



Roj: **STS 398/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:398**

Id Cendoj: **28079120012019100123**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **2196/2017**

Nº de Resolución: **748/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 3574/2017,**
STS 398/2019

RECURSO CASACION núm.: 2196/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 748/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 14 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2196/2017 por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante fecha 22 de junio de 2017 (Sección 1^a - Rollo apelación Abreviado Violencia de Género num. 000536/17- Rápido) que estimó los recursos interpuestos y absolvió a D. Basilio del delito de quebrantamiento de medida cautelar. Ha sido parte recurrida D. Basilio , representado por la procuradora D.^a Ana Villa Ruano bajo la dirección letrada de Dña. M.^a Piedad García Navarro.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num.1 de Ibi, incoó Diligencias Urgentes con el núm. 677/16 contra D. Basilio y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal num. 6 de Alicante (Juicio Rápido num. 668/16) que con fecha 11 de enero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** "ÚNICO.- Examinada y valorada conjuntamente la prueba practicada en el acto del juicio oral se declara probado que:



Mediante auto de fecha 4 de julio de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ibi en el seno de las Diligencias Urgentes nº 399/2016, se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación de Basilio (mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 29 de septiembre de 2014, por un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar a la pena de 9 meses de prisión, pena que fue suspendida por plazo de 2 años y sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, habiéndose notificado la suspensión a Basilio el día 20 de enero de 2006) a Aurora, a su domicilio, lugar de trabajo u otros frecuentados por ella a menos de 300 metros y de comunicación con la misma por cualquier medio directo o indirecto. La resolución fue debidamente notificada a Basilio, requiriéndole para el cumplimiento de las prohibiciones expuestas en fecha 4 de julio de 2016.

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante, en el seno del procedimiento de Juicio Oral nº 390/2016, dictó sentencia por el que se condenó a Basilio por el que fue acusado en el procedimiento de Diligencias Urgentes. Si bien esta sentencia fue recurrida por la asistencia letrada de Basilio, ésta acordó mantener la vigencia de las prohibiciones impuestas a Basilio por medio del auto de 4 de julio de 2016.

El día 18 de noviembre de 2016, sobre las 19:20 horas, Basilio, con aptitud para conocer que las prohibiciones impuestas por el auto de 4 de julio de 2016 seguían vigentes, fue hallado en el interior del domicilio de Aurora sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Castalla".

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO: Debo condenar y condeno a Basilio como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal, concurriendo error vencible sobre la ilicitud del hecho, a la pena de 45 días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con expresa imposición de costas al condenado, pena que deberá sustituirse conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 del Código Penal.

Notifíquese a las partes, y al Ministerio Fiscal, advirtiéndoles que esta resolución no es firme y contra ella cabe recurso de APELACIÓN que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS y del que conocerá la Audiencia Provincial de Alicante.

Participése al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos".

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal y la representación de D. Basilio se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Primera, Rollo de apelación Abreviado Violencia de Género núm. 536/17 -rápido-) sentencia con fecha 22 de junio del 2017, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Basilio y el MINISTERIO FISCAL (MJ Peral) contra la Sentencia de fecha 11/01/2016, dictada por el JUZGADO DE LO PENAL Nº: 16 DE- ALICANTE en el Juicio Oral -000668/2016, debemos revocar la referida Sentencia y, en consecuencia, absolver a Basilio del delito de quebrantamiento de medida cautelar, con todos los pronunciamientos favorables, así como acordar el levantamiento de las medidas cautelares que hubieran podido acordarse durante la tramitación de la causa, declarando de oficio las costas de esta apelación".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACION:**

UNICO.- Por infracción de ley, al amparo de los artículos 847. 1 b) (redactado conforme a la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales) y 849.1º de la LECRIM, por inaplicación indebida del 468.2 y 14.3 del Código Penal.

SEXTO.- Instruida la parte recurrida, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 24 de mayo de 2018. Habiéndose cumplido todos los plazos legales, excepto el de dictar sentencia por indisposición temporal de la ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal recurre contra la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de junio de 2017, que estimando los recursos de apelación interpuestos contra la que había



sido dictada el 11 de enero de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Alicante, absolvió a D. Basilio del delito del artículo 468.2 CP por el que había sido condenado.

Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia "sucintamente motivada" acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar que debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)."

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, en relación a los aspectos que han suscitado interés casacional.

SEGUNDO: Plantea el Ministerio Fiscal un único motivo que invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar indebida aplicación de los artículos 468 y 14.3 del CP. Cifra el recurrente el interés casacional que da sustento al recurso, en el apartamiento por parte de sentencia recurrida de la jurisprudencia de esta Sala, lo que proyecta en un triple aspecto: a) la no exclusión de punibilidad el delito de quebrantamiento de condena por el consentimiento de la persona que se pretendía proteger: la infracción del artículo 468.2 del Código Penal; b) sobre el error en el delito de quebrantamiento de condena: la infracción del artículo 14 del Código Penal; y c) las consecuencias penológicas del error de prohibición vencible: la infracción del art. 14.3 del Código Penal.

1. El Juzgado de lo Penal nº 6 de los de Alicante dictó sentencia el 11 de enero de 2016 que condenó a Basilio como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo



468.2 del Código Penal , concurriendo error vencible sobre la ilicitud del hecho, degradando en dos grados la pena prevista para el mismo.

Los Hechos Probados de la resolución del Juzgado de lo Penal y admitidos expresamente por la sentencia de apelación recogen literalmente:

"Mediante auto de fecha 4 de julio de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Ibi en el seno de las Diligencias Urgentes nº 399/2016 , se acordó la medida cautelar de prohibición de aproximación de Basilio (mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 29 de septiembre de 2014 , por un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar a la pena de 9 meses de prisión, pena que fue suspendida por plazo de 2 años y sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, habiéndose notificado la suspensión a Basilio el día 20 de enero de 2006) a Aurora , a su domicilio, lugar de trabajo u otros frecuentados por ella a menos de 300 metros y de comunicación con la misma por cualquier medio directo o indirecto. La resolución fue debidamente notificada a Basilio , requiriéndole para el cumplimiento de las prohibiciones expuestas en fecha 4 de julio de 2016.

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante, en el seno del procedimiento de Juicio Oral nº 390/2016, dictó sentencia por el que se condenó a Basilio por el que fue acusado en el procedimiento de Diligencias Urgentes. Si bien esta sentencia fue recurrida por la asistencia letrada de Basilio , ésta acordó mantener la vigencia de las prohibiciones impuestas a Basilio por medio del auto de 4 de julio de 2016 .

El día 18 de noviembre de 2016, sobre las 19:20 horas, Basilio , con aptitud para conocer que las prohibiciones impuestas por el auto de 4 de julio de 2016 seguían vigentes, fue hallado en el interior del domicilio de Aurora sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Castalla".

Recurrida esta resolución en apelación tanto el Ministerio Fiscal (que entendió no estar acreditada la existencia del error) como por el acusado, la Audiencia consideró ajustada a derecho la apreciación del citado error vencible, si bien no la consecuencia jurídica que al mismo se atribuyó. Según el criterio que expresó la Sala de apelación, el error de prohibición excluye el dolo, y en la medida que el artículo 468.2 CP prevé exclusivamente la conducta de naturaleza dolosa, la absolución devenía en obligatoria. En definitiva solventó la cuestión como si de error de tipo se tratara.

En contra de la tesis de la Audiencia, considera el Fiscal que los hechos declarados probados, que son coincidentes en ambas sentencias y que no se cuestionan, constituyen un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2 del Código Penal por el que debe ser condenado el acusado.

El motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM sobre el que se ancla el recurso, sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia a partir del *factum* de su sentencia, que ahora nos vincula. Y cierto es que la secuencia histórica que en este caso declararon como probada tanto el Tribunal de instancia como el de apelación, no contiene mención alguna en la que ensamblar el error apreciado. No deja de ser un defecto de factura, ya que en el relato de hechos probados deben tener reflejo todos los hitos fácticos a los que se anuden consecuencias jurídicas. Sin embargo, cuando se trata del sustento de pronunciamientos que operen en beneficio del reo, esta Sala ha admitido que aquel se integre con las afirmaciones contenidas en la fundamentación jurídica, que en muchos casos incorporan aspectos de índole factual (entre otras STS 220/2018 de 9 de mayo).

Desde esa perspectiva adquieren relevancia como integradoras del fallo, las afirmaciones contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que en su fundamento derecho primero afirmó "... es verdad que la diligencia de ordenación del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante pone de manifiesto que la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Alicante tuvo que ser notificado a través de la representación procesal del acusado, sin que conste la comprensión del mantenimiento de las prohibiciones impuestas en el auto de 4 de julio de 2016 , también lo es que el acusado acudió en compañía de Aurora a los Juzgados de Ibi para solicitar la retirada de las citadas prohibiciones y que allí le dijeron que tenían que presentar un escrito solicitando que retiraran la medida.

... se considera probado, por la declaración de los directos implicados, que el acusado creía erróneamente que con su conducta no incumplía la medida cautelar de referencia, puesto que la abogada del acusado había interesado su cese y su ex pareja quería reanudar la relación con él. A ello debemos añadir que no consta en las actuaciones el requerimiento efectuado con apercibimiento de incurrir, en caso de incumplimiento de la medida, en delito de quebrantamiento, respecto de la sentencia penal que mantenía las prohibiciones del auto de 4 de julio de 2016 ".

2. Arguyó en primer lugar el recurrente que la sentencia recurrida contraviene la doctrina de esta Sala que niega virtualidad al consentimiento de la víctima para excluir la punibilidad en el caso de quebrantamientos del artículo 468.2 CP .



En efecto El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de enero de 2008, acordó que: "...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del Código penal", tesis ha sido acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero ; 172/2009 de 24 de febrero ; 61/2010 de 28 de enero ; 95/2010 de 12 de febrero 268/2010 de 26 de febrero ; 1065/2010 de 26 de noviembre ; 126/2011 de 31 de enero; 1010/2012 de 21 de diciembre , STS 539/2014, de 2 de julio ; o 803/2015 de 9 de diciembre).El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el error apreciado no contraviene la doctrina expuesta porque no tiene como base exclusiva el consentimiento de la mujer respecto de la cual se había acordado el alejamiento, sino otras circunstancias como la información obtenida del Juzgado respecto a la manera en que podría conseguirse el cese de la medida, o la creencia de que, con arreglo a la información recibida, la letrada había solicitado ya el fin de la misma. Y como dijo la STS 61/2010 , la idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo de 25 de enero de 2008. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Precisamente las que la sentencia combatida apreció y tomó en consideración para basar su decisión respecto al error vencible que estimó, lo que enlaza con el segundo bloque de argumentos esgrimidos en el recurso.

3. Entiende el Fiscal que la sentencia recurrida contraviene la doctrina de esta Sala respecto a la eficacia del error en relación al delito del artículo 468.2 CP .

3.1 Arguye el recurrente que aunque alguna resolución ha admitido el error en estos casos, siempre ha sido en circunstancias muy específicas, como las tenidas en cuenta en el Auto del TS 1744/2012, de 2 de noviembre de 2012 (rec. 984/2012), que se refiere al caso en el que se había impuesto el alejamiento en dos autos distintos y la causa en la que había recaído uno de ellos se había archivado. Sin embargo la mayor parte de la jurisprudencia excluye el error de prohibición. E invoca en apoyo de su tesis la sentencia STS 539/2014 de 2 de julio , el ATS 251/2011 de 24 de marzo (rec. 1283/2010) y STS 319/2010 de 3 de marzo de 2010 .

La sentencia 539/2014 de 2 de julio , citada por el Fiscal, en la que nos vamos a centrar ya que analiza los efectos del error en relación al tipo penal que ahora nos ocupa, tras rechazar la virtualidad del consentimiento de la víctima para excluir la punibilidad del artículo 468.2 afirma : " 2) *Cuestión distinta es el examen de si ese consentimiento pudo generar en Gerardo un error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (art. 14.1 y 3).*

Con carácter previo debemos recordar que en el art. 14 se describe en los dos primeros números, el error de tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos, descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (nº 1) y a su vez vencible o invencible, o sobre las circunstancias del tipo que lo cualifiquen o agraven (nº 2); y en el nº 3º el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y el error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto), SSTS. 258/2006 de 8.3 , 737/2007 de 13.9 , y 896/2008 de 29.10 , que recuerda que el error en derecho penal viene a ser la foto en "negativo" del dolo. Si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía. Por ello, el error puede afectar bien al conocimiento o bien al consentimiento y ello da lugar a dos tipos de error: error de tipo y error de prohibición. El primero es un error sobre la tipicidad y por tanto sobre la antijuricidad, el sujeto concernido ignora que la acción que ejecuta está prohibida por la Ley. El segundo es un error sobre la culpabilidad o capacidad de reproche. El sujeto concernido ignora que está ejecutando la acción antijurídica (SSTS. 696/2008 de 29 de octubre , 258/2006 de 8 de marzo).

En el caso presente no puede hablarse de error de tipo excluyendo del dolo. El acusado no cuestiona la vigencia de la orden de alejamiento, fue requerido para su cumplimiento el 19 de julio de 2010.

Consecuentemente, el acusado sabía que pesaba sobre él una orden de alejamiento que le impedía comunicarse o aproximarse a su mujer, siendo notorio que las resoluciones judiciales solo pueden ser modificadas o suprimidas por los jueces y tribunales que las han dictado y no por las personas afectadas por las mismas, no siendo elemento determinante para ello el intento de arreglar su matrimonio o los encuentros esporádicos con su cónyuge.

En estas condiciones, aceptar el error de tipo supondría reconocer la posibilidad de una equivocación por parte del autor acerca de la capacidad de cualquier víctima para decidir sobre la vigencia de mandatos judiciales y



forma parte de la experiencia comúnmente aceptada que el otorgamiento de esas medidas cautelares, así como las decisiones ulteriores sobre su mantenimiento o derogación, solo incumben al órgano jurisdiccional que la haya dictado (STS. 61/2010 de 28 de enero).

No puede admitirse tampoco error de prohibición basándose en que no hubo oposición por parte de la mujer a que se aproximara a ella contra lo ordenado por el Juez. No puede ser admitido tal error ante una prohibición tan elementalmente comprensible como lo es la de contravenir una orden expresa del Juez relativa a su obligación de no aproximarse a la mujer maltratada (STS. 519/2004 de 28 de abril).

El acusado tuvo noticia de la sentencia y de su firmeza -dice la STS. 172/2009 de 24.2, pues le fue notificada. No puede alegarse error alguno respecto del conocimiento de la obligatoriedad de cumplir lo resuelto por el Juez por encima de los deseos de las partes, pues se trata de un aspecto de general conocimiento. De otro lado, no consta que el recurrente fuera informado de ninguna decisión del Juez que pudiera implicar una suspensión de la pena que le prohibía el acercamiento. Y finalmente, es asimismo claro que el recurrente tuvo a su alcance asesorarse a través de su letrado de sus posibilidades legales de actuación en vista de la condena impuesta, y de las consecuencias que podrían derivarse si incumplía lo acordado, tal como señala la sentencia recurrida, destacando como el recurrente, además de haber sido condenado como autor de un delito de quebrantamiento de condena, por vulnerar la pena de prohibición de aproximación impuesta al mismo y aun cuando la sentencia se dictó con posterioridad a los hechos enjuiciados, la realización de los hechos fue anterior, fue sometido a dos juicios por presuntos delitos de quebrantamiento que concluyeron con sentencias absolutorias de fechas 15 de noviembre de 2012 y 19 de noviembre de 2012, por hechos denunciados en agosto de 2011 y en enero 2012, es decir con anterioridad a la reanudación de la convivencia, por lo que el acusado que fue asistido por Letrado en el caso de cada una de las causas, disponía de elementos de información suficientes sobre el alcance de las decisiones que le fueron notificadas".

3.2 Entendido el error como desconocimiento o equivocación sobre una realidad, distinguimos entre el error de tipo y el de prohibición. El primero supone la falta de conocimiento o conocimiento equivocado sobre los elementos del tipo, e implica desconocimiento del sujeto de que en su hecho concurre un elemento que aparece como constitutivo del tipo penal. Sus efectos inmediatos son la exclusión del dolo, que requiere el conocimiento de la concurrencia de todos los elementos fundadores de la prohibición, si fuera invencible también de la imprudencia. A tal fin el artículo 14 en su apartado primero dispone "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", debe entenderse, siempre que sea punible la modalidad culposa del delito de que se trate. Si el error recae sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante,"impedirá su apreciación" (artículo 14.2 CP).

Por su parte el error de prohibición consiste en el conocimiento equivocado acerca de la ilicitud de la conducta que no excluye el dolo, sino la exigencia de conocimiento de la significación antijurídica de la misma. Afecta a la conciencia de la ilicitud y con ella a la culpabilidad. Respecto a él establece el artículo 14.3 "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".

Sobre el error de prohibición tiene dicho esta Sala 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 de noviembre ; 601/2005 de 10 de mayo ; 865/2005, de 24 de junio ; 181/2007, de 7 de marzo ; 753/2007, de 2 de octubre ; 353/2013, de 19 de abril ; 816/2014, de 24 de noviembre ; 670/2015, de 30 de octubre o 813/2016 de 28 de octubre).

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. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer



la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3 (SSTS 1301/1998, de 28 de octubre ; 86/2005, de 21 de julio ; 411/2006 de 18 de abril , 429/2012, de 21 de mayo o 670/2015 de 30 de octubre).

La apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30 de mayo). 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 partirse 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 (STS 1238/2009, de 11 de diciembre ; 338/2015, de 2 de junio o 813/2016 de 28 de octubre).

3.3 En nuestro caso la sentencia recurrida no centró la base del error que apreció en el consentimiento de la mujer orientado a que la medida de alejamiento quedara sin efecto. Sino que, además de constatado éste, tomo en consideración que ambos dos, el acusado y ella, acudieron al Juzgado a fin de obtener conocimiento sobre la manera en que conseguir el cese de la medida, y que actuaron en la creencia añadida con arreglo a la información recibida, de que la letrada había solicitado ya dicho cese, por lo que su decisión estuvo vinculada a las concretas circunstancias del caso. Error que calificó como error vencible de prohibición, ratificando de esta manera el criterio al respecto de la sentencia de instancia, que también valoró ciertos déficits en la notificación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 2 de Alicante en el procedimiento de Juicio Oral 390/2016, que introducían ciertas dudas respecto al mantenimiento tras ésta del contenido de las prohibiciones que habían sido acordadas, inicialmente impuestas por el auto de 4 de julio de 2016 . En esta medida no puede entenderse que la apreciación del error se encuentre en oposición a la doctrina de esta Sala, ampliamente condensada en la sentencia citada en el recurso y que acabamos de transcribir, en cuanto basado, en el cúmulo de circunstancias concurrentes.

3.4 Lo que resulta desajustada es la consideración que tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial otorgaron al error, como de prohibición. No puede entenderse tal en cuanto que el acusado no ignoró en ningún momento que contravenir lo judicialmente acordado respecto a la medida que le impedía acercarse a su compañera era ilícito. El error, en los términos que aparece descrito en la sentencia recurrida, se proyectó directamente sobre la vigencia de la orden de alejamiento, es decir, sobre un elemento tipo. Un elemento de carácter normativo y no meramente descriptivo, consideración que no transmuta la categoría del error que sobre él recae como error de tipo excluyente del dolo. Aunque la distinción no es fácil cuando se trata de error sobre elementos normativos del tipo que determinan la antijuridicidad, y existen varias posiciones doctrinales, la mayoritaria sostiene que los errores sobre los elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, siempre son elementos del tipo y así deben ser tratados (entre otras STS 438/2018 de 3 de octubre)

Y en lo que tiene razón el Fiscal, tal y como plantea en el apartado último de su recurso, es que la Sala de apelación aplicó mal las consecuencias al error que apreció como error vencible de prohibición, al que, en embargo, dispensó el régimen previsto para el error de tipo, categoría en la que debe encuadrarse, según lo dicho, el que en este caso se apreció. Y así, aunque por camino equivocado, llegó al resultado idóneo, toda vez que el delito del artículo 468.2 CP no tiene prevista modalidad imprudente, el efecto sobre el caso concreto ha de ser la absolución, que por ello va a ser confirmada.

4. Por último, respecto a la entidad e intensidad de las circunstancias apreciadas para hacer pivotar sobre ellas el error vencible apreciado, nos está vedada su revisión en Casación.

Las posibilidades de revisión en casación de sentencias absolutorias, o las que impliquen una agravación para la persona condenada, dada las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos. Especialmente porque de manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. Audiencia que como garantía del derecho de defensa, se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando, a partir del mismo relato de hechos, solo se cuestione el juicio de inferencia respecto a los elementos subjetivos, salvo la revisión respecto a estos basada en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia. Es decir, cuando la revisión se concreta en la corrección de errores de subsunción jurídica, a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, supuestos en los que bastará la intervención de la defensa técnica. Por todas nos remitimos a la STC, 88/2013 o a la más reciente STC 125/2017 de 13 de noviembre .



De manera constante hemos afirmado que los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutoria a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido STS 1014/2013 de 12 de diciembre ; 122/2014 de 24 de febrero ; 237/2014 de 25 de marzo ; 309/2014 de 15 de abril ó 882/2014 de 19 de diciembre , STS 125/2015 de 21 de mayo , o 22/2018 de 17 de enero , entre otras).

Ahora bien, en los que en concreto afecta a los elementos subjetivos, el criterio de esta Sala se ha ido modulando. Tales elementos pertenecen a lo íntimo del sujeto que realiza el hecho, por lo que su acreditación ha de resultar de la deducción de unos indicios declarados probados. Los juicios de valor sobre intenciones y elementos subjetivos del delito, que pertenecen a esa esfera interna del sujeto, salvo el limitado valor de la confesión del acusado al respecto, solo pueden ser perceptibles mediante juicio deductivo a partir de datos objetivos y materiales probados.

Si bien tradicionalmente se entendió que la consignación de esas inferencias judiciales incumbían a la fundamentación jurídica, se ha ido consolidando la idea de que las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia con arreglo a las cuales emerge la inferencia que determina la existencia de un determinado elemento subjetivo del injusto, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el artículo 849.1 LECRIM ; pues la vulneración no tendría causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado (entre otras la SSTS 1022/2013 de 11 de diciembre ; 691/2015, de 3 de noviembre o 22/2018 de 17 de enero .

Cuando la sentencia es absolutoria la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo (en este caso su exclusión) u otro elemento subjetivo del tipo, exige en todo caso la previa audiencia por el órgano revisor del acusado absuelto. Y ello porque esa conclusión no es una cuestión meramente jurídica (por todas STS 576/2018 de 21 de noviembre).

TERCERO: La desestimación del recurso del Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 921 LECRIM conlleva la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante fecha 22 de junio de 2017 (Sección 1ª -Rollo apelación Abreviado Violencia de Género num. 000536/17- Rápido).

Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia