26). De esta forma, se establece un cierto paralelismo con el error de prohibición vencible e invencible, seguramente, con el fin de delimitar los casos de duda (resoluble o irresoluble) a través del parámetro del *deber de información*, empleado para determinar la evitabilidad o no del error. Por tanto, esta distinción acerca de la duda sobre la prohibición supone, como señala SILVA SÁNCHEZ, «sentar como criterio básico de exigibilidad un «deber de informarse», siempre que ello sea posible, que recaerá sobre todos los ciudadanos» (27). Se exige a los ciudadanos que en caso de duda sobre la desaprobación jurídico-penal de su acción se informen antes de actuar: si pese a cumplir con dicho deber la duda persiste, ésta será irresoluble, y, en caso contrario, si no se hace nada para aclarar las dudas, será resoluble.

En base a esta acertada distinción, puede afirmarse que, por regla general, en *los casos de duda resoluble*, si el autor ha tenido la posibilidad de aclarar sus dudas y no ha cumplido con el deber de información exigible a todo ciudadano en la situación concreta, se debe exigir plena responsabilidad e imponer la pena completa, porque ha tenido conciencia potencial-total de la antijuricidad. Dicho de otra forma, en las situaciones de duda resoluble el conocimiento condicionado de la antijuricidad debe equipararse al conocimiento seguro (28). Por el contrario, en *los casos de duda irresoluble*, si el autor ha hecho todo lo posible para salir de la situación dudosa, cumpliendo con el deber de información exigido en el caso concreto a cualquier ciudadano, por regla general, debe admitirse un tratamiento especial de privilegio, porque ha tenido una capacidad de motivación normativa disminuida. Por tanto, en las situaciones de duda irresoluble el conocimiento condicionado de la antijuricidad no debe equipararse al conocimiento seguro, sino que debe atenuarse la pena (29).

(26) En este sentido, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...» *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; RUDOLPHI, H.J., *Systematischer Kommentar...* (al § 17, 13), *ob. cit.*; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 654 y ss.

(27) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 655.

(28) Así, vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, p. 86; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 528 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 595; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 655.

(29) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, p. 86; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 528 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum...*, *ob. cit.*, p. 139; del mismo autor: *Systematischer Kommentar...* (al § 17, 13), *ob. cit.*; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...* *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 655 y 656.

En resumen, acudiendo al paralelismo establecido con el error de prohibición, se puede afirmar, como señala JAKOBS, que el conocimiento condicionado de la antijuricidad solo puede ser tratado como conciencia (segura) de lo injusto, si en caso de faltar totalmente la conciencia el error hubiera sido evitable; de lo contrario, el conocimiento condicionado es equiparable a un error de prohibición invencible, no estando cerrada la posibilidad de una atenuación penal (30). En definitiva, la equiparación entre la duda irresoluble de lo injusto y el error de prohibición (inevitable), como apunta ROXIN, «no tiene por consecuencia la necesaria absolución o una drástica disminución penal, sino que sólo abre la deseable posibilidad de política criminal en cada caso, de compatibilizar la punibilidad de la acción en la concreta situación con el principio de culpabilidad» (31).

2. El TS ha mantenido *otra línea jurisprudencial* acerca de la duda sobre la prohibición, que se ha plasmado en las sentencias de 21-1-1991 (RA. 1313; Ponente: MOYNA MÉNGUEZ) y 6-10-1993 (RA. 7284; Ponente: DÍAZ PALOS), aunque ya se infería en las sentencias de 7-7-1987 (RA. 5286) y 5-10-1990 (RA. 7678), de las que también fue ponente MOYNA MÉNGUEZ. En esta línea el TS aboga por *la plena equiparaciónn entre la duda sobre la antijuricidad y el error de prohibición*, incluso llega a emplear ambos conceptos indistintamente, como sinónimos. Ahora se considera que la duda es igual al error y que, por ello, debe ser sometida al régimen jurídico previsto para éste. Es más, de estas resoluciones judiciales se puede deducir fácilmente, aunque no se diga de forma expresa, la diferenciación entre duda resoluble e irresoluble que se equipara plenamente al error de prohibición vencible e invencible respectivamente, atenuando la pena en un caso, por vía del art. 66 CP, y excluyendo la responsabilidad en otro, conforme a lo dispuesto en el art. 6 bis a), 3.º CP.

Esta supuesta identidad se constata con mayor claridad en *los casos de duda resoluble*, en los que se aprecia un error de prohibición vencible. De modo gráfico, en la STS de 21-2-1991 (RA. 1313), que enjuiciaba por delito de intrusismo profesional al representante de unos laboratorios de productos zoonosanitarios, que los vendía directamente prescindiendo de la asistencia y control de un técnico farmacéutico, como exige la legislación vigente, nuestro más alto tribunal casó la sentencia de instancia que absolvía al acusado porque no tuvo conciencia potencial de la antijuricidad (error de prohibición invencible), dictando otra nueva en la que se afirma que hay duda (resoluble) sobre la antijuricidad y, por tanto, error de prohibición vencible. Concretamente, el TS señala en esta sentencia que «ha de admitirse, al menos, una actuación con dudas sobre la antijuridicidad, de la que pudo salir por los varios

(30) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 556.

(31) Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 596.

medios que tenía a su alcance, y concretamente recabando la información y antecedentes precisos en el ámbito de la empresa que representaba o de los organismos administrativos competentes; en definitiva, el error de prohibición debe tener carácter de evitable o vencible, al que ha de darse el tratamiento penal previsto en el artículo 6 bis a), último párrafo, del Código penal» (32).

En las *situaciones de duda irresoluble*, sin embargo, la mencionada identidad de conceptos no se advierte con tanta claridad, aunque se mantiene implícitamente. Así, en la STS de 5-10-1990 (RA. 7678), que versaba sobre un delito de falsedad en documento público, debido a que la acusada había realizado la compra simulada de una casa para procurarse un título dominical, el TS casó la sentencia de instancia, que había estimado la existencia de duda resoluble y, por tanto, de un error de prohibición vencible, afirmando que no hay duda y que debe apreciarse un error de prohibición invencible. Se afirma, concretamente, que «una ponderación cuidadosa de las circunstancias del caso: el nivel cultural en que se movía la acusada, que le impedía llegar por vía de reflexión o de autocrítica a una conclusión distinta sobre sus derechos dominicales, y la información obtenida en la oficina notarial alejaba toda duda sobre la posible corrección y sobre la trascendencia penal del procedimiento sugerido como medio de obtener el título inmatriculador de una finca que consideraba suya. La creencia de estar obrando lícitamente, con la nota de inevitabilidad, excluye el carácter culpable de la acción y, por tanto, la responsabilidad penal».

De este tenor literal se pueden extraer alternativamente dos conclusiones que, en cualquier caso, conducen a la plena identidad entre duda y error de prohibición. Por una parte, si en el caso enjuiciado no hay duda sobre la prohibición, como parece entender el TS, y se estima, por tanto, un error de prohibición invencible, *a sensu contrario*, puede interpretarse que de haberse dado la situación de duda se hubiera apreciado un error de prohibición vencible, como se mantuvo en la instancia. Por otra, si realmente nos encontramos ante una duda irresoluble, como parece deducirse de las circunstancias del caso, se la identifica plenamente con el error de prohibición invencible y, por ello, se eximió a la acusada de responsabilidad criminal.

De lo expuesto, puede concluirse que el TS confunde las situaciones de duda irresoluble, en las que el sujeto cuenta con la posibilidad de que su acción sea contraria a Derecho y cumple con el deber de información

(32) De igual modo, en la STS de 6-10-1993 (RA. 7284) se afirma que «el nivel de profesionalidad y de cultura que concurren en la acusada (...) excluye toda duda sobre la posible creencia errónea y, por lo tanto, de la vencibilidad del error en que se dice actuó». Esta misma idea parece traslucirse en la STS de 7-7-1987 (RA. 5286) cuando resuelve que «las circunstancias que rodearon al hecho enjuiciado patentizan que la recurrente tenía conciencia de la prohibición que pesaba sobre la exportación de capitales (...) y alejan la posibilidad de una duda indulgente sobre el conocimiento de la ilicitud de la evasión».

exigible a cualquier ciudadano para aclarar sus dudas, con el error de prohibición invencible, en el que si bien el sujeto hace lo posible para salir de él, hay una falta total de conocimiento. Sin embargo, en la situaciones de duda resoluble reconoce bien la situación dudosa, aunque posteriormente la equipare plenamente al error de prohibición vencible. En la doctrina sentada por el TS en estas sentencias todo parece criticable, incluso, la atenuación penal que se aplica y que consideramos necesaria en algunos casos de duda, pero se estima precisamente en los supuestos en que no debe aplicarse.

Esta línea jurisprudencial parte de un presupuesto erróneo en torno a la duda sobre la prohibición, del que se obtienen unas consecuencias jurídicas igualmente incorrectas. Dicho punto de partida se traduce en la plena identificación entre conocimiento condicionado de la antijuricidad y error de prohibición, es decir, quien actúa con dudas sobre la prohibición no ha podido conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado. Parece evidente que se trata de una falsa o errónea equiparación, que necesariamente se ha de aclarar porque resulta insostenible desde cualquier punto de vista. En la dogmática penal existe acuerdo, al menos, como hemos visto, 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. Ello es debido a que dicha conciencia se afirma o se niega en función de que el sujeto haya podido conocer o no la antijuricidad: es culpable quien ha tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal de su acción (actúa con conciencia potencial de lo injusto); no es culpable quien ni tan siquiera ha podido conocer la antijuricidad del hecho realizado (actúa con error de prohibición). Así, por definición, el error de prohibición consiste en la falta de conocimiento.

Por ello, si el conocimiento condicionado es conocimiento de la antijuricidad, no puede identificarse plenamente, en modo alguno, con el error de prohibición. Ambos constituyen las dos caras de una misma moneda, que se excluyen recíprocamente. No puede sostenerse al mismo tiempo, como hace el TS, que el sujeto cuenta con la alta probabilidad de que su acción sea antijurídica (conocimiento condicionado) y que falta totalmente el conocimiento de la antijuricidad (error de prohibición). En definitiva, o el sujeto ha podido conocer con certeza o con duda la antijuricidad (conciencia potencial de lo injusto) o no la ha podido conocer (error de prohibición), pero no se pueden afirmar paralelamente ambas cosas, esto es lógica y dogmáticamente imposible e incompatible.

El rechazo de la premisa de partida conduce, en lógica consecuencia, a negar virtualidad a la doble indentificación que se establece entre duda resoluble/error de prohibición vencible y duda irresoluble/error de prohibición invencible, así como las consencuencias jurídicas que se ob-

tienen de ella. En efecto, como ambas modalidades de duda no coinciden, como se pretende, con las clases de error, no tienen por qué someterse al mismo tratamiento jurídico previsto para éste, porque responden a presupuestos distintos. Sin embargo, lo único acertado en este planteamiento ha sido acudir al criterio regulativo del «deber de información», empleado en la teoría del error de prohibición para determinar su evitabilidad o no, con el propósito de diferenciar la duda resoluble de la irresoluble. En este plano, como tuvimos ocasión de analizar, es posible establecer un cierto paralelismo, que no una plena identificación, entre la duda y el error, para dispensar un tratamiento diferenciado a ambas clases de duda bajo el prisma de la exigibilidad. Y, para ello, no cabe duda que el criterio de deber de información exigible a cualquier ciudadano en la situación concreta se revela más que adecuado para delimitar las situaciones de duda y derivar, de ello, un tratamiento privilegiado para la duda irresoluble frente a la resoluble, que se equipara a la conciencia potencial-total y segura de la antijuricidad. De todas formas, debe reconocerse que el criterio referido no lo emplea el TS por los motivos expuestos, sino simplemente porque es el que utiliza en materia de error de prohibición, con el cual identifica la duda.

III

Como puede observarse, la doctrina sentada por el TS en esta última línea jurisprudencial supone un giro totalmente copernicano con la línea mayoritaria antes comentada en torno a la duda sobre la prohibición. En la mayoritaria se sostiene, básicamente, que en las situaciones de duda de lo injusto el sujeto tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, es decir, conciencia potencial de la antijuricidad, que excluye, por tanto, el error de prohibición y no se permite trato de privilegio alguno, en cuanto que se equipara el conocimiento condicionado de la antijuricidad al conocimiento seguro. Por el contrario, la minoritaria identifica plenamente la duda de lo injusto con el error de prohibición. Si la duda es irresoluble se exime de responsabilidad criminal, porque se trata de un error de prohibición invencible, y si es resoluble se atenúa la pena, porque el error ha sido vencible.

Por ello, del comentario crítico realizado sobre la contradictoria jurisprudencia del TS se pueden extraer, en último término, algunas ideas básicas que constituyen una toma de postura personal acerca de la duda sobre la prohibición. Como premisa de partida, debe afirmarse que la conciencia potencial de la antijuricidad, pese a la opinión contraria de la doctrina dominante en Alemania, ha de determinarse sobre una base exclusivamente cognoscitiva, de modo que si se quiere establecer algún paralelismo entre el conocimiento condicionado y el dolo eventual, éste se encontrará únicamente en el elemento intelectual del dolo. Sólo la

falta de conocimiento, y en modo alguno la ausencia de voluntad, puede fundamentar un error de prohibición, porque solo los elementos cognitivos, y en absoluto los elementos volitivos, afectan o condicionan la conciencia potencial de la antijuricidad. De esta forma, puede decirse que el conocimiento condicionado de lo injusto, entendido como la seria representación de una alta probabilidad de antijuricidad, es conciencia o conocimiento potencial de lo injusto. Por tanto, dicha conciencia existirá cuando el sujeto haya podido tener un conocimiento seguro y también un conocimiento condicionado de la antijuricidad, excluyéndose en ambos casos el error de prohibición.

Ahora bien, la identidad de título no tiene por qué suponer también la identidad de contenidos y tratamiento, es más, desde un punto de vista valorativo, vinculado a la idea de exigibilidad general, no parece adecuado equiparar plenamente, de forma automática, conocimiento condicionado a conocimiento seguro, con el propósito de dispensar a aquél el mismo tratamiento jurídico que a éste. La duda sobre la prohibición requiere, por tanto, un enjuiciamiento diferenciado, de forma que habrá casos en que se establezca la equivalencia y otros en los que no. Ello se determinará por consideraciones de exigibilidad, en atención a lo que el Estado está dispuesto a exigir objetivamente de los ciudadanos en las situaciones de duda: si exigirá siempre la opción por el Derecho ante la duda o permitirá en ciertos casos que realicen lo probablemente antijurídico. Con tal propósito, parece conveniente acudir también para la duda sobre la prohibición al criterio regulativo del «deber de información» exigible a cualquier ciudadano en la situación concreta, empleado convenientemente en la teoría del error de prohibición para distinguir el error vencible del invencible. Por ello, en esta materia y solo a los efectos reseñados, puede establecerse un cierto paralelismo entre la duda y el error.

Así, *las situaciones de duda resoluble*, de las que el sujeto puede salir cumpliendo con el deber de información, y en las que si faltara el conocimiento darían lugar a un error de prohibición vencible, *se equiparan al conocimiento seguro de la antijuricidad*, haciendo al sujeto plenamente responsable e imponiendo la pena (dolosa) completa (33). Por el contrario, *las situaciones de duda irresoluble*, que el sujeto no puede aclarar en modo alguno cumpliendo con el mencionado deber, y en las que de faltar la conciencia de la antijuricidad habría un error de prohibición invencible, *merecen al menos un tratamiento privilegiado (atenuación de la pena) con respecto a las de conocimiento seguro*.

Sin embargo, la solución propuesta para las situaciones de duda irresoluble suscita el problema adicional y nada desdeñable de buscar el instrumento dogmático adecuado que haga viable la atenuación de la

(33) En los casos, menos frecuentes, en que el delito se haya cometido por imprudencia, lógicamente, en las situaciones de duda resoluble se impondrá la pena culposa completa, de conformidad con las cláusulas generales que incriminan la imprudencia.

pena, ya que no existe previsión legal alguna al respecto. En la doctrina alemana se pretende conceder a los jueces la posibilidad de atenuar la pena, del mismo modo que con el error de prohibición vencible, a través del § 17.2 StGB (34). Sin embargo, como reconocen BACIGALUPO y SILVA SANCHEZ (35), no sería posible aplicar directamente dicho párrafo, ni tampoco el art. 6 bis a), 3.º CP, porque estos preceptos contienen el régimen jurídico sobre el error de prohibición y, como hemos visto, en las situaciones de duda falta este presupuesto legal, ya que hay conocimiento (condicionado) de la antijuricidad que, por definición, excluye el error de prohibición: «no se puede equiparar la duda sobre la antijuricidad con la falta de ella» (36). Ante esta imposibilidad, que es la misma en Alemania que en España, se propugna la vía supralegal o la aplicación analógica del § 17.2 StGB para atenuar la pena en los casos de duda irresoluble, atendiendo a consideraciones de justicia material (37).

En esta misma línea, debe destacarse la instrumentación dogmática apuntada por BACIGALUPO para hacer viable el tratamiento privilegiado que merecen estos casos (38). Debería aplicarse aquí, al igual que con el error de prohibición vencible, el régimen atenuatorio previsto en el art. 66 CP a través del art. 9.1 CP, ya que considera que la duda sobre la antijuricidad constituye «una hipótesis plenamente subsumible bajo la definición de las eximentes incompletas» (39). Sin embargo, la dificultad que obstaculiza esta solución reside en que el art. 66 CP se refiere solo a la falta de requisitos de las eximentes del art. 8 CP, entre las que no se encuentra el error de prohibición, mientras que el art. 6 bis a), 3.º CP se remite sólo al art. 66 CP cuando el error es vencible. Pero, como advierte este autor, «dado su contenido, el artículo 6 bis, a) del Código Penal debería ser, en realidad, un caso más de los contemplados en el artículo 8, pues regula una circunstancia que exime de pena, incluyendo el caso en que tal circunstancia se de incompleta por evitabilidad del error. Por tanto, lo que separa el contenido del artículo 6 bis a del Código Penal de los supuestos legislados en el artículo 8 del mismo *no es esencial* sino, en todo caso, meramente estilístico. Si la materia de la regulación es la misma, el tratamiento debe ser igual» (40).

(34) Cfr. al respecto, WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 504 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 556; CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar...* (al § 17, 19), *ob. cit.*

(35) Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" ...», *ob. cit.*, p. 656.

(36) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179.

(37) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596. Cfr. también, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" ...», *ob. cit.*, p. 656.

(38) Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 179 y 180.

(39) *Ibidem*, p. 180.

(40) *Ibidem*, p. 180.

De no compartirse esta solución, existe otra vía legal que permite atenuar la pena del autor en los casos de duda (irresoluble), a través de la atenuante analógica prevista en el art. 9.10 CP. En efecto, parece evidente que si la aplicación del art. 9.10 CP no exige una analogía formal, sino de carácter material, puede entenderse que las situaciones de duda irresoluble sobre la prohibición son un caso análogo a la eximente incompleta de error de prohibición, de tal forma que merecen un tratamiento atenuatorio al que se llega mediante el art. 9.10 CP en relación con el art. 9.1 CP. De esta forma, puede aplicarse la pena en grado mínimo, siendo posible, incluso, rebajarla en uno o dos grados, si la atenuante analógica se estima como muy cualificada y no concurren circunstancias agravantes (art. 61.5 CP). Por ello, parece que la vía del art. 9.10 CP se revela también como un instrumento dogmático adecuado, desde la perspectiva legal y de política-criminal, para que los jueces adecúen la gravedad de la pena a la culpabilidad del autor por el hecho ilícito realizado en la situación concreta de duda irresoluble sobre la prohibición.

Sin embargo, debe reconocerse que esta última solución exige más requisitos legales, al partir de un presupuesto distinto a la anterior, que redundarán en una menor incidencia práctica, puesto que las consecuencias jurídicas a las que está abocada normalmente tendrán una menor eficacia atenuatoria que las propuestas con la primera solución. Ello es debido a que el vigente sistema legal de individualización de la pena no parece estar presidido por las directrices del principio de culpabilidad, como se pone de manifiesto en la regla 5.^a del art. 61 CP. Para poder rebajar la pena en uno o dos grados por la concurrencia de una circunstancia atenuante (análoga: 9.10 en relación al 9.1 CP), que denota una menor culpabilidad del autor por el hecho realizado, es necesario que se estime como muy cualificada y, además, que lo injusto no revista una mayor gravedad, es decir, que no concorra circunstancia agravante alguna (a excepción de la reincidencia) (41). Por tanto, pueden ser consideraciones vinculadas a la gravedad de lo injusto las que dificulten o impidan adecuar la gravedad de la pena a la culpabilidad del autor.

(41) Sobre esta cuestión, vid. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*. 3.^a ed. Valencia. 1993; pp. 118 y ss.; en donde señala que «la importante STS. de 1 de febrero de 1993 ha sostenido que, pese al tenor literal de la regla 5.^a del art. 61, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces y Tribunales pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados aunque concorra, además, la agravante de reincidencia, si la rebaja de la pena (en uno o dos grados) viene exigida por la necesidad de no superar en el caso concreto el límite de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor; y ello porque —afirma expresamente el Tribunal Supremo— «el Derecho Penal de culpabilidad no puede alegar que el efecto atenuante previsto para las atenuantes muy cualificadas (que disminuyen la culpabilidad) solamente puede ser tomado en consideración cuando no concorra una agravante que, como la de reincidencia, expresa necesidades de tipo preventivo especial», (p. 131).

Por ello, como la virtualidad atenuatoria y la adecuación a la culpabilidad del autor por el hecho realizado es mayor en la primera vía apuntada que en la segunda, puede afirmarse que el instrumento dogmático y político-criminal más adecuado para conseguir el fin propuesto es sin duda, como sostiene BACIGALUPO, la aplicación directa del art. 9.1 CP en relación con el art. 66 CP, que permite atenuar la pena en uno o dos grados de forma más libre para adecuarla a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho realizado.

De lo expuesto puede concluirse que la duda irresoluble sobre la prohibición, que, en caso de haber faltado totalmente el conocimiento de la antijuricidad, hubiera dado lugar a un error de prohibición invencible, merece la misma atenuación penal establecida en el art. 66 CP para el error de prohibición, a la que se llega a través del art. 9.1 CP.

De esta forma se completa, creemos que de forma convincente tanto dogmática como político-criminalmente, las soluciones del esquema trazado al comienzo de este trabajo, que quedaría de la siguiente forma:

a) Conciencia potencial-total de la antijuricidad: conocimiento seguro = plena responsabilidad. (Salvo que exista un error de prohibición vencible = atenuación penal).

b) Conciencia potencial-parcial de la antijuricidad: conocimiento condicionado:

a'. Duda resoluble = plena responsabilidad.

b'. Duda irresoluble = atenuación penal.

c) Ausencia de conciencia potencial de la antijuricidad: falta de la posibilidad de conocimiento (Error de prohibición invencible) = exclusión total de responsabilidad.

En suma, debe reconocerse el considerable esfuerzo llevado a cabo por el TS para resolver las situaciones de duda sobre la prohibición, que con seguridad hubieran pasado inadvertidas a una dogmática de menos altura, dada la complejidad del tema. Lo que sucede, sin embargo, es que la jurisprudencia del TS en esta materia, hasta ahora, ha sido vacilante llegando a soluciones contrapuestas, lo que provoca cierta inseguridad jurídica y desigualdad. Esperemos que pronto exista uniformidad de criterios y se llegue a un punto de equilibrio, adoptándose la solución intermedia propuesta, que parece la más correcta y justa.