

4ª Sesión.

La imputación subjetiva en la actualidad. Dolo: requisitos, límites y prueba. Error. Ignorancia deliberada. Imprudencia.

ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O MEDIDA CAUTELAR

VICTORIA GALLEGO MARTÍNEZ

Juez sustituta Adscrita TSJ Cataluña

Socia FICP

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar los supuestos de error de prohibición en el ámbito de la violencia de género y en concreto en el ámbito del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar examinando distintos pronunciamientos jurisprudenciales.

PALABRAS CLAVES.- Error de prohibición- Error vencible - error invencible- quebrantamiento condena

I.- INTRODUCCIÓN

En la actualidad y en el marco de los delitos de violencia de género y de violencia doméstica especialmente son numerosas las resoluciones que bien de manera cautelar al presunto culpable, bien de forma definitiva en sentencia firme al ya condenado, imponen prohibiciones de aproximación o comunicación. Consecuencia de ello es el incremento de procedimientos existentes en los distintos juzgados por delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar. Ante dicha realidad merecen especial atención aquéllos supuestos, abundantes en la práctica, en los que se alega por parte del sujeto activo del delito con la finalidad de obtener una sentencia absolutoria, la creencia de estar obrando lícitamente.

Es el error de prohibición un tema recurrente en esta materia con consecuencias distintas en el caso de ser apreciada su concurrencia lo que obliga a conocer su tratamiento en este ámbito concreto profundizando en su contenido, características, circunstancias de aplicación y consecuencias jurídicas.

II.-DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y/O MEDIDA CAUTELAR

El delito de quebrantamiento de condena y /o medida cautelar aparece tipificado en el art. 468 CP

El bien jurídico del tipo penal es la efectividad y el acatamiento de las resoluciones judiciales y, cuando se imputa el incumplimiento de medidas de prohibición de comunicación o de aproximación, al mismo tiempo se tutela los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida quebrantada.

Requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1) un elemento objetivo del tipo del injusto, que supone el incumplimiento de la pena o medida impuesta y que viene entendido como el acto material y real de aproximarse o comunicarse con la víctima en los casos en que existe una prohibición.

2) un elemento normativo, esto es, la decisión judicial firme previa adoptada por el Juez competente y,

3) un elemento subjetivo, constituido por la conciencia y voluntad de quebrantar, ya que el dolo del delito, no exige el propósito de eludir definitivamente el cumplimiento de la pena o medida, sino tan sólo la voluntad de no cumplir la condena en el modo en que debía serlo por mandato judicial.

El delito de quebrantamiento de condena y / o medida cautelar, es por tanto, un delito esencialmente intencional y exige que siendo conocida por el sujeto la pena o medida impuesta y la obligación de cumplirla, adopte no obstante una conducta o decisión a sabiendas de que con ello quebrantará la correspondiente orden judicial. No es preciso para que se de el elemento subjetivo del tipo un dolo específico sino que

basta que el obligado conozca que tiene que cumplir una sanción o medida cautelar penal impuesta en resolución judicial y conozca que con su conducta vulnera la pena o medida impuesta, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido

Se trata por tanto de un tipo delictivo que solo admite su comisión dolosa siendo dicho elemento subjetivo del injusto uno de sus componentes esenciales y sobre el que ha de recaer prueba de cargo susceptible de enervar el principio de presunción de inocencia. La razón estriba en que la propia acción típica de quebrantar supone el necesario conocimiento de la existencia de una privación de derechos y la voluntad de vulnerar tal privación durante el período en que la misma se ha establecido. El dolo que articula el tipo subjetivo precisa conocimiento y voluntad de realizar el tipo del injusto y requiere de un componente anímico en el autor, orientado hacia la voluntaria vulneración de la prohibición que implica la medida o pena impuesta. Exige para su apreciación, la acreditación fehaciente de tal voluntad intencional de incumplir la medida impuesta esto es, exige la voluntad del sujeto de sustraerse definitivamente a la medida impuesta, frustrando de esta forma su efectividad.

La doctrina a partir del examen de la jurisprudencia menor viene señalando como requisitos los siguientes: a) la resolución judicial que acuerde el alejamiento, bien como medida cautelar, bien como pena; b) la firmeza de la resolución (en caso de pena); c) notificación fehaciente de ésta al obligado, con apercibimiento de que incurre en responsabilidad penal en el caso de incumplimiento de la obligación fijada y requerimiento de abstenerse de realizar la conducta prohibida; d) la conducta objetiva de quebrantamiento, esto es, la vulneración de la prohibición, acercándose a la víctima a la distancia no permitida por la resolución judicial (comunicándose con ella en caso de prohibición de comunicación) y e), debe tratarse de un quebrantamiento doloso entendiéndose por dolo el conocimiento de la prohibición judicial, de sus pormenores y de las consecuencias de su incumplimiento y a pesar de ello, la voluntad de incumplirla.

Por ello, para tener por realizado el delito de quebrantamiento, tanto de medida cautelar como de condena, será necesario que la indicada pena o medida cautelar existe y esté siendo objeto de ejecución o en definitiva, se encuentre vigente, así como que igualmente vigente concorra el conocimiento por parte del sujeto pasivo de que de la

medida o de la pena impuesta se ha iniciado su ejecución, y que se halla sometido por tanto a las restricciones inherentes a la pena o medida en ejecución pues, si la pena o medida no está vigente o no se está ejecutando o si está ausente dicho conocimiento por parte del sujeto pasivo tampoco podrá residenciarse en su autor una intención o propósito de quebrantamiento en los términos exigidos para completar la realización típica.

Es precisamente en este ámbito en el que puede entrar en juego el error de prohibición

III.- ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición, es la creencia errónea de estar obrando lícitamente y supone que el autor actúa con el convencimiento -erróneo- de que lo hace de forma lícita, sabe lo que hace pero cree erróneamente que está permitido.

Recae sobre el carácter ilícito del acto, sobre la conciencia de la antijuridicidad y precisamente por ello no afecta al dolo (como ocurre con el error de tipo). Se constituye, por tanto, como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad, exigiendo por tanto que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a Derecho. No cabe extender el error de prohibición a aquéllos supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, ni tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente excluirá o atenuará la responsabilidad cuando crea obrar conforme a derecho. Por otra parte, no debe confundirse el error de prohibición con la situación de duda, pues ésta no es incompatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la ilicitud del hecho y a pesar de ello se decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetiva (STS 1141/97, de 14 de noviembre).

El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo.

Aparece regulado actualmente el error de prohibición en el artículo 14.3 del Código Penal, que distingue entre error vencible y error invencible. Literalmente el precepto dice así:

"El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Contempla así el error de prohibición como un estado de persona que afecta directamente a su capacidad de reproche social y legal, por no tener conciencia de la ilicitud del hecho concernido en los términos del art. 14 CP. A la vista de la regulación contenida en el precepto debe tenerse en cuenta que el legislador ha sido consciente de la extrema dificultad de la prueba del conocimiento subjetivo de la antijuridicidad por parte del que la alega por lo que adopta la llamada teoría de la culpabilidad y, conforme con ella, desplaza la cuestión al ámbito objetivo de la evitabilidad del error, de suerte que la relevancia del error queda supeditada a su evitabilidad o inevitabilidad, campo más concreto porque en él todo Tribunal puede juzgar con arreglo a las máximas de experiencia y reglas de cultura existentes en la generalidad de la sociedad y de acuerdo a ellas, determinar si tal alegación del error debe decaer totalmente, o si éste fue vencible o invencible.

De dicha regulación se concluye necesariamente que el error de prohibición no excluye el dolo concebido como dolo simple o dolo natural que forma parte del injusto sino que elimina el conocimiento de la antijuridicidad por lo que solo puede afectar a la culpabilidad individual del sujeto excluyéndola, si es invencible o atenuándola si es vencible, al no actuar con conciencia de antijuridicidad y por tanto ignorar que su

conducta está prohibida. Por tanto el error de prohibición es causa de exclusión de la culpabilidad, no del tipo y del injusto.

La doctrina discute la adscripción de la regulación del error en el Código Penal a la teoría del dolo o de la culpabilidad, desde su incorporación por la LO 8/1983, de 25 de junio. Para la doctrina mayoritaria, el error vencible, de tipo o de prohibición, determina la sanción de la conducta como culposa, aunque en el segundo caso establezca una regla especial de punición, que respetaría también la exigencia del art. 12 CP. En particular, como recuerda la STS de 19 de abril de 2013, el Tribunal Supremo tiene establecido que el error de prohibición "constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de la antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 Código Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho".

En este punto, por tanto el art. 14 Código Penal como la doctrina mayoritaria siguen por tanto, la llamada "teoría de la culpabilidad" y así, el error de prohibición vencible, no da lugar a un delito imprudente o a la impunidad en el caso de que no se contemple como típica la comisión imprudente sino que únicamente se atenúa la pena del delito doloso porque está disminuida la culpabilidad.

Existen dos clases de error de prohibición: vencible o invencible.

Será invencible cuando el sujeto no podría haber salvado su error dadas las circunstancias del caso, resultando imposible haber podido evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho y, vencible, cuando podría haberse percatado del error si hubiera

actuado con la diligencia de un hombre medio. Y en concreto el TS en Sentencia 6966/2010, de 1 de diciembre, refiere que "el error es vencible, y por tanto imputable, entre otros supuestos, cuando el autor con un esfuerzo de conciencia normal hubiera podido comprender la ilicitud de su conducta o cuando al menos hubiera podido dirigirse a una fuente fiable de información jurídica para entender el alcance de la prohibición".

La diferencia resulta relevante en cuanto se refiere a sus efectos, puesto que en el caso del error de prohibición invencible el sujeto quedará exento de responsabilidad y en el caso de error vencible, se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el tipo.

En cualquier caso para determinar el grado del "vencibilidad" del error será necesario atender a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción o asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características (STS 20 de julio de 2000), a parámetros objetivos y subjetivos como la naturaleza formal o material de la infracción dentro de la cultura en que se desarrolle la actividad, el grado de culturización del agente, la urgencia del actuar, la accesibilidad a la información capaz de deshacer la falsa representación (STS 18 de abril de 2006).

Ya entrando en el terreno procesal, el presupuesto del error de prohibición deberá ser alegado y racionalmente expuesto. En cuanto se refiere a la prueba del error, dificultosa en cuanto pertenece al arcano íntimo de la conciencia, la STS 163/2005, de 10 de febrero establece que "con independencia de que el artículo 14 del Código Penal pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado", su realidad debe resultar con claridad de las circunstancias del caso (SSTS 1861/2011, de 29 de marzo). Y en el mismo sentido, ya la STS de 3 de enero de 1985 negaba la relevancia de la mera alegación del error, que debía ser objeto de prueba, como también debía serlo, en su caso, su carácter invencible (SSTS 28 de marzo de 1994, 30 de junio de 1994). Y,

la STS 691/2010, de 13 de julio insiste en que "el presupuesto del error de prohibición debe ser alegado y racionalmente expuesto, pues dadas las funciones que en un Estado democrático realiza la norma penal, valoradora, sancionadora y determinante de conductas, es razonable afirmar el conocimiento por los ciudadanos de la antijuridicidad de la norma sancionadora, pues forma parte de la cultura de España, país en que vive el acusado (cfr. STS de 4 de abril de 2010, nº 174/2010)."

Corresponderá a quien lo alega exponer las condiciones que hacen que en el sujeto concreto concurre el supuesto de exclusión de responsabilidad penal, o su atenuación, por la concurrencia del error, y su razonabilidad deberá ser extraída de condicionamientos particulares que concurren en el sujeto, y bien entendido, que como ha declarado el TS, resulta inverosímil, y por lo tanto inadmisibles la invocación de error de prohibición (STS 71/2004, de 2 de febrero), cuando se trata de "infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada".

IV.- ERROR DE PROHIBICIÓN Y DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA ART. 468.2 CP

Expuesto lo anterior debe señalarse que en principio y en esta clase de delito, es posible la alegación y posterior estimación del error, tanto de tipo como de prohibición, vencible e invencible.

Los supuestos de error de tipo son posibles en este tipo de delito aunque la práctica nos indica que esporádicos (así se daría en aquéllos casos en los que el sujeto conoce perfectamente que le afecta una prohibición de aproximación a la víctima, la distancia a la que no puede aproximársele y conoce las consecuencias derivadas del incumplimiento, pero cree que en el caso concreto no concurren los elementos objetivos del tipo y por ejemplo, a pesar de aquél conocimiento se introduce en el radio de acción prohibida convencido de que realmente se encuentra a una distancia superior y que por tanto, está actuando conforme a Derecho, o cree que el domicilio de la víctima no es al

que él se está acercando o que el lugar al que acude no es uno de los que frecuenta la víctima, por ejemplo). No obstante ello, en el presente caso nos centramos exclusivamente en la posibilidad del error de prohibición en esta clase de delito.

El error de prohibición en el delito de quebrantamiento podrá ser estimado en aquéllos casos en los que el sujeto activo alegue y lo que es más importante, pruebe, que en el caso concreto actuaba en la creencia de obrar lícitamente bien porque cree que una vez producido el encuentro casual con la víctima puede permanecer en el lugar sin irse, o porque cree que el domicilio al que no puede aproximarse es únicamente aquél en el que la víctima se encuentra empadronada y no aquél en el que habitualmente reside, o bien cree que grabando su voz en el contestador de la víctima no comunica con ella, o especialmente, cuando el sujeto cree que el consentimiento de la víctima excluye la tipicidad.

Acreditado tal extremo resultará probado que no obraba guiado por una voluntad de suprimir la prohibición siendo posible excluir la responsabilidad o atenuarla por falta de culpabilidad.

Ahora bien, como se ha adelantado anteriormente, el error quedará excluido en aquéllos supuestos en los que el sujeto aunque no tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico y por el contrario tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad (SSTS 29 septiembre 1997 y 19 octubre de 2004), siendo suficiente la duda (SSTS 3 de diciembre de 2002 y 7 de marzo de 2007), puesto que la incertidumbre es incompatible con el concepto de creencia errónea, excluyendo igualmente el error los supuestos de ignorancia deliberada (SSTS 5 de febrero de 2007 y 8 de abril de 2008).

Y debe comenzar por indicarse que el Tribunal Supremo no ha recogido de forma expresa la posibilidad de estimar concurrente el error de prohibición en el delito de quebrantamiento de condena aunque ha abierto las puertas a su estimación. Señalar que efectivamente acreditada la sentencia o resolución judicial imponiendo la pena y/o medida cautelar de alejamiento respecto de una determinada persona y a una concreta distancia, acreditada la notificación de la misma con todas sus circunstancias al sujeto así como el requerimiento personal al propio condenado o afectado, y la liquidación de condena de prohibición de aproximación donde constará el día de inicio y el de

finalización de la pena efectivamente, resultará sumamente difícil aunque no imposible estimar concurrente un alegado error de prohibición. Decimos que no resultará imposible por cuanto existen resoluciones judiciales en las que se aprecia el error de prohibición cuando a pesar de lo anterior, ha mediado el consentimiento de la víctima y/o el quebrantamiento se ha producido precisamente por la intervención activa de ésta. Dichas resoluciones sin embargo van decreciendo en número desde el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS celebrado el 25 de noviembre de 2008.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo 114/2008, de 8 de abril, aunque no lo estima probado en el caso, admite la existencia de un error de prohibición; la STS 61/2010, de 28 de enero, acepta, tras rechazar la hipótesis de la relevancia del consentimiento, la posibilidad de un error de tipo que excluyera el dolo y, la STS 126/2011, de 31 de enero, recuerda que "la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error de prohibición".

El consentimiento de la víctima o la reanudación consentida de la convivencia resultó relevante para fundamentar sentencia absolutorias en este tipo de delitos especialmente al amparo de la STS 1156/2005, de 26 de septiembre que concluyó que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acreditaría de forma fehaciente la innecesariedad de la protección, y por tanto, supondría de facto, el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella. No obstante esta línea jurisprudencial la STS 10/2007 de 19 de enero, sigue una postura radicalmente opuesta señalando que el consentimiento de la ofendida no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Posteriormente, la STS 775/2006, de 28 de febrero distingue entre el quebrantamiento de pena y el de medida dejando abierta la posibilidad de excluir la comisión del delito cuando de medida de seguridad se trata negando eficacia del consentimiento de la víctima en los supuestos de quebrantamiento de la víctima. Finalmente, el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional celebrado el 25 de noviembre de 2008 acordó que "el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP". Dicho Acuerdo ha sido aplicado en posteriores resoluciones

tanto por el TS como por las distintas Audiencias Provinciales no cierra el paso a la posibilidad de valorar ese comportamiento de la víctima como causa que puede llevar a aplicar la existencia de un error de prohibición, aunque la posibilidad es sumamente restrictiva. Así tras el citado Acuerdo se han producido tímidos intentos de flexibilización de los rigurosos efectos de su aplicación incondicionada, para poder tener en consideración las circunstancias del caso concreto y la fórmula de flexibilización de la respuesta penal a los supuestos frecuente de "quebrantamiento consentido" se ha desplazado, en determinadas resoluciones, a la teoría del error.

Y diversas resoluciones han aplicado el error de prohibición invencible a supuestos de quebrantamiento consentido, como la SAP Madrid, Sección 16, de 3 de julio de 2007 o, después del Acuerdo de Pleno de 2008 citado, la SAP León Sección 3ª de 24 de octubre de 2011, o la SAP Valladolid Sección 4ª de 13 de diciembre de 2010 y, la Sentencia de 27 de junio de 2006 de la Sección 5ª de la AP de Murcia, estimaba la concurrencia de un error vencible.

El propio TS en Sentencia 126/2011, de 31 de enero no niega la eventual posibilidad de su apreciación al recordar que "la subsistencia de la tipicidad de la conducta no excluye, como en cualquier otro caso, un hipotético error de prohibición", si bien lo negaba en el caso concreto.

En cambio, otras muchas resoluciones, como la SAP de Barcelona, Sección 27ª de 12 de diciembre de 2011, niegan toda eficacia a las alegaciones de error "al conocer perfectamente el acusado la prohibición (...) mediante la notificación del auto personalmente y de las consecuencias que su incumplimiento le podría acarrear; sin que pueda quedar al mero arbitrio de las partes el cumplimiento de las resoluciones judiciales", considerando que "forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, que sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya otorgado". En el mismo sentido, la SAP Tarragona, Sección 4ª, de 7 de diciembre de 2011, llega a idéntica conclusión, destacando que la apreciación del error depende de "presupuestos estrictos que acrediten que el déficit de cognoscibilidad no pueda reprocharse a una conducta descuidada o despreciativa del derecho o del mandato por

parte del destinatario", y que "el autor deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuere necesario, dejándose aconsejar. Para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento habrá que estar, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo", criterio que, combinado con el del tipo de norma afectada permitirá distinguir cuando el conocimiento de la norma o del mandato concreto es algo evidente y cuando no lo es. Esta resolución invoca el concepto de un primer nivel "incuestionable", una reserva de conocimientos que correspondería a toda persona que forma parte de una sociedad y que "se asienta en consideraciones de experiencia individual y colectiva", de forma que el incumplimiento de los mandatos elementales que integran ese nivel "implica conciencia de antijuridicidad aunque durante la ejecución de la conducta prohibida la persona no se repita o reflexione expresamente sobre el contenido ilícito de la acción u omisión", con la única excepción de que el sujeto sea inimputable. Con esos parámetros de valoración, se niega el error en un supuesto en que, impuesta la pena de alejamiento, existió un requerimiento personal sobre el contenido de aquélla, lo que "supone que participó de forma personal en el proceso, asistido de letrado, y conoció de primera mano, el alto grado de jurisdiccionalidad que lo envuelve. Para cualquier ciudadano medio y, particularmente, para aquéllos que se ven sometidos a un proceso penal resulta fácilmente aprehensible que las decisiones penales solo pueden adoptarse por el juez y en consecuencia solo éste puede modificarlas. El recurrente disponía de elementos e instrumentos de información suficientes sobre el alcance de las decisiones que le fueron notificadas. El estándar aplicable, por tanto, es el específico del tráfico o del contexto singular en el que se desenvolvía el recurrente. Y es evidente que una persona sometida a un proceso penal, asistida de letrado, al que por sentencia se le ordena de forma precisa que se abstenga de un determinado comportamiento no puede argüir desconocimiento de la continuada vigencia del mandato porque aun cuando su expareja le propusiera o le invitara a un reencuentro puntual. De contrario, el esfuerzo de conciencia, el potencial reconocimiento, del que disponía le obligaba antes de aventurarse a incumplir lo que se le ordenó a recabar consejo o información precisa y cualificada que le permitiera superar un putativo estado de duda o de incerteza". Y si el sujeto, como era el caso, disponía de todos los elementos cognoscitivos para

"actualizar" el preciso contenido de su obligación y no lo hizo, se hace patente el "consciente desprecio por la norma, con independencia de la putativa actitud complaciente o colaboradora " de la persona protegida por la pena.

También llega a una conclusión negativa la STS 61/2010, por haberle sido notificada al sujeto la orden de alejamiento y por haber declarado que conocía su vigencia, "siendo notorio que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas, alteradas en su contenido o suprimidas por los Jueces y Tribunales que las han dictado, y no por las personas afectadas por las mismas" y que "forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, sólo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado".

Algunos incluso refieren la posibilidad de error de prohibición en aquéllos supuestos en los que a pesar de la notificación formal de la resolución imponiendo la prohibición de aproximación o comunicación, no se ha practicado el oportuno requerimiento. La cuestión de determinar si la notificación formal de la resolución es suficiente para entender que el sujeto activo tiene perfecto conocimiento de la pena/ medida impuesta o debe complementarse necesariamente con un acto de requerimiento expreso de que debe cumplirse el alejamiento de la víctima o la prohibición de comunicación respecto de las personas designadas en la resolución judicial puesto que existe jurisprudencia de violencia de género que en aquéllos casos en los que no consta expresamente el requerimiento se afirma que la mera notificación de la resolución judicial no es suficiente y que de no haberse practicado dicho requerimiento la sentencia a dictar será necesariamente absolutoria cuando el sujeto activo alegue desconocimiento de la medida y/o de su vigencia

Igualmente se discute si cabría afirmarse concurrente el error de prohibición en aquéllos supuestos en los que a pesar de haberse establecido por resolución judicial como pena o como medida , un alejamiento o una prohibición de comunicación, y notificada dicha resolución al afectado y requerido de su cumplimiento, no constan en las actuaciones que se efectuaron los correspondientes apercibimientos de las consecuencias del incumplimiento.

En casos como el indicado, algunas Audiencias Provinciales niegan la posibilidad de estimar el error de prohibición por cuanto que el apercibimiento judicial de incurrir en caso de incumplimiento en un delito de quebrantamiento de condena no es preciso para la comisión del delito no siendo elemento esencial del tipo establecido en el art. 468.2 del Código Penal, al encontrarnos ante una infracción cuyo carácter ilícito es conocido normalmente, prima facie, para el hombre medio. En tales casos, constando la diligencia de requerimiento y notificación al acusado se entiende que el mismo es perfecto conocedor de la pena impuesta y del lugar y de las condiciones en que debe cumplirlas.

No obstante ello no puede obviarse que el delito de quebrantamiento de condena es un delito eminentemente intencional que, no sólo protege el bien jurídico de la Administración de justicia, sino que tiene también como objetivo la protección de la víctima.

Y dadas las graves consecuencias del incumplimiento de las medidas cautelares o de las penas de prohibición de aproximación y/o de comunicación con la víctima, siendo que estamos ante un delito esencialmente intencional, entendemos que su notificación, requerimiento de cumplimiento y apercibimiento de las consecuencias del quebrantamiento resultan necesarias y deben practicarse con la mayor escrupulosidad sin que pueda obviarse ese requisito bajo el pretexto de que las consecuencias de estas prohibiciones son conocidas por la sociedad en general o que se trata de expresiones manejadas con normalidad y comprendidas en toda su extensión por todos. Precisamente por ello debe requerirse el debido rigor con la documentación de las resoluciones que imponen las penas o medidas quebrantadas y de su comunicación al acusado, con los debidos apercibimientos y la necesaria precisión de las fechas de vigencia o ejecución. En esta línea la Sentencia de 31 de enero de 2011, de la Sección 3ª de la AP de Murcia, que refiere que "solo cabe incumplir, y de ahí extraerse las conclusiones inculpativas correspondientes, aquélla medida cautelar o pena impuesta judicialmente (...), que es comunicada formalmente a quien afecta y con las advertencias legales derivadas para su eventual incumplimiento por parte del requerido".

Y yendo más allá, se viene exigiendo la notificación fehaciente al afectado debiendo constar la misma en las actuaciones procesales para acreditar el conocimiento por parte del acusado de la pena o medida impuesta. De este modo, premisa necesaria, para que pueda formularse un juicio de antijuridicidad de la acción es, no solo que el interesado tenga conocimiento, mediante su notificación fehaciente, de la sentencia o resolución firme en cuya virtud se le impone una pena o medida, sino también, que exista constancia en las actuaciones de que dicho destinatario conoce el tiempo y el modo en que debe cumplir tales penas o medidas. Sólo a partir de la previa comprobación de que se cumplen tales exigencias legales el quebrantamiento es posible, pues solo así puede considerarse que el interesado ha podido representarse los elementos objetivos del tipo, de modo tal que, adquirido dicho conocimiento fehaciente, la consumación de la conducta típica se produciría cuando se realice la actividad prohibida por la resolución judicial

Por tanto, concluimos que el tipo de cumple cuando el sujeto es plenamente consciente y conocedor de la prohibición impuesta y de las consecuencias de su incumplimiento. Faltando uno de dichos elementos, no puede afirmarse que nos hallemos ante un delito de quebrantamiento de condena.

V.- CONCLUSIONES

- El error de prohibición regulado en el art. 14.3 Código Penal elimina el conocimiento de la antijuridicidad por lo que solo puede afectar a la culpabilidad del individuo excluyéndola, si es invencible o atenuándola si es vencible

- El delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar previsto en el art. 468 CP exige como elemento subjetivo la conciencia y voluntad de quebrantar por lo que en los casos en que el sujeto no actúe con conciencia de antijuridicidad estaremos ante un error de prohibición.

- Dicho error no podrá ser estimado, como vencible ni como invencible, en aquellos supuestos en los que la pena o medida de alejamiento se haya notificado de forma personal y fehaciente al sujeto a quien se impone, requiriéndole de cumplimiento con el apercibimiento de las consecuencias del quebrantamiento, quedando constancia documental de ello en las actuaciones.

- Y finalmente si desde el Acuerdo de Pleno de 25 de noviembre de 2008 son esporádicas las resoluciones acogiendo el error de prohibición en supuestos del llamado "quebrantamiento consentido", lo cierto es que se cerrarán prácticamente las posibilidades de su estimación si en la notificación de la pena o medida se hace constancia expresa de la irrelevancia típica del consentimiento de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNANDEZ, M., Eficacia del error de Derecho

GROSSO DE LA HERRAN, M. , Actualización o unificación de criterios en materia de violencia de género, Encuentro de la Jurisdicción Penal, Córdoba 2012.

LESCH, HEIKO H., Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición, Revistas del Poder Judicial nº 45, Primer Trimestre, Consejo General del Poder Judicial 1997

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVARRÍA, J.L., Quebrantamiento de pena y de medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación, problemas que plantea el consentimiento de la víctima. Distintos criterios de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, Cuadernos Digitales de Formación, nº 49, Consejo General del Poder Judicial, 2008

LUZÓN PEÑA, D.M, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o de exclusión de la tipicidad penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MIR PUIG, S. La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal, Consejo General Poder Judicial, El error, El consentimiento, Madrid 1993

OLAIZOLA NOGALES, I., Error de prohibición, especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad, La Ley, octubre 2007