

EL DOLO Y EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD *

Prof. Dr. Joan J. Queralt
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

* Conferencia pronunciada en el Curso *Elementos subjetivos de los tipos penales y su prueba*, dentro del Curso del Plan de Formación Estatal para 1994, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 17 de octubre de 1994.

- SUMARIO:**
- I.- Planteamiento.
 - II.- Revisiones conceptuales:
 - 1. Concepto de dolo. 2. La cuestión de la pena. 3. Evitabilidad versus prueba.
 - 4. Conclusión: normativismo versus psicologismo.
 - III.- Análisis jurisprudencial:
 - 1. Alcance del error de prohibición. 2. El comportamiento de terceros.

I. PLANTEAMIENTO

En el pórtico de esta intervención conviene hacer una serie de precisiones relativas al objeto de las líneas que siguen y de la justificación del punto de vista que he adoptado para exponer el tema que me ha sido asignando.

En primer término, he de señalar que me ha parecido, dada la entidad del auditorio que Vds. conforman, conveniente centrarme esencialmente en los recientes planteamientos jurisprudenciales sobre la materia, en lugar de exponer concepciones doctrinales, de sobra conocidas, y por tanto, evitaré ante Vds. polemizar con otros compañeros más distinguidos que quien ahora les habla. No evitaré, en cambio, la polémica con la jurisprudencia, pues, con independencia del grado de coincidencia, lo cierto es que si la doctrina legal puede avanzar con seguridad es gracias a sus contrastes con el ámbito académico.

Además, y adelantando lo que más adelante expondré, me centraré fundamentalmente en la visión jurisprudencial del conocimiento de la antijuridicidad más que en el concepto de dolo que maneja el Tribunal Supremo y su correspondencia más o menos puede exacta con el dolo que pudiéramos llamar real. De esta cuestión, pese algún provocador apunte que pueda lanzar más adelante, se encargan con mayor autoridad otros ponentes y a lo que allí se diga me remito.

Como tendremos ocasión de ver a lo largo de la presente exposición, el tema de la relación entre el dolo y el del conocimiento de la antijuridicidad, no es, en contra de lo que pudiera parecer, un tema que, recientemente, es decir, en el ámbito temporal de mi análisis (año 1993 y parte de 1994), haya suscitado un interés especial ni mucho menos puede afirmarse que las soluciones, mejor resoluciones, adoptadas abriguen aspectos profundos ni reveladores de un planteamiento que supere un adocenamiento, entiendo, que preocupante.

De todos modos, puede adelantarse aquí alguna conclusión que oriente lo que sigue. Si el Tribunal Supremo muestra poco apego en esta materia tan importante por la depuración

doctrinal, reinando la parquedad, los sobreentendidos y las contradicciones, ello se debe, no a una falta de calidad jurídica en sus integrantes, sino a que nuestro actual sistema procesal, si de sistema puede calificarse, no permite que el Tribunal Supremo ejerza su función de tribunal de casación. En efecto, el Tribunal Supremo se ve obligado, cuando conoce de las cada vez menos causas penales, a ejercer, en buen a medida, de doble instancia, pues a ello obliga al art. 14. 5 PIDCP¹.

Pero con todo y con eso, llama, insisto, poderosamente la atención el que el Tribunal Supremo no entre recientemente de lleno en cuestiones tales como perfilar el concepto de dolo, su distinción con la intención y su integración o identidad con la malicia o conocimiento de la antijuridicidad. Todo ello sin entrar a ponderar si las tipificaciones efectuadas por el más alto tribunal ordinario son correctas o no y si las doctrinas que dice tomar de la academia han sido correctamente entendidas o no.

II. REVISIONES CONCEPTUALES

1. Concepto de dolo

Conviene, en primer término, saber *de qué hablamos* cuando hablamos de dolo. Aunque esta afirmación parezca una perogrullada, no la tengo por tal. En efecto, cuando hablamos de dolo, ofrecemos una definición incompleta, una definición que excluye el dolo eventual y que, por tanto, puede hacer peligrar una construcción sistemática al problema del conocimiento de la antijuridicidad y de su correspondiente posición en la teoría del delito.

Vayamos por partes. En primer término, tal como acabo de señalar, el planteamiento usual del dolo se concibe como querer y conocer los elementos del tipo². Tal entendimiento, sin embargo, no da cabida al dolo eventual. Así es: quien actúa con dolo eventual no quiere, como mínimo, un elemento: la lesión o puesta en peligro que, eso sí, resulta, junto con los otros elementos, conocidas.

Con independencia de si se acepta la teoría del consentimiento o de la representación, ha de confeccionarse otra definición de dolo, si se quiere ofrecer un concepto de dolo que agrupe todas las manifestaciones que hayan de ser dolo, si el dolo eventual es dolo. Como parece que, salvo alguna excepción³, el acuerdo doctrinal y jurisprudencial es unánime, habrá que variar el punto de mira desde el que haya que concebir el dolo.

Desde mi punto de vista, ello requeriría una *reelaboración conceptual* del elemento subjetivo y del papel del resultado en el injusto, dando preeminencia al conocimiento del peli-

1 En este convencimiento ratificó el Tribunal Constitucional (desde STC 42/1982, f.j. 3) el sistema casacional español y lo declaró conforme a los compromisos internacionales sucritos por España en la materia, compromisos que por mor del art. 10 CE son guía interpretativa de las libertades y derechos públicos fundamentales declarados en nuestra Magna Carta.

2 Vid., por todos, desde perspectivas teóricas y sistemáticas contrapuestas, CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, I-1º, ³1985, pp. 338, 346 s.; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*, ³1990, p. 461.

3 También desde perspectivas teóricas diversas se ha sostenido que el dolo eventual es imprudencia; cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas de Derecho español al Tratado de Derecho penal de E. MEZGER*, II, 1946, pp. 168 ss.; BUSTOS, *Política criminal y dolo eventual*, RJC (2), 1984, pp. 323 s.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Manual de Derecho penal. Parte General*, ⁴1994, pp. 290 s.

gro que encierra la acción que se propone el sujeto emprender, es decir, su claro carácter antinormativo. Por ello, sería necesario añadir que el sujeto doloso ha de aceptar la producción de tal peligro lesivo. Con lo cual, si bien no se comparte el criterio de MIR de que "querer" y "aceptar" del dolo directo, por un lado, y "aceptar" y "conformarse con" del dolo eventual, por otro, sean estructuralmente equivalentes entre sí⁴, sí me parece correcto afirmar con este autor⁵ que la aceptación del sujeto activo no lo es respecto del resultado sino de la acción peligrosa capaz de generar ese resultado.

Si lo que antecede es correcto, se pueden formular, siquiera hipotéticamente, las siguientes conclusiones:

- a) que, para un concepto unitario o común de dolo, ha de relegarse el querer, y, manteniendo el *elemento intelectual*, poner el acento sólo en el conocimiento o representación del resultado, asunción que será más o menos intensa según se trate de dolo directo, que requerirá el "querer", o de dolo eventual, cuya estructura se satisface con la "conformidad";
- b) el objeto del elemento volitivo no reside tanto, aunque pueda residir, en todos y cada uno de los elementos del tipo, sino en la propia *acción peligrosa*, es decir en su potencial lesivo; esto obliga a resituar el resultado en la teoría del delito y a elaborar una teoría del error en dolo eventual, error que sólo puede versar sobre la acción;
- c) la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente reside, desde esta perspectiva, en la persistencia de elemento volitivo, es decir, en el conformarse con el peligro de lesión y pasar, de todos modos, a la acción; de ello no se deriva que, ante una misma situación, los pesimistas sean castigados por delito doloso y los optimistas por delito imprudente: ello sería Derecho penal de autor. La *diferencia* tiene que ser *normativa*: las condiciones del sujeto y las características de la situación serán las que determinarán si hubo conformidad o no, es decir, tales elementos permitirán efectuar el correspondiente *juicio hipotético* de acuerdo a lo que se considere estándares normales de comportamiento en situaciones similares⁶.

Si lo que se propone puede ser aceptado, aun dentro de la inevitable polémica que todo cambio sistemático acarrea, tiene indudablemente una ventaja para nuestro tema de conexión entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad. La óptica a emplear es, claramente, la de *la antinormatividad* y no la del psicologismo. Si la antinormatividad era ya casi moneda común en materia de error de prohibición, el incluir el dolo dentro de este planteamiento facilita un tratamiento unitario desde el punto de vista metodológico. Además, se

4 Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, ³1990, p. 265.

5 Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 266.

6 Entiendo que la solución aquí propuesta no dista de la renovada concepción de GIMBERNAT, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en ADPCP, 1990, pp. 428 ss.

evita tener que entrar más allá de lo estrictamente necesario en polémicas doctrinales⁷, muchas veces nominalistas.

De todos modos, ya puedo avanzar desde ahora que partiendo de la perspectiva finalista heterodoxa que sustentó, no me parece convincente la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición, pues no creo que tenga que ser esta una cuestión a dilucidar en sede de culpabilidad. Ello se debe a que en nada se ve afectada la normal motivabilidad del sujeto. Entiendo, como hace MIR⁸, que el conocimiento de la antijuridicidad y su contrapartida, el error de prohibición, deben dilucidarse en la categoría de la antijuridicidad, toda vez que es ante cualquier otro sujeto en idéntica situación objetiva, incurriría en dicho error, con lo que estaríamos en presencia de una creencia putativa, pero general, de creencia de prohibición. Por ello, dado que en sede de antijuridicidad se estudia lo que está prohibido para la generalidad de sujetos, el error sobre la misma debe tener en dicha sede su ubicación.

2. La cuestión de la pena

Otra cosa distinta es cuál ha de ser el tratamiento penológico que merezca el error de prohibición cuando sea vencible, pues sólo esta modalidad resulta punible [art. 6 bis a) II]. El CP, en su regulación tras la reforma de 1983, se limita, al remitirse al art. 66, a imponer la rebaja obligatoria en un grado o facultativa en dos. Pero de esa *regla de determinación de la pena no se sigue consecuencia dogmática alguna*, sino que el legislador entiende que el error de prohibición vencible es una infracción menos grave que el delito doloso sin concurrir tal situación anormal.

3. Evitabilidad versus prueba

Y para finalizar las precisiones metodológicas, ha de hacerse mención a un tema que siempre va parejo, y más cuando se habla a prácticos, al del error de prohibición. Se trata del llamado tema de la prueba del error de prohibición.

Así es. En la práctica parece que el gran tema a dilucidar en sede de error de prohibición, antes incluso que su correcta ubicación sistemática en la teoría del delito o su régimen de penalidad, sea, precisamente, éste, es decir, el de su prueba. Pese al silencio jurisprudencial⁹, la cuestión se plantea equivocadamente. No es una cuestión de si se puede probar el error o no, pues a nadie le resulta extraña la complejidad que encierra el *fuero interno*, y ello con independencia de que tal fuero es radicalmente inaccesible al Derecho penal por *mandato constitucional* desde la revolución burguesa.

*La cuestión es bien otra: se trata de saber si el error es evitable o no es evitable*¹⁰. Ante el juez no se suscita la cuestión de establecer como hecho probado si el sujeto que alega

7 Vid. una exposición personal de las posiciones doctrinales en MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, 1989, pp. 25 ss (teoría estricta del dolo), pp. 31 s. (teoría limitada del dolo), pp. 32 ss. (teorías de la culpabilidad).

8 Cfr. MIR, *Derecho penal. Parte General*, ³1990, p. 668.

9 La doctrina legal alude a que el error, al menos en casación, sólo puede desprenderse de los hechos que así lo atestigüen y no de las afirmaciones del recurrente (cfr., por todas, STS 27.10.1993 –art. 7871–). Ciertamente, no se nos ofrece con estos asertos ningún tipo de ayuda.

10 Cfr. BACIGALUPO, *Tipo y error*, ²1988, pp. 169 ss.

desconocer la norma y su significación antijurídica es realmente un ignorante o un cínico. La clave de la cuestión estriba en establecer si en el caso concreto un sujeto medio en la situación del agente concreto, no hubiera entendido que su hecho estaba prohibido. La cuestión, como no es un aspecto fáctico al que se puede llegar por las reglas de la prueba, adquiere un claro carácter normativo y, en consecuencia, habrá que acudir a una serie de estándares normativos que, lamentablemente, no están aun bien precisados.

Entre estos estándares, el de la *extranjería*¹¹ o el del *Derecho penal nuclear*¹², pueden considerarse como válidos, junto con otros, como el nivel socio-cultural del sujeto activo, alegante de haber estado incurrido en error¹³. No obstante, como todos los estándares, se trata de criterios regulativos en el sentido de HENKEL¹⁴, y, en consecuencia, no son sino criterios metodológicos y no soluciones apriorísticas.

Observemos algunos ejemplos. Así, en la STS 8.9.1993 (Ar. 6707) –caso Melodie–, uno de los secuestradores de la menor, alegó que dada su *condición de extranjero* (más exactamente: su desconocimiento de la lengua castellana), desconocía si la conducta que él realizó era ilícita en España. En concreto, dicho sujeto era el encargado, mediante la percepción de cien mil francos diarios de custodiar a la pequeña víctima, provisto, además, de armas. Desconocer la lengua española no supone, en este caso, mengua alguna de la antijuridicidad¹⁵ del hecho. Así:

"...Una persona, desconozca o no el idioma español, a quien se encarga custodiar a una niña disponiendo de armas y obteniendo por ello una remuneración diaria de cien mil francos, es conforme a la más elemental lógica pensar y declararlo así, que conociera la finalidad de la detención y, en este sentido, afirmar que fue autor del delito de detención en su modalidad agravada, conforme al art. 14.1 ó 3, es indiferente, del Código Penal. Procede la desestimación del motivo..." (f.j. 8 VI).

En el *Derecho penal nuclear* tenemos un ejemplo de la jurisprudencia constitucional, aunque de signo contrario. Se trata de que en el propio texto de la STC 22/1984, f.j. 5, se considera que, por esa vez y dada la novedad del tema, no había causa para proceder contra los agentes de la autoridad que irrumpieron en un ático ilegal, desalojando a sus inquilinos y precintando por orden del Ayuntamiento la obra en cuestión. Ciertamente la protección penal del derecho a la intimidad forma parte, en un Estado social y democrático de Derecho, de su contenido nuclear. Pero el Tribunal Constitucional, de modo ciertamente realista, pero excediéndose en sus competencias, consideró que no era procedente depurar responsabilidades de los agentes en cuestión.

11 Precisamente la resolución de BGHSt (GrS, 2, 194) que dio lugar a la admisión del error de prohibición, se debe a un caso de incesto de un turco en Alemania que creía que tal práctica era, como en su país natal, lícita.

12 Vid., por todos, ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 21970, p. 75 (existe traducción argentina al castellano).

13 Así, por ejemplo, SSTS 14.3.1993 (Ar. 3273), 26.1.1994 (Ar. 117).

14 Cfr. HENKEL, en *Mezger-Fest.*, 1954, passim.

15 La STS habla de elemento culpabilístico, pero ya he advertido que renuncio a entablar polémicas doctrinales sobre el tema, en definitiva, abiertos. Ya ha quedado expuesta sucintamente la propia y aquí, con ello, por el momento basta.

Cosa distinta ocurrió a unos agentes de la autoridad que, además de notificar al interesado el cese de una obras acordado por el Ayuntamiento, cuando les fue mostrado por parte del afectado un permiso de la Consejería canaria de Urbanismo, procedieron a la detención del sujeto en cuestión¹⁶.

El *nivel socio-cultural* de los sujetos suele ser un estándar bastante aceptado por los tribunales. Tal es el caso de un Presidente de un Colegio de Médicos que ordenó abrir expediente disciplinario al concesionario del bar de la institución y le prohibió la entrada en los recintos colegiales. Todo ello sin el debido asesoramiento legal y sin mandato de la Junta de gobierno que sólo acordó abrir un expediente informativo. En efecto, razona la STS 15.4.1993 (Ar. 3273):

"...3.- En realidad el procesado no discute la existencia de una fuerza coactiva ejercida sobre la persona y las cosas del ofendido y llega a admitir la existencia meramente formal de un delito de coacciones pero discute la concurrencia del conocimiento de la ilicitud de las acciones que estaba realizando ya que estima que se encontraba bajo la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente.

La Sala sentenciadora considera que no obstante la inordinación de los hechos en el tipo de las coacciones, la culpabilidad queda empañada por la falsa creencia de estar obrando lícitamente, pero sin embargo el acusado tenía la posibilidad de un más adecuado asesoramiento y medios para conocer la trascendencia jurídica de sus acciones en cuanto disponía de una asesoría jurídica integrada por letrados a la que podía haber acudido para despejar las dudas que tuviese sobre la corrección de su conducta.

16 Así, STS 7.2.1994 (Ar. 714): "SEGUNDO.- ...no es posible dudar que su detención fue ilegalmente decretada por rigurosamente arbitraria y sin fundamento alguno, ya que, habiendo sido comisionado uno de los agentes municipales a notificarle la orden que dio el Alcalde de que paralizase las obras que llevaba a cabo en la vivienda de su propiedad para impermeabilizar su cubierta, a sólo referida notificación debió ceñirse el comportamiento de los guardias, pero en modo alguno a detenerlo, llevándose con ellos para denunciarlo y entregarlo en el cuartel de la Guardia Civil, cuando eran sabedores de que las indicadas obras las realizaba en base a una autorización que para ellas le había concedido la Dirección General de Política Territorial del Gobierno Autónomo de la Comunidad de Canarias y que en aquel momento les fue exhibida, con lo que queda claro que en este supuesto se cumplieron los dos requisitos que exige la figura delictiva aplicada para su sanción en derecho, cuales son el objetivo de llevar a cabo la detención de un ciudadano fuera de los casos previstos en la ley y el subjetivo o conciencia de la ilicitud del acto que realizaban, por lo que los mencionados motivos deben desestimarse desde luego.

TERCERO.- En el motivo quinto de dicho recurso, y quinto también del promovido a nombre de Honorio G., ambos con amparo procesal en el número 1º del art. 849 de la ley adjetiva criminal, se denuncia la falta de aplicación a los hechos de autos del art. 6 bis a) párrafo tercero del Código Penal respecto de los delitos de detención ilegal y coacciones por los que se penan las conductas de quienes contra ellos respectivamente recurren, y esto sentado es notorio que tales motivos deben de rechazarse de plano por su evidente carencia de razón y de sentido, ya que el error de prohibición contemplado en el precepto sustantivo penal citado más arriba, que excuye la responsabilidad criminal del que lo sufre por creer de modo invencible estar obrando dentro de la más estricta licitud, exige que se halle seriamente fundado y demostrado mediante afirmaciones de hecho estampadas en la sentencia que lo evidencien de forma incontestable, y, en el supuesto de autos, ni ello ocurre, ni puede derivarse de las meras alegaciones, sin base real ni prueba que lo acredite, realizadas por los acusados para pretender eximirse de una responsabilidad penal, *que les viene dada, a unos, por haber practicado la detención de una persona a ciencia y conciencia de obrar en ella en disconformidad con el ordenamiento jurídico que deben conocer como miembros de la Policía Municipal*, y, al otro por dictar una orden conminatoria de paralización de unas obras que sabía habían sido autorizadas por un organismo de rango superior, comportamientos, ambos, delictivos, que no se justifica fuese ignorada por los encauzados que los perpetraron la ilicitud que los presidía, por lo que en este aspecto deben rechazarse los recursos de que se trata...".

En consecuencia nos encontramos ante un supuesto de error de prohibición vencible sobre una causa de justificación. El recurrente tenía a su disposición los medios necesarios e idóneos para formar su convicción sobre la legitimidad y justicia de las acciones que había emprendido y debía haber desarrollado una conducta más diligente para escuchar todas las opiniones de los expertos y comprobar la legitimidad o ilegitimidad de su acción. Tratándose de una persona de formación cultural alta y de relieve social le era exigible una mayor diligencia en la adopción de todas las precauciones idóneas antes de pasar a las vías coactivas, lo que hace imposible considerar su errónea creencia como invencible. Como se ha hecho correctamente el tratamiento del error como vencible produce una degradación de la culpabilidad que ha sido apreciada por la Sala sentenciadora y que debe ser mantenida en este trámite por estimarla ajustada a derecho...¹⁷.

Otro modo de entender la evitabilidad del error de prohibición es determinar si en *la posición del sujeto era posible conocer* que su comportamiento era penalmente ilegítimo. La STS 1.10.1993 (Ar. 7465) afirma, como veremos, que en la posición que se encontraba un alcalde que manda secuestrar un anuncio de un acto cultural, porque la denominación de la villa, que figura en aquel, no es la oficial no incurre en el delito de arrogación de funciones judiciales. Y ello, porque: "...sólo se arroga una facultad o jurisdicción quien dice o hace ver que él la tiene...".

Así, pues, y para cerrar este apartado, hemos de resumir lo que consideramos necesaria una *redefinición del dolo*, a fin de que cubra igualmente el dolo eventual. Ello tendrá como consecuencia incrementar la perspectiva normativa y abandonar el pensamiento psicologista. Esta nueva percepción del dolo facilita el ensamblamiento con el conocimiento de la antijuridicidad, éste de carácter indudable antinormativo, situando dichas categorías en el lugar que sistemáticamente se estima correcto en la teoría del delito, estos es en sede de antijuridicidad. Por último, hay que obviar, por incoherente con el planteamiento normativo, la cuestión relativa a la prueba del conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad. Se propone, por contra, analizar el tema desde la perspectiva de la *evitabilidad* del error de prohibición; para acuñar la solución en el caso concreto habrá que acudir al sistema de estándares que se van perfeccionando tanto por la doctrina legal como por la científica.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Alcance del error de prohibición

El primer aspecto que llama la atención al analizar la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia de error de prohibición es que se perpetúa, pese a la reforma de 1983, la indefinición de lo que se entiende por conciencia de la antijuridicidad.

17 Igualmente, la STS 26.1.1994 (Ar. 117), en su f.j. 2. A, afirma: "...la base argumentativa del error es insostenible, dado que nadie, y menos una persona con instrucción que supera los niveles medios, puede creer en la licitud de una conducta de alteración de la verdad en documentos oficiales con evidente finalidad defraudatoria, sin que pueda escudarse en el hecho de no haber visto las nóminas de los trabajadores, ni los partes médicos de alta y baja...". Muy sincréticamente, la STS 24.1.1994 (Ar. 273), f.j. 7º II: "...No puede estimarse acreditado el error respecto a la significación antijurídica de la conducta del acusado. Semejante inferencia ha de obtenerla el Tribunal tanto atendiendo a los hechos como a las condiciones culturales y profesionales del sujeto (cfr. Sentencia de 13 junio 1992)...".

En efecto, si bien parece abandonada la antigua teoría del dolo en su versión causalista, no queda claro si el conocimiento de la antijuridicidad integra el dolo o es un elemento ajeno a dicho conocimiento. Es más, para alguna resolución, este tema carece de interés; tal es el caso de la STS 18.1.1993 (Ar. 120) que, entre otras cosas, señala:

"...mas la inconsistencia de tales argumentos a los fines pretendidos resulta evidente en cuento que, por un lado, el negar la ausencia de "malicia" en la conducta del procesado descrita en el relato fáctico de la sentencia recurrida, equivale a desconocer, la significación terminológica en el orden jurídico positivo, o sea, la empleada por el Código Penal, la palabra malicia es una de las utilizadas para la designación del dolo y como equivalente a la de "intención o propósito", pero aún cuando se entienda, como opina algún sector doctrinal, que los referidos términos no son equivalentes y que la malicia está integrada no solamente por la voluntad dirigida al hecho típico sino además por la representación de la antijuridicidad del mismo, es lo cierto, que de lo descrito en el relato fáctico aparece que tal requisito integrante del tipo ha concurrido en el caso de autos en cuento que el recurrente dejó voluntariamente de cumplir su deber a sabiendas de la antijuridicidad de su obrar, o sea, maliciosamente, siendo irrelevante, desde el punto de vista penal, los motivos que le hubiesen impulsado a dejar de cumplir su deber, pero además, del relato fáctico que ha de ser respetado en su integridad, en los motivos de la naturaleza del presente, aparece que los motivos no fueron los que se dicen por el recurrente sino los reprobables de obtener un lucro personal...".

Este planteamiento tan impreciso resulta impropio de un tribunal de casación. Y lo es porque no distingue los niveles en que se opera. Así es: este tipo de resoluciones parece aceptar un punto de partida que es metodológicamente erróneo. Y este no es otro que pretender sustentar que todo lo que sea analíticamente separable es igualmente dissociable en la realidad y que en esta los fragmentos del objeto principal forman a su vez tantos objetos como desmenuzamientos sean posibles.

Una concepción de esta índole es incompatible con la realidad. Una cosa es que, en efecto, a la hora de estudiar un tema, idealmente se disocien sus diferentes elementos y otra muy distinta es que esos elementos de origen analítico tenga sustantividad propia. Si ello lo aplicamos a nuestro tema, resulta que el dolo, como dolo natural en el sentido welzeliano, es un elemento ideal de la tradicional malicia de los textos penales españoles que comprende, no sólo el conocimiento del peligro de la acción para un bien jurídico, sino el significado antinormativo de dicho peligro. El que en su día WELZEL al trasponer el dolo de la culpabilidad al tipo quisiera que aquel fuera neutro valorativamente tiene un justificación sistemática y, si se quiere, pedagógica. Pero es irreal, pues ni el conocimiento –ni, en su caso, la voluntad– de cualquier sujeto no son neutros valorativamente.

Esta dicotomía tiene también otra explicación para aquellos que no siguen la teoría de los elementos negativos del tipo. Para dicho sector doctrinal, acaso mayoritario, la valoración jurídico penal del conocimiento erróneo de la antijuridicidad pertenece al juicio de culpabilidad y no al de la antijuridicidad. Quien así piensa, necesita, ciertamente de un dolo neutro valorativamente, pero ello supone en multitud de delitos valorar dos veces la conciencia de la antijuridicidad, como ocurre, por ejemplo, en la calumnia, las coacciones o la prevaricación. Ello se debe a que tales tipos penales se construyen con elementos valorati-

vos o normativos de indudable horizonte jurídico, por lo que el tipo requiere una valoración jurídica y no meramente congoscitiva o volitiva.

Pero en ningún caso estos planteamientos analíticos se compadecen con la realidad, pues fragmentan el objeto de estudio de modo que su recomposición resulta posteriormente inviable y contradicen, además, las reglas de la experiencia. No es concebible que pueda efectuarse una valoración del comportamiento antijurídico de un sujeto sin tener en cuenta qué percepción de la antijuridicidad de su comportamiento tiene el mismo sujeto. La mera lesión o puesta en peligro, sin ser jurídicamente valorada, cumple una mera función de objeto de análisis formal, pero carece de trascendencia constitutiva para establecer si existe tipo de injusto o no. Y establecer esta existencia es objetivo primordial del fin de la teoría del delito.

Este planteamiento queda ratificado, aun sin entrar en terrenos de polémica dogmática, partiendo de la realidad en la que el sujeto se encuentra. Además de lo ya dicho, la STS 27.10.1993 (Ar. 7871) establece, a mi modo de ver, con plena claridad lo que sigue:

"...Es indudable que el recurrente no ha dudado sobre la antijuridicidad de su hecho, pues en modo alguno cabía deducir de la inutilidad de los cartones la inexistencia del hecho punible consistente en no satisfacer las contribuciones fiscales que la actividad del bingo genera. Es claro que el procesado se apropió de los cartones que se pensaba destruir precisamente porque con ellos se podía simular el pago no realizado a Hacienda, que la posesión de tales cartones acredita. Por lo tanto, de su propio comportamiento es posible deducir que tenía conciencia actual de la antijuridicidad, dado que, de otra manera su conducta no sería exigible..."

En efecto, del propio comportamiento del sujeto activo, y no de sus alegaciones, es de donde, en definitiva, cabe extraer las consecuencias en orden a establecer si el sujeto obró, como afirma, con desconocimiento de la significación antijurídica de su acción, o si bien, por el contrario, no se trata más que de una apertura retórica de defensa.

Pero sea lo uno o lo otro, lo significativo de la transcripción jurisprudencial efectuada es que permite ratificar el aserto antes mencionado: el dolo no es neutro valorativamente y el conocimiento del potencial lesivo de la acción para un bien jurídico-penal no se puede desligar del conocimiento de la protección jurídico penal de ese mismo bien, pues ambos elementos, si bien escindibles idealmente, son idiosociables en la realidad.

Por fin, la STS 21.2.1994 (Ar. 1552), aunque muy simplificadamente, viene a hacer suyo este planteamiento cuando hace radicar en la expresión legal *a sabiendas* del art. 358 CP la inclusión del todo el ánimo subjetivo, incluido el conocimiento de la antijuridicidad. Así, en el f.j. 3 de dicha resolución puede leerse:

"...Supone ello conciencia y voluntad del acto, intención deliberada y plena advertencia de su ilegalidad, manifiesta evidencia de su injusticia, persuasión del quebrantamiento de un mandato legal (cfr. Sentencias de 22 noviembre 1990, 26 febrero, 10 abril y 25 mayo 1992). Si existiese alguna duda, ofreciéndose razonable contradicción sobre la legalidad o ilegalidad del acto, habría que relegar el aspecto penal de la cuestión, reconduciéndose el contencioso al ámbito administrativo..."

A igual conclusión llega la STS 26.1.1994 (Ar. 117) cuando afirma que el dolo falsario queda patente por las realizaciones conscientemente antijurídicas del sujeto:

"...También rechazan los recursos la falsedad ideológica del susodicho artículo 302. 4º porque al no acompañar a los boletines TC1 y TC2 falsificadas las bajas médicas por incapacidad laboral transitoria no se cerró el círculo falsario, constituyendo una "mutatio veritatis" inocua o intrascendente destinada a perecer al ser sometida al control de la oficina recaudatoria. La no presentación de los partes médicos que avalan o justifican la autoliquidación de las cuotas con deducciones por bajas no privó de trascendencia penal al documento porque la mendacidad afectó a un aspecto esencial y su aptitud o capacidad para incidir en el tráfico jurídico fue patente y de hecho tuvo esta trascendencia al no descubrirse la superchería hasta pasados tres años. En conclusión, existió documento falsificado en punto esencial, dolo falsario y trascendencia efectiva en el tráfico, y no empece a la perfección del delito el que los funcionarios, obligados a comprobar los boletines de cotización y recoger los partes de baja anexos, hicieran negligente dejación de sus obligaciones...".

2. Comportamiento de terceros

En un segundo orden de cosas al que aludía más arriba, queda la argumentación jurisprudencial un poco coja cuando se hace depender, en todo o en parte, la existencia del conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento de terceros. Tampoco, por otro lado, puede afirmarse que la conclusión de pena plena que se impone en otros casos parezca correcta –dejando a salvo siempre los límites casacionales– cuando el sujeto, conocedor de la antijuridicidad obra ilegítimamente, pero dentro de una determinada dinámica de persecución de un interés, no egoísta.

Así, para el primer grupo de supuestos se nos presenta la STS 24.1.1994 (Ar. 273). Para esta resolución resulta, además de por otros indicios, evidente la ausencia de error de prohibición por el hecho de que:

"...Como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, mal puede acogerse la alegada ignorancia o error del inculpado, cuando la Mutua ha de emprender una onerosa contracampaña para perseguir la conducta del procesado quien, no obstante, persevera en ella; de ahí que sea imposible acoger la tesis del motivo que acumula tanto el error de tipo como el error de prohibición, pretendiendo hacer creer que ignoraba estar usando títulos o emblemas ajenos, así como que dicho uso se hallaba prohibido...".

Este argumento es del todo inane, pues el error radica en el sujeto activo y éste no se debe al comportamiento del sujeto pasivo. El comportamiento defensivo que despliegue el sujeto pasivo resulta irrelevante, pues no está destinado a liberar al errado de su yerro. No se ve, pues, a donde lleva esta argumentación, toda vez que, por si fuera poco, la actitud defensiva lato sensu entendida de la víctima se refiere a un momento posterior al de la perpetración del hecho, de cuya antijuridicidad tenía, por otro lado, plena conciencia el sujeto activo.

Como segundo punto de crítica, anunciábamos más arriba el no ofrecimiento de salida por parte del Tribunal Supremo ante situaciones en las que, alegado un error de prohibición

de modo inviable¹⁸, sí que quedan petente la existencia de un conflicto, próximo al estado de necesidad incompleto, que pudiera tener su solución, aquí sí, en la atenuación de la culpabilidad. Aquellos casos en que, pese a conocer la ilicitud del hecho, se actúa en la creencia tácita o expresa de una eventual colisión de deberes, si bien quedan ya fuera del ámbito del error, no queda fuera del ámbito de la posible atenuación, cuando menos de la pena típica.

Hasta aquí, pues, mi exposición que he procurado ceñir en todo momento a la realidad jurisprudencial y espero que les haya ilustrado mínimamente sobre el estado actual del problema en la doctrina legal más reciente. Muchas gracias por su atención.

18 Así el caso de la STS 6.10.1993 (Ar. 7291): "...La creencia errónea de obrar lícitamente puede, sin duda, provenir de una apreciación errónea del alcance de la norma, la cual tiene a su favor el hecho de la nacionalidad holandesa de la acusada, en cuyo país la legislación es más benigna que en España (afirma la sentencia recurrida), pero no hay más argumentos positivos a favor del error de prohibición alegado. El medio de que se valió para la entrega de la droga (oculta en un pantalón vaquero detrás de su etiqueta) revela que cometía –con conocimiento– un hecho prohibido por la legalidad penitenciaria, y la circunstancia de llevar nueve años casada con el destinatario –súbdito español– y que éste estuviera en prisión, como se han dicho, como autor o presunto autor de un delito de esta naturaleza, aleja la idea de que la acusada pudiese ignorar que la introducción subrepticia de la droga en una prisión, cuyo destino final no podía ser controlado, aunque la cantidad fuera exigua, careciera de una valoración penal para una persona razonable y en posesión de una elemental información. Procede desestimar el motivo interpuesto..."