



VOLVER AL DOMICILIO A POR COSAS PERSONALES CUANDO TIENE UNA ORDEN DE ALEJAMIENTO, PERO EN UN MOMENTO EN QUE SABE QUE NO ESTÁ LA ESPOSA O EXPAREJA , ¿PUEDE SER UN ERROR DE TIPO O DE PROHIBICIÓN?

Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Junio 2023



El artículo 14 del Código Penal señala que:

“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud 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”.

La diferencia principal entre el error de tipo y error de prohibición, también llamados error de hecho y de derecho, radica en que, en el error de tipo, el sujeto actúa sin conocimiento de lo que realmente está pasando, excluye el dolo si es invencible; si es vencible se castiga la infracción como imprudente, pero sólo si está tipificada como tal, porque en España se sigue actualmente el sistema de *numerus clausus* respecto del delito culposo, de forma que señala el artículo 12 del Código penal que *las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.*

Un ejemplo clásico de error de tipo es cuando un cazador no experimentado dispara a una zarza que se mueve pensando que es un conejo y había una persona y la hiere. Es decir, realiza la

acción u omisión pensando que estaba haciendo otra cosa diferente y que era legal. Y si es invencible excluye el dolo.

En el error de prohibición el autor sabe lo que hace, pero piensa que es legal, ya sea porque cree que el hecho no está prohibido o porque supone estar autorizado para obrar como lo ha hecho.

El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente y se configura como el reverso de la antijuridicidad.

El error de prohibición invencible (inevitable), atendiendo a las circunstancias del caso y personales del autor, excluye la responsabilidad criminal. Si el error hubiera sido vencible (evitable), atendiendo a las circunstancias del caso y personales del autor, la infracción será castigada, pero imponiendo la pena inferior en uno o dos grados.

La apreciación del error de prohibición o de derecho no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error.

El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

A veces no es fácil su distinción, y de ahí el presente trabajo.

CASO: Por Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° 1 de Valencia de 2 de marzo de 2019 se impuso a D. Luciano la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros de Dña. María Teresa, de su domicilio o cualquier lugar en el que pudiera encontrarse, así como comunicarse con ella por cualquier medio, y hasta que se dictara resolución firme que pusiera fin a la causa.

El día 18 de marzo de 2019, hacia las 12.00 horas, D. Luciano llamó a la madre de Dña. María Teresa, la cual convivía con esta en el domicilio sito en la calle del Pez, de Valencia, para decirle que iba a ir para recoger unos efectos personales. Ese mismo día se personó en dicho domicilio en la creencia, equivocada pero subsanable, de que la prohibición de aproximación solamente se refería a la persona de Dña. María Teresa, o al domicilio de esta pero cuando ella estuviera en el interior".

El Juzgado de lo Penal consideró, a partir de dicho relato fáctico, que el acusado resultaba ser responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar (artículo 468.2 del Código Penal), aunque actuando con error vencible de prohibición (artículo 14.3, segundo inciso); y, en coherencia con ello, le condena a la pena inferior en grado respecto de la prevista en abstracto para el referido ilícito penal.

La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado, limitándose a señalar, por lo que aquí importa: "se considera demostrado que D. Luciano actuó bajo el denominado error de prohibición, pues el condenado sabe en todo momento lo que está haciendo, es consciente, pero cree que es legal, claro error de prohibición, por lo que la condena es la única coherente con la prueba practicada".

Don Luciano recurre en casación por infracción de Ley entendiendo que existió un error vencible. Pero entiende que este lo sería de

tipo y no de prohibición, de tal modo que, no existiendo modalidad imprudente para el delito de quebrantamiento cautelar, el acusado debió ser absuelto.

Según los hechos probados, al acusado se le impuso la medida cautelar consistente en la prohibición de aproximarse a menos de 300 m. a la víctima, a su domicilio o cualquier otro lugar en que pudiera encontrarse y de comunicar con ella. Estando vigente la medida cautelar, tras llamar a la madre de la víctima para decirle que iba a ir a recoger unos efectos personales se personó en dicho domicilio “en la creencia equivocada pero subsanable, de que la prohibición de aproximación solamente se refería ... al domicilio de [la víctima] pero cuando ella estuviera en el interior”.

El juzgado de lo Penal en aplicación del artículo 14.3 del Código Penal le condenó a una pena de 4 meses y 15 días de prisión. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y contra esta resolución el condenado interpuso recurso de casación por infracción de ley, aduciendo que debería haberse aplicado el artículo 14.1 segundo inciso y no el artículo 14.3 del Código Penal.

La **STS 391/2023, de 24 de mayo, recurso casación núm.: 3483/2021**, Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, recuerda que la distinción categorial entre los conocidos como error de tipo y error de prohibición, aparentemente nítida y asentada sobre sólidas fronteras conceptuales, es materia que ha dado, como pocas, justificación a una muy abundante literatura científica. No extraña si se tiene en cuenta que en ella se proyectan buena parte de los conceptos dogmáticos que nutren la llamada parte general del derecho penal (la culpabilidad, el dolo y su contenido, el alcance de los elementos normativos del tipo penal, etc.). No existe, conviene ya empezar reconociéndolo, un consenso doctrinal estable y asentado sobre los contenidos y perfiles precisos de una y otra clase de error, lo que, sin duda, evidencia la

dificultad conceptual, y en consecuencia también de su aplicación práctica, para diferenciar con precisión quirúrgica entre uno y otro concepto.

El relato de hechos probados en este caso proclama, no que el acusado desconociera el reproche penal que merece la inobservancia de las medidas cautelares judicialmente acordadas, sino que el **conocimiento venciblemente erróneo que padecía recaía sobre el alcance de las conductas concretamente prohibidas** (sobre si lo que efectivamente realizaba constituía la inobservancia de una medida cautelar).

Creía que la imposibilidad de acudir al domicilio se concretaba, lo mismo que la determinada en general con relación a otros lugares, a aquellos momentos en los cuales María Teresa pudiera encontrarse en él. Por eso, se explica en la sentencia impugnada, telefoneó primero a la madre de María Teresa para cerciorarse de que ella no estaría, acudiendo después a la vivienda, en la que, al parecer, incluso se entretuvo en reparar una persiana a requerimiento de la madre de María Teresa.

Así las cosas, el acusado no desconocía, en términos generales o abstractos, la ilicitud de infringir una medida cautelar (error de prohibición). Era sabedor del reproche penal asociado a la inobservancia de lo ordenado cautelarmente, **recayendo su conocimiento equivocado sobre un elemento concreto integrante de la prohibición, "constitutivo de la infracción penal" (error de tipo).**

La STS número 944/2022, de 12 de diciembre, viene a compilar la posición del Alto Tribunal acerca del error de prohibición.

Dice así: *Sobre el error de prohibición tiene establecido esta Sala STS nº 670/2015, de 30 de octubre que, al afectar a la conciencia*

de la antijuridicidad, ha de entenderse como un elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de 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 C. 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 (SSTs 1141/1997, de 14-11 ; 865/2005, de 24-6 ; 181/2007, de 7-3 ; 753/2007, de 2-10 ; 353/2013, de 19 de abril ; y 816/2014, de 24-11).

El Tribunal Supremo tiene dicho también que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza.

En el caso, el acusado, con independencia de que conociese o no la norma en concreto que sancionaba el delito de quebrantamiento de medida cautelar, y aún al margen de que estuviera o no impuesto, al menos, de que se trataba de un precepto de naturaleza penal, no desconocía que la inobservancia de lo judicialmente acordado resultaba prohibida y sancionable. **Lo**

que el acusado percibió erróneamente, conforme se proclama en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, fue el alcance concreto de dicha prohibición.

No ignoraba lo sancionable de no observar la prohibición, sino que la conducta por él protagonizada se opusiera a lo concretamente ordenado. Creía, como consecuencia de un error vencible, tal y como deja sentado el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, "que la prohibición de aproximación solamente se refería a la persona de Dña. María Teresa, o al domicilio de esta pero cuando ella estuviera en el interior".

Y es que, si bien se mira, cualquiera que sea la clase de error padecido, --ya de tipo, ya de prohibición--, y la intensidad del mismo, --sea vencible o invencible--, el sujeto afectado por él actúa, en último término, en la creencia errónea de que su conducta no se opone al ordenamiento jurídico (penal). Algún sector de la doctrina, por esto, define el error de tipo como un " error de prohibición razonable", en la medida en que quien lo padece considera "razonablemente" que su conducta es conforme a Derecho.

En suma, en un caso, -- error de prohibición--, impuesto de todos los elementos, descriptivos y normativos que conforman el tipo, juzga equivocadamente que dicha conducta (en abstracto) resulta autorizada (no prohibida) por el Derecho. En cambio, en el segundo, -- error de tipo--, su equivocación recae sobre alguno de los elementos que conforman la prohibición normativa, sobre lo que, también desde algún sector de la doctrina, se ha denominado como "el sentido material auténtico" del tipo (yerra sobre la ajenidad del abrigo, sobre la edad de la víctima, sobre el alcance concreto de las conductas que le han sido en particular prohibidas), considerando así, equivocadamente, que la conducta concreta que protagoniza no resulte merecedora de reproche alguno.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y entiende que el acusado incurrió en un error de tipo vencible y que, al carecer el delito de quebrantamiento de una modalidad imprudente, procede su absolución.

Como consecuencia de la anterior sentencia, la Excma. Sra. Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer del Tribunal Supremo, el 22 de junio de 2023, dirige comunicación a los Señores Fiscales delegados Provinciales y de Área, indicándoles que en aras a evitar espacios de desprotección a las víctimas de violencia sobre la mujer y estrategias de impunidad que hagan inefectiva la protección dispensada por los órganos judiciales al amparo de los arts. 544 bis y 544 ter de la LECrim y 48 y 57 del Código Penal, **los/as Sres./as Fiscales, en sus informes, dictámenes y escritos de acusación en los que vayan a interesar la imposición de las medidas cautelares o penas de prohibición contenidas en los preceptos referidos, cuiden de especificar con claridad que la prohibiciones de acudir a determinados lugares o de acercarse al domicilio de la víctima o sus familiares, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por dichas personas, deberán respetarse aun cuando las víctimas y demás personas protegidas no se hallen en dichos lugares.**

Así mismo, la comunicación de la Fiscal de Sala señala ordena a los Señores Fiscales que velen porque esta especificación conste en la resolución judicial por la que se imponga la medida cautelar o pena, interesando, en otro caso, la aclaración de conformidad con el art. 161 de la LECrim.

Finalizo esta aportación amigo lector, esperando haya sido de su interés. Un saludo.