



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

TÍTULO:

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA FRACTURA EXTERIOR E
INTERIOR EN EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS**

AUTOR:

ALONSO FERNÁNDEZ LÓPEZ

TUTOR ACADÉMICO:

DR. D^a. MAR CARRASCO ANDRINO

RESUMEN: Los delitos de robo, encuadrados dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Código Penal, tienen como finalidad la protección de la propiedad de las personas. Concretamente, el robo con fuerza en las cosas, *ex art. 237 y 238 CP*, contempla diversos elementos comisivos para su realización, siendo objeto de análisis en este trabajo los elementos de la fractura exterior y la fractura interior, debido a sus problemas interpretativos y las divergencias en cuanto a su aplicación por parte de nuestros tribunales. Es por ello que el contenido versará principalmente sobre el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en menor medida, en el de las Audiencias Provinciales, respecto a estos dos elementos típicos del delito en cuestión, analizando los diversos criterios interpretativos utilizados para cada uno de los problemas que han surgido en relación a su aplicación; dejando de lado lo que sería un estudio genérico del delito para concentrarse en tales dificultades prácticas.

ABSTRACT: The crimes of robbery, included in the crimes against property and the socio-economic order of the Criminal Code, are aimed at protecting the property of individuals. Specifically, theft with force against property, *ex art. 237 and 238*, contemplates various elements of commission for its execution, with the elements of external and internal fracture being the object of analysis in this work, due to their interpretative problems and the divergences in terms of their application by our courts. For this reason, the content will mainly deal with the study of the jurisprudence of the Supreme Court and, to a lesser extent, that of the Provincial Courts, with regard to these two typical elements of the crime in question, analyzing the different interpretative criteria used for each of the problems that have arisen in relation to their application; leaving aside what would be a generic study of the crime to concentrate on such practical difficulties.

PALABRAS CLAVE: *Delito de robo con fuerza en las cosas, Fractura exterior, Fractura interior, Concepto normativo de fuerza, Destreza intelectual, Apoderamiento de cosa mueble, Consumación anticipada, Fuerza física, Daños físicos.*

KEYWORDS: *Crime of theft with force in things, External fracture, Internal fracture, Legal concept of physical strength, Intellectual prowess, Seizure of property, Anticipated consummation, Physical strength, Physical damages.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. TEMA DEL TRABAJO	5
1.2. JUSTIFICACIÓN	6
2. OBJETIVOS	6
3. METODOLOGÍA	7
4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA FRACTURA EXTERNA E INTERNA EN EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (art. 238.2º y 3º CP)	8
4.1. CONCEPTO NORMATIVO DE FUERZA Y SUS NECESARIAS PRECISIONES DELIMITADORAS	8
I. <i>Fuerza para acceder o abandonar el lugar donde las cosas se encuentran</i>	9
II. <i>Concepto legal y gramatical del término “fuerza”</i>	10
III. <i>La distinción entre el delito de hurto y robo, y sistema numerus clausus del art. 238 CP</i>	11
IV. <i>Criterio jurisprudencial de “superación de las barreras de protección de la cosa”</i>	13
4.2. LA FRACTURA EXTERIOR	15
a) Concepto	15
b) Principales problemas interpretativos	16
I. <i>Habilidad o destreza manual</i>	16
II. <i>Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos</i>	20

III. <i>Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.2° CP</i>	24
IV. <i>Inclusión de los bienes muebles en la fractura exterior</i>	27
4.3. LA FRACTURA INTERIOR	28
a) Concepto	28
b) Principales problemas interpretativos	29
I- <i>Habilidad o destreza manual</i>	30
II. <i>Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos</i>	31
III. <i>Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.3° CP; y fuerza pero sin la relación de “fractura sobre el objeto continente”</i>	33
IV. <i>Consumación de la fractura interior (último inciso art. 238.3° CP)</i>	36
5. CONCLUSIONES	40
6. BIBLIOGRAFÍA	43
7. ANEXO DE JURISPRUDENCIA	44

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art: Artículo

CP: Código Penal

STS¹: Sentencia del Tribunal Supremo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial

CE: Constitución Española

LO: Ley Orgánica

Nº: Número

¹ Todas las sentencias del TS que se citen y analicen en este trabajo se refieren a las dictadas por la Sala Segunda de lo Penal de dicho órgano.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. TEMA DEL TRABAJO

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del delito de robo con fuerza en las cosas², situado en el Libro II, Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”³ del Código Penal, aprobado por la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre (habiendo sido especialmente relevante en esta materia la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo).

En específico, se procederá al análisis del concepto de fuerza normativa y sus precisiones jurídicas, así como al estudio de dos de las cinco circunstancias enunciadas en el art. 238 CP, cuales son “*el rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana*”, circunstancia nº2 de dicho artículo (conocida doctrinalmente como fractura exterior o inmobiliaria⁴); y “*la fractura de armarios, arcas, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo*”, circunstancia nº3 (fractura interior o mobiliaria).

² El delito de robo con fuerza en las cosas es una de las dos modalidades de robo existentes en derecho español, existiendo además el robo con violencia o intimidación. El art.237 del CP expone lo siguiente: “*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren*”. Si de unos hechos se desprende la comisión de ambas conductas típicas, la calificación de robo con violencia o intimidación prevalecerá sobre el robo con fuerza en las cosas, en tanto que aquel es un delito que además de proteger la propiedad de las personas, protege la integridad física o la libertad, respectivamente.

³ Título que acoge una amalgama de delitos que protegen diversos bienes jurídicos. Cfr., AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A.L., “*Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”, (2ª Edición), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 15-16; señalando que tal rúbrica ha resultado infructuosa por la vaguedad e imprecisión de sus términos, lo que por ejemplo se puede apreciar respecto a los delitos de hurto y robo, los cuales tutelan el bien jurídico “propiedad” y que por tanto el concepto “patrimonio” es impreciso en tanto que es más abstracto y abarca una amplitud de relaciones jurídico-económicas de los sujetos, mientras que el concepto propiedad, usado tradicionalmente en las versiones anteriores del CP, es más preciso en cuanto a estos delitos por cuanto protege relaciones específicas dominicales con cosas determinadas. Por lo que a la vista de estos autores, la rúbrica no es la más adecuada.

Cfr., en contra, QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), y MORALES PRATS, F (Coord.), “*Comentarios al Código Penal*”, Tomo II, (7ª edición), Aranzadi, Navarra, 2016, p.30; argumentando que la amplitud de la rúbrica se encuentra justificada, pero centrándose su argumentación en el aspecto individual o colectivo de los bienes jurídicos en tanto que, si bien existen delitos que protegen bienes jurídicos tanto individuales como colectivos, existen otros tantos “mixtos”, y en consecuencia la citada amplitud de la rúbrica es considerada adecuada por el autor.

⁴ Si bien se ha de matizar que no solo puede darse en bienes inmuebles, sino que también es posible que se produzca sobre automóviles, trenes, aviones, etc... que técnicamente, según el CC *ex* art.335, se consideran bienes muebles, pero que doctrinalmente se han incluido en este tipo de fractura; no sin alguna opinión diversa que aboga por incluirlos en el supuesto de fractura interior. Véase a este respecto el último apartado de la *fractura exterior*.

1.2. JUSTIFICACIÓN

La realización de este trabajo obedece a diversas cuestiones. Entre ellas se encuentra el interés que me suscitó el Derecho Penal en su momento, y en concreto, la parte especial de esta rama; hecho este que me motivó e impulsó a realizar el Trabajo de Fin de Grado sobre el estudio de un delito en cuestión. Respecto a la concreta elección, los delitos patrimoniales son unos delitos que a mi modo de ver resultan especialmente trascendentales a la hora de organizar la sociedad y mantener una convivencia pacífica y segura, por ello se mostraron como una posible opción desde el principio, además de que son delitos de tipo económico y partía de la idea de tratar en este trabajo alguno de ellos. Tras un período de reflexión, y con la orientación y ayuda de mi tutora, me decanté por el delito de robo con fuerza en las cosas, en concreto sobre un estudio jurisprudencial de la fractura externa e interna y ello en base a los siguientes motivos. Este delito, pese a formar parte de un ámbito clásico y poco cambiante del Derecho Penal, resulta de una importancia absoluta en la actualidad, manteniéndose junto a los delitos de hurto y robo con violencia o intimidación, como los delitos patrimoniales más cometidos en nuestra sociedad; y como los segundos delitos más cometidos en general, solo por detrás de los delitos contra la seguridad vial⁵. Por otro lado, en tanto que el trabajo debía de ser un análisis jurisprudencial sobre algún aspecto controvertido en la práctica, resultaba esencial elegir un delito que hubiera sido objeto de tratamiento abundante por parte de nuestros tribunales, constatando que en concreto la fractura externa e interna había dado lugar a numerosos problemas. Además, pese a que el delito de robo con fuerza ha sido ampliamente analizado en tratados y artículos doctrinales, no he podido encontrar una sistematización extensa y meticulosa sobre la aplicación e interpretación concreta de estas dos modalidades de fuerza por parte de nuestros tribunales, por lo que su elaboración resulta interesante en términos científico-jurídicos.

2. OBJETIVOS

La finalidad del trabajo es principalmente hallar los problemas concretos a los que ha dado lugar el artículo 238.2º y 3º CP. Para ello, se habrá de sistematizar la información encontrada en orden a establecer grupos de casos fácticos concretos e individualizar los criterios jurisprudenciales contradictorios, que han sido fruto de distintas argumentaciones jurídicas y a su vez, detectar tesis interpretativas jurisprudenciales y doctrinales. Se realizará esta labor para finalmente exponer todo ello con la finalidad de obtener algo de luz y claridad respecto a una previsible aplicación del Derecho, reduciendo por tanto la inseguridad jurídica que ha provocado históricamente la aplicación de este delito. En virtud de lo expuesto, el objetivo

⁵ Los datos se han obtenido de la “estadística de condenados adultos por sentencia firme del año 2021”. La estadística es fruto de un convenio de colaboración, suscrito en julio de 2007, en el que el INE realiza la explotación de estadística del Registro Central de Penados y Rebeldes, cuyo titular es el Ministerio de Justicia. (disponible: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/>; última consulta 23/04/2023).

final se traducirá en alcanzar una exposición argumentativa de la que cada lector podrá deducir qué criterio “es más razonable o lógico” respecto a otro.

3. METODOLOGÍA

Respecto al diseño y planificación de la elaboración del trabajo se siguió el que a continuación se expone. Partiendo de que el trabajo debía de ser principalmente un análisis jurisprudencial (por indicación de la tutora y el departamento), la obtención de una gran cantidad de sentencias resultaba un aspecto vital para poder desarrollar el trabajo, sin perjuicio de que también resultaba sumamente importante disponer de diversas obras bibliográficas que sirvieran como base para poder individualizar los problemas interpretativos que se habían suscitado mayormente en esta materia.

En virtud de ello, en primer lugar se procedió a la búsqueda de obras bibliográficas físicas en la Biblioteca de la Facultad de Derecho; se buscaron obras más generales como tratados y comentarios al código penal, así como obras concretas sobre los delitos patrimoniales, sobre los delitos de hurto y robo, así como sobre la fractura exterior e interior (en este orden); tratando de que fueran lo más recientes y actualizadas posible, si bien el delito de robo con fuerza solo ha sufrido una modificación desde la entrada en vigor del CP de 1995 (esta es la reforma de la LO 1/2015, ya expuesta en la introducción del trabajo) por lo que no existía inconveniente en utilizar obras más antiguas. Seguidamente se buscaron monografías y artículos doctrinales “en línea”, en los que se tratase de forma más concreta las interpretaciones que en la práctica se habían producido. Teniendo ya toda la información doctrinal acotada, se procedió a su lectura y a la extracción de información, en orden a individualizar supuestos de hecho conflictivos en la práctica, sentencias en las que se hubieran adoptado criterios jurisprudenciales contradictorios y opiniones doctrinales acerca de esos criterios, todo ello para situarnos en los problemas interpretativos del delito en cuestión.

En base a lo descrito, se inició la extensa búsqueda de sentencias caso por caso, tomando como referencia sentencias citadas en las obras doctrinales, así como búsqueda independiente introduciendo en el buscador palabras clave para poder encontrar aquellas que trataran los temas específicos. Así, se fueron agrupando y analizando sentencias en relación a cada problema y criterio interpretativo concreto, formando grandes grupos en los que se apreciaban similitudes argumentativas respecto a supuestos de hecho específicos, estableciendo y diferenciando la doctrina contradictoria que respecto a cada caso se había elaborado. Para toda esta meticulosa labor se utilizó principalmente el buscador “Vlex”, en su versión premium facilitada a los alumnos de la UA, por lo que la búsqueda de sentencias resultó cómoda e intuitiva por la precisión de esta aplicación a la hora de filtrar por contenidos y palabras clave, además de contener prácticamente todas las sentencias recientes que se han dictado por nuestros tribunales. Si bien cuando alguna sentencia concreta no se encontraba disponible, se hizo uso del buscador oficial del poder judicial “Cendoj”, aunque

ello solo fue necesario en contadas ocasiones. Por otro lado, se inició la filtración de sentencias especificando aquellas dictadas por el Tribunal Supremo en una franja temporal relativa a los años 2000-actualidad, leyendo y analizando esas sentencias; si bien hubo de modificarse en dicha franja temporal el aspecto de los tribunales, añadiendo también a las Audiencias Provinciales, encontrando así sentencias recientes sobre aspectos más concretos. Tras ello, amplié la franja temporal a los años 1980-2000 con sentencias únicamente del TS, encontrando ahora sí la mayor cantidad de sentencias relevantes en cuanto a la elaboración de doctrina y criterios contradictorios, sirviendo de base mayormente a la elaboración del trabajo ellas mismas, ya que las relativas a los años 2000-en adelante, hacían uso mayormente de los criterios adoptados anteriormente, sin realizar cambios sustanciales en sus interpretaciones y sin aparecer supuestos de hecho novedosos, sin perjuicio de las excepciones que se indicarán concretamente. Además, se ha de decir que la doctrina científica y jurisprudencial elaborada antes del 1995 (esto es con la vigencia del CP de 1973), resulta igualmente aplicable al CP actual en tanto que sustancialmente no ha habido grandes cambios legislativos, manteniéndose el mismo núcleo normativo del delito y de sus modalidades comisivas; tal y como se advertirá en cada momento que sea oportuno en el desarrollo del trabajo.

Haciendo uso de este método, se fue elaborando punto por punto la presente obra, leyendo todas las sentencias, analizando el supuesto de hecho y criterio coincidente en cada una de ellas, y exponiendo y resumiendo más concretamente aquellas sentencias que versaban sobre supuestos de hecho que añadían elementos fácticos novedosos e interesantes a los criterios que versaban sobre supuestos más generales; así como argumentos y elementos jurídicos adicionales que completasen esos mismos criterios genéricos.

4. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LA FRACTURA EXTERNA E INTERNA EN EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (art. 238.2º y 3º CP)

4.2. CONCEPTO NORMATIVO DE FUERZA Y SUS NECESARIAS PRECISIONES DELIMITADORAS

Como objeto inicial de análisis profundo, se procederá a explicar el concepto normativo de fuerza contemplado en nuestro Código Penal y algunas cuestiones más genéricas que resultarán relevantes para el análisis de las problemáticas concretas. Por ello, este epígrafe se constituye como la necesaria base respecto a las demás cuestiones que se irán exponiendo de manera pormenorizada a lo largo del texto.

I. Fuerza para acceder o abandonar el lugar donde se encuentran las cosas⁶

La cuestión de la ***“fuerza para acceder al lugar donde se encuentran las cosas”*** o ***“fuerza ad rem”***, ex art. 237 CP, resulta de gran relevancia en orden a entender la mecánica fáctica que ha de darse para calificar unos hechos como robo con fuerza. La STS 586/1999, de 15 de abril, ya fundamentó que para entender consumada una modalidad de fuerza típica ha de concurrir su empleo de manera previa a la sustracción y con la finalidad de acceder a la cosa en la que se contiene el objeto que se desea sustraer, superando los obstáculos interpuestos por el legítimo propietario, y no por tanto, ejerciendo una ***“fuerza sobre la propia cosa objeto de sustracción”*** o ***“fuerza in re”***. Concluyendo que lo relevante es que esa fuerza tenga un carácter instrumental al apoderamiento de la cosa misma (como así señalaron a su vez las SSTS 4052/1991, de 18 de diciembre y 122/1992, de 18 de enero, entre muchas otras).

Respecto a esta cuestión ha existido una problemática específica, que consiste en ***“la fuerza ejercida sobre los automóviles”***. En este caso, cuando se ejerza fuerza sobre el vehículo para sustraer efectos de sus interior, ninguna duda cabrá respecto a su calificación como robo; ahora bien, cuando esa misma fuerza se ejerza para sustraer el vehículo en sí mismo, que se encuentra en la vía pública y no en un local cerrado (al que habría de accederse ***“fracturando”*** alguno de sus elementos), de ningún modo podremos calificarlo como robo, pese a la absoluta y flagrante incongruencia que eso supone (se castigaría de manera más dura, sustraer, por ejemplo, un objeto de escaso valor que se encuentra en el interior del vehículo, que el propio vehículo, que a priori tendrá un valor bastante más elevado⁷). Ahora bien, a ninguna otra conclusión podemos llegar en este supuesto, ya que la fuerza en este caso es ***“in re”***, y no ***“ad rem”***⁸. Si bien, en atención a la gravedad del hecho, este supuesto era considerado por la jurisprudencia más antigua como robo con fuerza; aunque tal calificación fue muy pronto abandonada, máxime cuando tras el CP de 1995 se exige legalmente que la fuerza se ejerza ***“para acceder”*** al objeto continente⁹. Si bien existe alguna sentencia que retorna a la calificación de estos hechos como robo con fuerza (en este sentido, STS 945/2000, de 29 de mayo y SAP Baleares 79/2006, de 4 abril, sección 1ª).

Por otro lado, se ha de mencionar que a partir de la reforma del CP realizada a través de la Ley Orgánica 1/2015, es también posible la comisión de robo con fuerza cuando la misma se ejerza ***“para...abandonar el lugar donde las cosas se encuentran...”***, ex art. 237 CP. Esto será relevante, en especial, para el escalamiento llamado ***“de salida”***; para la inutilización de los sistemas de alarma desde el interior del inmueble; y para la fractura exterior cuando se trate de huir en el supuesto en se haya descubierto al criminal *in fraganti* y este escape ejerciendo fuerza por un vía distinta, cuando a su vez no había existido fuerza en primer lugar para el acceso. En los momentos anteriores a estas circunstancias (acceso sin fuerza), nos encontraremos ante un delito de hurto o tentativa de hurto, que podrá convertirse en robo si

⁶ Se ha de mencionar que este elemento normativo no se encontraba en el CP 1973.

⁷ Si bien en este segundo supuesto podría llegar a aplicarse el art. 235.5º, lo que conduciría a la misma penalidad que el robo con fuerza (esto es, prisión de uno a tres años), salvando así parcialmente dicha incongruencia.

⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., *“El robo con fractura exterior”*, PPU, Barcelona, 1997, pp.105-108.

⁹ También ha de decirse, que ya la doctrina y jurisprudencia, antes del actual CP, generalmente aceptaban que la fuerza había de producirse para acceder al lugar u objeto continente, pese a que no aparecía literalmente dicho inciso en los códigos anteriores.

para alcanzar la efectiva disponibilidad del bien sustraído se utiliza alguna “fuerza” del art. 238 CP para huir. Como ejemplos de la primera posibilidad (escalamiento “de salida”), encontramos las SSAP de Gran Canaria 5/2019, de 18 de enero, sección 1ª y de la AP de Madrid 256/2018, de 20 de abril, sección 30ª, que califican como robo con fuerza, en su modalidad primera *ex art.* 238.1º CP, a aquellos hechos que versaban sobre un apoderamiento mediante escalamiento de salida del lugar donde se hallaban los bienes; y como ejemplo en el que concurre el art. 238.1º y 2º CP, la SAP de Barcelona 507/2022, de 5 de julio, sección 5ª, que también califica como robo con fuerza al supuesto en el que se rompió el cristal de la puerta trasera de un establecimiento y seguidamente el sujeto saltó una valla de más de 2 metros, que era el siguiente obstáculo que le impedía la huida. Estos casos, tras la referida reforma, ya pueden considerarse robo con fuerza, en contra de la precedente jurisprudencia estando en vigor la anterior versión del CP, que únicamente contemplaba como fuerza a aquella utilizada para “acceder al lugar donde se encuentran las cosas”, en virtud de un lógico razonamiento. Por tanto, a partir de 2015, también es fuerza típica la ejercida para huir del lugar del delito.

II. Concepto legal y gramatical del término “fuerza”

La fuerza que se contempla en los artículos 237, 238 y 239 CP es un **concepto legal**, no coincidente con su significado semántico, descriptivo o vulgar¹⁰. Según la RAE, el concepto gramatical de fuerza remite o se identifica con “la aplicación del poder físico”, en virtud de su segunda acepción. Esto quiere decir que lo que entendemos cotidianamente por “fuerza” no ha de coincidir necesariamente con los medios comisivos legales que el legislador introdujo en el art. 238 CP. Aunque como idea previa se ha de adelantar que algunos medios sí constituyen fuerza física y otros son meras acciones de destreza o habilidad.

Como manifestación más relevante de que efectivamente no nos encontramos en todas las circunstancias del art. 238 CP ante un concepto de fuerza de carácter estrictamente físico, sino ante un concepto propio; hemos de hacer referencia a la patente heterogeneidad que existe entre las diversas acciones que se consideran típicas a estos efectos¹¹. La STS 1834/1991, de 13 de mayo, expuso ya esta falta de homogeneidad de los medios comisivos, afirmando que sí existe fuerza común o física cuando esta se ejerce sobre techos, paredes, suelos, puertas o ventanas (*fractura exterior*), o bien, cuando se ejerce sobre armarios, arcas o cualquier bien mueble cerrado o sellado (*fractura interior*). Por otra parte, se puede afirmar, sin tener que realizar un complejo ejercicio de deducción, que los demás supuestos contemplados no suponen un ejercicio de fuerza física. Tales supuestos se refieren al acceso a un inmueble a través de un lugar no destinado al efecto; al descubrimiento de las claves (ya sea de un sistema mecánico o electrónico); a la utilización de llaves falsas (ya sea mediante llaves maestras, que no son las legítimas para proceder al acceso; o por una obtención de las legítimas a través de un medio que a su vez constituye infracción penal) o a la inutilización

¹⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), y MORALES PRATS, F (Coord.), “Comentarios al Código Penal”, cit., pp.53-56.

¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “El robo con *fractura exterior*”, cit., p.90.

de los sistemas de alarma o guarda. Es de ver en este segundo grupo de supuestos (los correspondientes a los numerales 1º, 4º y 5º del art. 238 CP, y a la última parte del número 3º) que no existe como tal dicha fuerza física, sino que su conceptualización se ha de acercar más bien a lo que consideramos gramaticalmente como habilidad o destreza, ya sea tanto manual como intelectual. Aunque podría darse en la práctica que el supuesto de “inutilización de sistemas de alarma o guarda” se produjera a través de *fuerza física*; piénsese por ejemplo en el caso en el que se ejerce un mínimo de fuerza para dormir al perro guardián que custodia el inmueble utilizando cloroformo (en este caso se entenderían cumplidos los elementos del tipo en tanto que podemos considerar a un perro guardián como un “sistema de alarma o guarda”, pese a que nos hallemos ante un ser sintiente); o al realizar un complejo escalamiento, que necesariamente implicará un esfuerzo físico relevante, además de cierta habilidad.

Por tanto, podemos concluir al respecto que de las circunstancias contempladas legalmente en el art. 238 CP, constituyen fuerza física, violenta o “propia”, únicamente¹² la de los números 2º y 3º (*fractura exterior e interior*)¹³, ya que las acciones de los restantes numerales se entienden como fuerza típica por la mera voluntad de la ley o como fuerza “impropia o ficticia”¹⁴, y esto porque se estiman igual de determinantes en cuanto a gravedad y fundamento punitivo¹⁵.

III. La distinción entre el delito de robo y hurto, y sistema numerus clausus del art. 238 CP

Se ha de exponer un matiz muy importante para no errar a la hora de calificar jurídicamente supuestos de hecho en los que aparentemente existe algún tipo de fuerza sobre las cosas. En un necesario sentido restrictivo, nos encontramos ante dos caras de la misma moneda; por un lado, no cualquier género de fuerza en su sentido gramatical se ha de considerar como fuerza legal, solo si esa fuerza real del caso enjuiciado es posible subsumirla en alguna de las circunstancias típicas del art. 238 CP (números 2º y 3º), se habrá de considerar a tal supuesto como robo con fuerza¹⁶; por lo que, en un relato fáctico a *contrario sensu*, la conducta habría de calificarse como un simple delito de hurto, en tanto que este actúa como tipo de recogida o tipo residual, y ello pese a la existencia de cierta fuerza violenta.

Por otra parte, y en relación a esta interpretación restrictiva, los medios comisivos típicos se agotan en los contemplados en el art. 238 CP, lo que quiere decir que nos encontramos ante

¹² Sin perjuicio de la matización realizada respecto a la inutilización de los sistemas de alarma y guarda, y del escalamiento.

¹³ Ahora bien, pese a que efectivamente podemos afirmar a priori que se trata de una fuerza física real, su alcance jurídico no es tan evidente como pudiera parecer conforme a este significado común, y eso lo demuestran las interpretaciones que ha seguido el TS respecto a ciertos casos calificados como fractura, en los que no existió fuerza violenta, sino destreza. Es esto un aspecto que dificulta la nítida fijación de sus límites, como se verá.

¹⁴ Terminología utilizada por parte de nuestra jurisprudencia. Véase la STS 1161/1992, de 6 de abril.

¹⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), y MORALES PRATS, F (Coord.), “*Comentarios al Código Penal*”, cit., p.56.

¹⁶ Como efectivamente señalan las SSTS 463/1981, de 3 de abril; 2510/1994, de 14 de septiembre y 24/2011, de 1 de febrero; entre otras.

un sistema cerrado o *numerus clausus* del concepto de fuerza¹⁷, sin que para la calificación de robo se pueda acudir a la genérica formulación del art. 237 CP, que simplemente indica que: “son reos del delito de robo aquellos que utilizaren el ejercicio de fuerza en las cosas para apoderarse de un bien mueble”; y asumir que esto ya podría constituir el delito en cuestión¹⁸.

Y aunque tal afirmación pudiera parecer una obviedad, especialmente vulneradora de ello parece ser la STS 4/1988, de 4 de enero. Si bien esta sentencia se promulgó estando vigente el Código Penal de 1973, no varía sustancialmente la dicción legal de este respecto al CP actual. Los hechos versaban sobre el acceso a un vehículo mediante la apertura de una de las puertas mediante la punta de una navaja, sin producción de daños ni el empleo de un gran esfuerzo, con la finalidad de sustraer efectos de su interior. En este caso, se calificaron los hechos como robo con fuerza atendiendo al art. 500 de dicho código (la equivalencia hoy día sería el art. 237 CP); subsumiendo los hechos, por tanto, en el tipo genérico, indicando que se cumplían todos los elementos del robo con fuerza en las cosas ya que, en palabras del tribunal: “...según el artículo 500 del CP, basta el empleo de fuerza en las cosas para que tenga realidad dicho delito...”, ignorando deliberadamente el art. 504 (actual y prácticamente idéntico art. 238 CP) en el que se contenían los medios comisivos para considerar los hechos constitutivos de un robo con fuerza. Resulta llamativo e incomprensible que en la fundamentación jurídica no se aluda en ningún momento a los distintos medios comisivos del art. 504 CP 1973; esto es, no indica ni justifica qué tipo de fuerza se ha cometido de entre las modalidades enumeradas en el texto legal.

Supone esto una rechazable ampliación del campo de aplicación del delito de robo y correlativamente, una reducción de la aplicación del hurto, lo que puede conllevar una infracción del principio de legalidad y taxatividad penal en orden a la interpretación de los tipos criminales, siendo un límite irrenunciable para el juzgador el atenerse a la literalidad de los preceptos del CP en aras de garantizar el cumplimiento de uno de los pilares base de nuestra justicia penal.¹⁹

Sin embargo, se ha de anticipar que la interpretación del TS ha evolucionado desde posiciones más extensivas hasta otras más restrictivas y acordes con el principio de legalidad y tipicidad penal (aunque no en todos los casos). Lo que se ha traducido en una reducción del campo de aplicación del robo y un aumento en la aplicación del hurto. En este sentido, la STS 1000/1993, de 25 de marzo, concluyó que al delito de robo con fuerza en las cosas se le ha de dar el tratamiento de modalidad excepcional y agravada del delito de hurto, en tanto en cuanto existe una paralela tipicidad entre ambos, ya que los dos verbos típicos “tomar” y “apoderar” hemos de entenderlos como sinónimos; quedando el delito de hurto como el tipo subsidiario de aquellas acciones que impliquen una fuerza física de alguna intensidad, pero que no pueden entenderse integradas en alguna de las modalidades de fuerza del CP por no coincidir de una manera precisa, como explicaremos más adelante.

¹⁷ Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, Tirant lo blanch delitos, Valencia, 2007, p.134.

¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., p.90.

¹⁹ *Ibidem.*, pp.90-91.

Como otro ejemplo de esta posición más restrictiva, el TS ha asentado diversas conclusiones en torno al modo en que se han de calificar los supuestos en los que se aprecia una fuerza real para llegar a la subsunción en el concepto de “fuerza normativa”²⁰. La STS 1161/1992, de 6 de abril, estableció dos aspectos fundamentales, los cuales se concretan en:

- 1) Tomar en consideración la necesaria función garantista de la tipicidad penal y su derivada consecuencia de taxatividad de la descripción típica.
- 2) La derivada imposibilidad de interpretación extensiva de la descripción típica de la fuerza en las cosas que formula el art. 504 (hoy 238) del CP.

IV. Criterio jurisprudencial de “superación de las barreras de protección de la cosa”

Otro aspecto de gran relevancia en cuanto al concepto de fuerza normativa se refiere a ***la superación de los obstáculos puestos por el propietario para evitar sustracciones ilegítimas***. Para la calificación de un supuesto de hecho como robo hemos de añadir este elemento a los ya explicados; por lo que, recapitulando: ha de existir fuerza física que pueda ser encuadrable en el tipo penal *ex art. 238.2º o 3º CP*; esta fuerza ha de ejercerse para acceder o abandonar el lugar donde las cosas se encuentran; y además, la fuerza ha de ejecutarse para superar las barreras de protección interpuestas por el propietario.

Esto supone el fundamento esencial de la mayor punición del delito de robo frente al hurto. En el ámbito del robo apreciamos una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido que revela la astucia, habilidad y esfuerzo ejercitado por el sujeto activo para el apoderamiento de la cosa mueble, salvando los obstáculos predispuestos por el propietario para su guarda²¹, mediante el uso de fuerza. Lo que en resumidas cuentas se puede describir como una mayor energía criminal en orden a conseguir tal apoderamiento.

Ahora bien, un aspecto fundamental para considerar cometido algún tipo de fuerza como subsumible en el tipo, será el hecho de si se considera que el **concreto obstáculo** interpuesto por el dueño de la cosa cumple una **función de protección de la propiedad**. Puede surgir en ocasiones, que el referido obstáculo sea inservible a esta finalidad, que la cumpla pero en una intensidad muy leve, o incluso que ni siquiera tenga una finalidad protectora o defensiva, sino otra. En estos casos existen interpretaciones y calificaciones divergentes, y ello pese a la existencia de mayor o menor fuerza física sobre tales obstáculos. Dejando de lado el problema de la intensidad de la fuerza, que será analizado *infra*, hemos de analizar algunos casos en los que ha existido fuerza sobre los referidos elementos, pero se duda respecto a la finalidad de los mismos como protectores de la propiedad. Ello es relevante para encuadrar tales supuestos como robo, ya que si la finalidad del obstáculo es otra, dicho supuesto se ha de encuadrar en el hurto pese a la concurrencia de fuerza física y energía criminal.

²⁰ *Ibidem.*, p.92.

²¹ Cfr. DEL AMO SÁNCHEZ, J.M., “*Hurtos, robos y defraudaciones. Con referencia al real decreto ley 1/2021 de 19 de enero*”, (1ª Edición), Factum Libri Ediciones, Madrid, 2021, p.66 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/33286>; última consulta: 23/04/2023).

En cuanto a obstáculos que no tienen como finalidad la protección de la propiedad, y que por tanto su fractura (externa o interna) no implicará la comisión de un robo, podemos mencionar, a efectos meramente ejemplificativos: los sobres que contienen dinero; los precintos adheridos a ciertos bienes como pueden ser aquellos que encontramos en los discos, películas o videojuegos; e incluso setos y vallas que tienen más bien por finalidad el embellecimiento, evitar la vista ajena sobre la esfera íntima o incluso impedir que los animales que se hallen dentro puedan salir de tal recinto y se esparzan; como puede ocurrir con las cercas de alambre de espino puestas para concentrar y evitar que se escapen los animales que están en su interior²².

Como ejemplo de esto último encontramos la curiosa STS 102/1982, de 2 de febrero, que enjuició un caso en el que se procedió a cortar la cerca de alambre de una finca con la intención de sustraer los animales que allí se encontraban. El tribunal efectivamente entendió que pese a la existencia de una fractura real de cierta agresividad para superar la defensa puesta por el propietario, tal acción no podía ser considerada como fractura exterior, en tanto que la finalidad de la alambrada es primordialmente evitar la fuga de los animales y no tanto la protección de la propiedad de tales bienes; y además, en aplicación estricta del principio de legalidad, niega la asimilación de los conceptos pared, puerta o ventana al concepto de “cerca de alambre” (si bien este tema será tratado separadamente como un problema independiente). Sin embargo, se ha de decir que este último argumento no fue tan determinante para la exclusión de la calificación de robo, sino que lo verdaderamente esencial fue la consideración de la alambrada como elemento de cercamiento, y no como elemento protector de la propiedad; criterio cuestionable cuanto menos.

En cambio, como sentencia aparentemente contradictoria con la recién analizada, podemos mencionar la STS 852/2002, de 16 de mayo. En ella se expone que pese a que un concreto obstáculo puede tener como finalidad principal el preservamiento de la esfera de intimidad (en este caso, se trataba de un muro de una altura de 2 metros, por lo que es claro que su finalidad principal no es evitar accesos ilegítimos); tampoco puede negarse que eso excluye de cualquier modo su ambivalente consideración como medio protector de la titularidad dominical, aunque esta finalidad no sea tan patente como aquella. Por ello, el criterio de esta segunda sentencia podemos afirmar que es complementario del razonamiento de la primera, en tanto que en esta última se exige realizar una ponderación cualitativa de las características del obstáculo concreto para entenderlo susceptible de ser un medio defensivo, pese a que esta no sea su finalidad principal, pero sí lo sea de una manera igualitaria, o al menos complementaria. Esto último ha de decirse, parece un criterio más razonable.

²² Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, cit., pp.134-135.

4.3. LA FRACTURA EXTERIOR

a) Concepto

Resulta necesario comenzar definiendo qué entendemos por tal término. Conforme al art. 238.2º del CP, consiste en “el rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana”. Como ya se ha mencionado anteriormente, se trata de la doctrinalmente conocida como “fractura exterior” o “fractura inmobiliaria”²³. Como pequeño inciso, se ha de precisar que la promulgación del CP de 1995 es irrelevante en cuanto a la aplicación de este precepto, ya que el tenor literal del art. 504.2º del CP 1973 es exactamente idéntico al del art. 238.2º del CP 1995; manteniéndose en ambos textos los términos “fractura o rompimiento” únicamente. Por su parte, respecto a los elementos esenciales del concepto, podemos mencionar los siguientes:

- 1) Es necesaria la aplicación de una cierta cantidad de fuerza, en su término usual (al menos, *prima facie*), producida, ya sea por el propio esfuerzo humano y sus extremidades, ya sea con ese mismo esfuerzo humano pero potenciado por el uso de cierto tipo de herramientas o utensilios (como aclaró la jurisprudencia).
- 2) Que como consecuencia de esa fuerza, se cause un resultado de fractura o rotura sobre el elemento protector del bien. Esto es, la producción de un quebrantamiento o daño sobre el elemento “continente” con cierto tipo de esfuerzo, tal y como explica la STS 566/1988, de 2 de marzo (sin perjuicio de que esta opinión no es unánime, como se verá *infra*).
- 3) Que tal fractura o rompimiento se produzca a su vez sobre los elementos descritos en el tipo: “pared, techo, suelo, puerta o ventana”. Es por ello que también se le denomina como fractura inmobiliaria, ya que tales términos evocan la entrada a un edificio para sustraer los efectos de valor que se encuentran en su interior. Sin embargo, de igual modo, se encuadra por la jurisprudencia en esta modalidad, la fuerza empleada sobre automóviles, camiones o vagones de ferrocarril, ya que la redacción actual del CP así lo permite al no hablar en ningún momento de fractura sobre bienes inmuebles de manera exclusiva²⁴, sino que se acepta tal inclusión en tanto que los referidos muebles pueden disponer de dichos elementos.
- 4) Que gracias a este resultado de rotura se pueda acceder al lugar en el que se encuentra la cosa o -desde la reforma del CP de 2015- se pueda abandonarlo²⁵.

²³ Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, R., “*Los delitos de robo*”, BOSCH, Barcelona, 2011, p.72; VIVES ANTÓN, T.S (Dir.), y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “*Estudios sobre el código penal de 1995. Parte especial*”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p.441.

²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., pp.92-93; así, como señala esta autora, en el CP de 1932 se exigía que la fractura exterior se produjera para introducirse necesariamente en un bien inmueble, pues se mencionaba en el texto legal a “la casa habitada o habitable, edificio público o de otra índole, o a sus dependencias”, como elemento del tipo básico. Fue ya con el CP de 1944 cuando el acceso a tales inmuebles se consideraba como una agravación, no así si hablabamos del tipo básico; perviviendo esa configuración legal hasta el CP actual de 1995.

²⁵ Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, cit., p.139.

b) Principales problemas interpretativos

I. Habilidad o destreza manual

Como principal problemática a analizar en esta materia, nos referiremos al supuesto en el que no se existe una fuerza física o usual, en el sentido ya explicado, sino que en cambio lo que se aprecia es una “**cierta astucia, habilidad o destreza manual**” por parte del sujeto activo. Como se ha dicho, en puridad, el acceder a un lugar con la finalidad de sustraer algún objeto de su interior, haciendo uso de algún tipo de destreza, en parte manual, y en parte intelectual, no puede considerarse como la fuerza típica del numeral segundo del art. 238 CP. Como ya se ha avanzado, se trata de una “fuerza vulgar o física”, consistente en la aplicación de una cantidad de fuerza, lo que en principio hace pensar en la existencia de un daño material; es por esto que estrictamente no se aprecia una equivalencia con el término “destreza”.

Y siendo esto así, existen dos tesis jurisprudenciales contradictorias y claramente diferenciadas respecto a esta cuestión por parte de nuestro TS, que se circunscriben principalmente a la franja temporal relativa a los años 1980-2000. Se ha de adelantar que estas dos tesis contradictorias del TS resultan perfectamente aplicables en la actualidad, como se verá; y por otro lado, en los años 2000-hasta la actualidad, el Alto Tribunal no se ha vuelto a pronunciar sustancialmente sobre estos supuestos fácticos de destreza, aunque sí lo ha hecho la jurisprudencia menor adoptando mayoritariamente una de las tesis del TS, por lo que puede decirse que esta problemática se encuentra zanjada en la actualidad; aunque no sin las críticas de la doctrina científica y de la jurisprudencia minoritaria del TS, como seguidamente se tratará.

La exposición de estas posturas divergentes comenzará por el análisis de la **tesis jurisprudencial extensiva**, que califica como robo a los supuestos de destreza o habilidad. En concreto hemos de referirnos al supuesto de hecho característico y más tratado, que se refiere a aquellos casos en los que *se desmontan o se hacen ceder cristales de puertas o ventanas*, sin el uso de una fuerza física como tal. Como sentencia que introdujo este criterio interpretativo encontramos la STS 365/1982, de 18 de marzo; en ella se trataba concretamente un caso en el que, el sujeto activo, con la finalidad de apoderarse de los efectos que se encontraban dentro de un negocio, procedió a desencajar hábilmente los cristales de la puerta del mencionado inmueble sin la producción de ningún daño en los mismos, introduciendo la mano para descorrer el pestillo de la puerta, consiguiendo así penetrar en el local y proceder seguidamente a apoderarse de una serie de objetos.

El tribunal subsume los hechos en el tipo de robo con fuerza en las cosas *ex art. 504.2 CP 1973*; esto es, los califica como *fractura exterior (art. 238.2 CP)*. Según este criterio, el delincuente ha conseguido vencer las defensas puestas por el legítimo propietario, las cuales consisten en la puerta cerrada que impedía el acceso al local; y por otro lado, el tribunal afirma que, para alcanzar este fin, no importa la forma en que se produzca, ni que sea necesario la producción de daño alguno, entendiendo que el concepto de “fracturar” significa “romper o quebrantar alguna cosa con esfuerzo”; y que a su vez, “quebrantar” significa “vencer la dificultad material que oponga una cosa a los propósitos de quien necesite

superarla para lograr su objetivo”. Por lo que, en opinión del tribunal, el sujeto ejerció el elemento típico de la fuerza para entender cometido el delito, pues consiguió superar los elementos defensivos del propietario y vencer la dificultad que entrañaba la puerta para el apoderamiento ilegítimo, sin que ello se tradujera en daños ni en el ejercicio de la violencia.

Para el tribunal, que el hecho de desmontar los cristales se realizará hábilmente y sin llegar a fracturarlos no puede conllevar la degradación de la calificación a la consideración de hurto, ya que carecería de sentido el castigar con menor severidad a aquel que supo acceder al lugar donde se encontraban las cosas de manera más discreta y precisa por no haberse producido daños, que aquel que fuese menos habilidoso o más tosco en su ejecución delictiva, cuando en definitiva en ambos supuestos la gravedad de los hechos es pareja y merece una calificación y castigo unitarios. Dicho esto, la clave fundamental de este criterio para calificar estos hechos como fractura exterior se refiere a que, al haberse separado los cristales del elemento principal (la puerta), esto supone *per se* un fraccionamiento de una parte de sus componentes, y por tanto, se cumple el elemento típico de “fracturar”. Si bien esto último puede resultar criticable, en tanto que el hecho de separar algún elemento del bien que conforma a este en última instancia no implica una fractura de ese bien, ya que evidentemente no se ha producido “rompimiento de puerta”, sino que simplemente se ha producido un desmontaje de la misma, pudiendo volver a su estado funcional procediendo de nuevo al ensamblaje del cristal en la referida puerta. Resulta evidente que el legislador no se encontraba pensando en este supuesto de hecho cuando introdujo en el texto legal la circunstancia de “fractura o rompimiento”.

Como ejemplos similares y que asumieron tal criterio interpretativo encontramos las SSTs 187/1983, de 15 de febrero y 143/1988, de 22 de enero. En ellas, los hechos probados se refieren al mismo supuesto de desmontaje sin fuerza y sin daños materiales, en las que también se alcanzó la misma calificación de robo. El TS argumenta que en general, cualquier acto que implique la superación de las defensas colocadas en los inmuebles, basta para la calificación de robo. Se afirma que se reputan como actos de fuerza típica los de: “violentar, forzar o simplemente emplear el esfuerzo humano”, aunque este sea débil o mínimo y no implique una fuerza violenta sobre los elementos protectores; por lo que aquí se encuadran las acciones de destreza, ya que ellas implican un esfuerzo o energía criminal de cierta entidad. Una sentencia posterior que igualmente asume esta doctrina es la STS 2747/1998, de 4 de mayo (con el CP de 1995 ya en vigor), en la que ante el mismo supuesto de hecho se afirma que “tal conducta se subsume sin dificultad en el art. 238.2º CP”, sin dar más explicaciones ni argumentos, por lo que entendemos que asume el criterio interpretativo extensivo, aunque no lo desarrolle en su fundamentación jurídica.

A su vez, se aprecia en la actualidad que esta postura es la dominante²⁶. En apoyo a esta afirmación; y ante supuestos análogos de desmontaje de cristales de puertas o ventanas sin fuerza física ni daños materiales, en los que la calificación ha sido robo con fuerza; hemos de mencionar las SSAP de Valencia 47/2019, de 29 de enero, sección 2ª; de Barcelona 638/2015,

²⁶ Si bien en la franja de años relativa a los 2000-actualidad no se han encontrado más sentencias del TS que traten este tipo de supuestos de hecho.

de 16 de octubre, sección 22ª; de Lleida 17/2015, de 20 de enero, sección 1ª; de Barcelona 344/2016, de 22 de julio, sección 8ª; de Cantabria 217/2013, de 14 de mayo, sección 1ª; de Pontevedra 154/2011, de 20 de mayo, sección 2ª; de Sevilla 131/2012, de 12 de marzo, sección 3ª y de Madrid 249/2011, de 16 de junio, sección 2ª.

Esta postura interpretativa ha sido duramente criticada por la doctrina mayoritaria, por autores tales como VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ RUS, VALMAÑA OCHAITA o SOUTO GARCÍA, entre otros. Esta oposición doctrinal argumenta que tal interpretación atenta contra el principio de legalidad y taxatividad penal, suponiendo una interpretación penal extensiva y analógica de lo que es considerado “fractura”. Así, si del texto legal se infiere que la “fractura” equivale al “rompimiento”²⁷, estos supuestos en los que solo podemos apreciar habilidad manual, y pese a ello, se califican como robo, podemos alcanzar la conclusión de que se está ampliando notablemente el ámbito de aplicación del robo en contra de la aplicación del hurto, lo que conlleva una interpretación *contra reo* desmesurada y que infringe de manera patente el dogma legalista del artículo 25.1 de la CE²⁸.

En línea con la postura doctrinal mayoritaria, encontramos la **tesis jurisprudencial restrictiva** del TS, que niega la calificación de robo a los supuestos en los que no se aprecia la existencia de fuerza violenta, sino que únicamente apreciamos destreza por parte del sujeto activo. Como pionera en esta interpretación, encontramos la STS 89/1983, de 28 de enero, que directa y abiertamente crítica la doctrina extensiva seguida por el propio tribunal. En su relato fáctico se describe un supuesto de clara destreza técnica: el sujeto activo del delito acudió a un establecimiento comercial y allí consiguió “abrir la cerradura de la puerta, empujando las hojas de aquella”, sin causar ningún tipo de desperfecto ni de daño y sustrayendo así diversos bienes del interior. Afirma el TS que la jurisprudencia mayoritaria se limita a exigir que los medios legales de comisión de la fuerza simplemente supongan la superación de las dificultades y obstáculos que los propietarios suelen poner para la protección y defensa de sus bienes, por lo que la exigencia literal de “rompimiento o fractura” aparece desvirtuada si se da aquello otro. Afirma el tribunal, que pese a que es necesaria esa superación de obstáculos, no cualquier acción que implique cierta energía criminal aplicada a las cosas transforma al hurto en robo; por ello, exige a los tribunales de instancia un triple examen en su relato fáctico a la hora calificar acciones como constitutivas de robo con fuerza. Propone que al relato de hechos probados se le ha de añadir una descripción minuciosa en cuanto a:

- a) Aquella acción de violencia fáctica ejercitada por el sujeto (no por tanto supuestos de destreza), que podría encuadrarse en una fractura exterior -o bien en una fractura interior-.
- b) El lugar u objeto que sufrió aquella violencia, que no se limita a las puertas o ventanas strictu sensu, sino que puede ampliarse a cualquier elemento de estas;

²⁷ Respecto a esta cuestión, también ha existido alguna interpretación contraria; véase las SSTs 665/1980, de 28 de mayo y 759/1980, de 13 de junio. Si bien existe un acuerdo generalizado en entender que dichos términos son sinónimos.

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., pp.94-95.

como pueden ser sus cerraduras en cualquiera de sus versiones, tales como: cerrojos, picaportes, aldabillas, fallebas, candados, etc...sin que esto suponga una interpretación analógica de los elementos normativos.

- c) Y el resultado dañoso o no, que pudiera llegar a producirse, que no es necesario en todo caso.

En el caso concreto y atendiendo a los hechos probados de la sentencia, considera el juzgador que la apertura de una puerta, empujando las hojas de la misma sin causar desperfectos, permite deducir que si bien se ejerció una fuerte presión sobre los batientes de la misma, y que al no estar echados los dispositivos de sujeción -que suelen estar interconectados con la parte superior e inferior del marco de la puerta-, estos cedieron y se produjo una holgura que causó la ineficacia del pestillo protector, sin la producción de ningún tipo de deterioro para el funcionamiento de dicha puerta. Por lo que, atendiendo a tal procedimiento delictivo, se ha de negar la existencia de fuerza *ex art. 238.2º CP*, por cuanto lo único que aquí se aprecia es una habilidad no coincidente en ningún caso con aquello que supone un acto de violencia, y en consecuencia, los hechos han de revestir la figura legal del hurto. Es por ello que el tribunal no considera equivalentes los términos “fuerte presión o destreza” con “fractura o rompimiento”, ya que efectivamente, no lo son.

En aplicación de este mismo criterio encontramos la STS 944/1983, de 16 de junio, que negó de igual modo la calificación de robo a un supuesto en el que efectivamente no se aprecia fuerza o violencia; si bien en este caso es palmario que de ningún modo podría haberse llegado a tal calificación. Se exponen como hechos probados los siguientes: los delincuentes consiguieron penetrar en un patio saltando una valla de 2 metros de altura y seguidamente desde allí, procedieron a quitar una madera que ejercía de cierre de la puerta de la vivienda propiedad de la víctima, accediendo finalmente a dicho inmueble y apoderándose de dinero en efectivo. El tribunal de instancia calificó los hechos como robo en base a la concurrencia de escalamiento y fractura exterior²⁹. Pues bien, centrándonos en esta segunda calificación, el TS niega la aplicación del robo en tanto que entiende que para entenderse consumada la fuerza, la puerta o ventana de que se trate ha de encontrarse efectivamente cerrada y esta se ha de quebrar de un modo violento mediante el empleo de fuerza física o “*vis in re*”. Esto de ningún modo podía entenderse en el caso concreto, ya que el hecho de quitar una madera que servía como cierre no constituye una fractura, ni siquiera es un ejemplo de destreza, ni en general constituye un esfuerzo criminal de ningún tipo por su excesiva facilidad comisiva y porque el legítimo propietario no puede pretender proteger su vivienda mediante tal medio, por cuanto es inoperativo a todos los efectos.

Por otro lado, hemos de mencionar la STS 1000/1993, de 25 de marzo. En ella se viene a recordar la incorrección de la tendencia jurisprudencial dominante en cuanto a la extensión en la interpretación de los conceptos que integran los supuestos legales de fuerza; rechazando como es de esperar, cualquier interpretación laxa que no sea estrictamente legalista, ya que

²⁹ Si bien ha de recordarse que, únicamente es necesario para tal calificación la apreciación de una de las diversas modalidades de fuerza, sin que la concurrencia de más de una implique agravación, en tanto que nos hallamos ante un *tipo mixto alternativo*.

eso supone actuar contra reo; recordando a su vez que el robo es una modalidad agravada y excepcional del delito de hurto. Por ello, afirma plenamente respecto a sus hechos, que la hábil acción de abatir una valla metálica que delimitaba un inmueble, sin producción de “fractura literal”, por mucho que pueda entenderse como algún tipo de esfuerzo humano, no puede equipararse de ningún modo a la energía criminal que implica el ejercicio de fuerza y “la ruptura o fractura” de una pared, techo o suelo, que es lo que exige literalmente el precepto.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que pese a que el criterio doctrinal y la tesis jurisprudencial restrictiva parecen más razonables y respetuosas en general, la tesis extensiva se ha impuesto como el criterio mayoritario, quedando así zanjada en la actualidad esta problemática interpretativa (al menos en estos casos de *fractura exterior*).

II. Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos

Como segundo problema más relevante trataremos el supuesto en el que nos encontramos con la existencia de algún tipo de fuerza física, que en principio tendrá carácter normativo, y en cambio no apreciamos la producción de daños materiales o los daños son insignificantes. Lo presentaremos como un problema de “*intensidad de la fuerza física*”, relevante a efectos calificadores como robo, si se entiende que la fuerza fue de una intensidad suficiente. Además se ha de añadir que esta cuestión se halla íntimamente relacionada con la explicada *supra*, la cual se refería a la consideración de los ***obstáculos interpuestos por el propietario de la cosa como protectores de la titularidad dominical***. Por tanto, dicha cuestión se traerá a colación en ciertos momentos, en tanto constituye elemento esencial para la medición de la fuerza, en el sentido de que esta se valora tomando como referencia la naturaleza de aquellos medios protectores.

Como ya se ha explicado, tanto la “fractura como el rompimiento” *ex art. 238.2º CP*, concuerdan con el sentido gramatical del concepto de “fuerza física”³⁰. Por ello, existiendo fuerza como tal -sin importar su entidad cuantitativa- resulta subsumible en el precepto legal³¹ (al menos *prima facie*); admitiéndose como típicos aquellos actos de fuerza insignificantes en sí mismos (como podría ser el empujar una puerta de una patada). Sin embargo, también se ha de decir que los términos “fractura o rompimiento” incitan a pensar en la producción de un daño material o en la inutilización de la cosa sobre la que se ejerce la fuerza. Pues bien, respecto a estas dos cuestiones; intensidad de la fuerza física y apreciación de daños materiales, se han dado dos tesis diferenciadas por parte de nuestro TS; una ampliamente seguida en el tiempo tanto por el propio órgano como por las audiencias, y otra tesis minoritaria de elaboración mucho más actual.

³⁰ Sin perjuicio de que acciones que no pueden asimilarse a la fuerza física se encuadran por la jurisprudencia mayoritaria como fractura o rompimiento, como ya se ha explicado.

³¹ Siempre que esa fuerza pueda asimilarse a alguna de las contempladas en el art. 238 CP.

Antes de analizar las mismas, se ha afirmado por parte de la doctrina que lo decisivo en orden a calificar como robo una acción no es tanto que dicha acción provoque un daño patrimonial valorable económicamente, sino que se ha de valorar primordialmente si ha existido algún tipo de fuerza física sobre el elemento defensivo del patrimonio. En consecuencia, se ha de desplazar el criterio cuantitativo de valoración (en lo referente a una apreciación de daños materiales), por un criterio cualitativo en el que se valore si existe una acción de fuerza física (no por tanto una acción de destreza) que haya sido capaz de vulnerar el medio protector de la cosa³².

En consonancia con este argumento, encontramos una **corriente jurisprudencial mayoritaria más flexible**³³, que entiende que el concepto legal de “fractura” se aleja del entendimiento común de violencia como “causa de un necesario rompimiento”. Expositiva de tal razonamiento es la STS 1745/1983, de 22 de diciembre, en la que se argumenta que el concepto de “fractura”, que siendo un concepto equivalente “al ejercicio de fuerza física”, no implica necesariamente la producción de daños patentes, ya que dicho término abarca a su vez a los de “violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano directa o mecánicamente ayudado” en relación a su aplicación a puertas o ventanas cerradas o a los mecanismos de cierre y guarda que también pueden incorporar estas. Todas estas acciones pueden tener una intensidad débil o mínima, pero en todo caso deberán de ser de carácter físico y se habrán de realizar dolosamente para vulnerar los signos de defensa colocados por el titular del bien (encontramos esta doctrina en multitud de sentencias, tales como las SSTS 722/1982, de 26 de mayo; 1090/1982, de 20 de septiembre y 121/1983, de 2 de febrero, entre otras).

Como ejemplos concretos de subsunción de una “mínima fuerza” como “rompimiento o fractura”, en los que además no se causó desperfecto alguno o este fue mínimo, hemos de proceder necesariamente al análisis concreto de las siguientes sentencias:

La STS 1412/1982, de 17 de noviembre, trató el caso en el que dando una patada al candado de una puerta, este se desprendió de la misma y los sujetos consiguieron introducirse en el interior del inmueble y una vez dentro, sustrajeron multitud de efectos. La sala calificó los hechos como robo con fractura exterior, entendiendo por el concepto de “fractura de puerta o ventana” cualquier tipo de violencia ejercida sobre las mismas; por tanto, se entiende que la fuerza que supone propinar una patada sobre el mecanismo de seguridad contenido en la puerta, por más que en este caso dicho mecanismo resultase de por sí frágil, basta para entender consumada la fractura exterior, pues la fuerza ejercida ha de relacionarse como la causa objetiva, necesaria e idónea al fin perseguido, cual era penetrar en el inmueble.

La STS 20/1988, de 5 de enero, realiza una interpretación similar ante un factum que versaba sobre: el forzamiento de la cerradura de una puerta con unos pequeños ganchos, consiguiendo el sujeto penetrar en el interior del lugar sin haberse producido desperfectos ni en la puerta ni en la cerradura. El tribunal calificó tal relato de hechos como un delito de robo con fuerza, recordando además que la caracterización de la fractura exterior no consiste en un efectivo

³² Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., “*Tratado de la parte especial del derecho penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*”, Tomo II, Revista de derecho privado, Madrid, 1967, p.495.

³³ Elaborada principalmente entre los años 1980-2000.

fraccionamiento de una puerta o ventana con su consecuencia natural de producción de daños, sino que únicamente es necesaria la prueba de haberse ejercido cualquier esfuerzo material o “vis phisica”, aunque esta sea débil o mínima; lo cual es distinto a los casos de destreza o habilidad, que no implican una fuerza violenta.

La STS 2925/1990, de 18 de septiembre, también calificó como fractura exterior el hecho de presionar y empujar violentamente la cerradura de una puerta, hasta hacerla saltar, si bien sin llegar a romperse, puesto que se encontraba asegurada con dos pestillos, por lo que esa fuerte presión se tradujo en un “forzamiento” del propio pestillo. Esto, sin lugar a dudas, lleva al tribunal a la conclusión de que ese esfuerzo humano ha de subsumirse en el supuesto de fractura exterior, tal y como se infiere de esta doctrina. Por otra parte, la STS 143/2001, de 7 de febrero, se reafirma en dicho criterio y añade un nuevo elemento al mismo, el cual consiste en que el empleo de utensilios que actúan como palanca multiplicadora de la fuerza humana, pese a que facilita dicho esfuerzo y correlativamente disminuye la necesaria energía criminal del delincuente, ello no ha de conllevar la degradación de los hechos hasta entenderlo como hurto, ya que en este caso se están violentado tales elementos en el sentido de “romper o quebrantar con esfuerzo” el mecanismo de cierre de puertas o ventanas, aunque para el sujeto la tarea resulte más sencilla (en un sentido similar a las sentencias analizadas: SSTS 1433/1981, de 3 de diciembre; 720/1981, de 26 de mayo; 1090/1982, de 20 de septiembre; 360/1984, de 12 de marzo; 297/1988, de 6 de febrero; 566/1988, de 2 de marzo, entre otras).

A su vez, las SSTS 2206/1987, de 18 de noviembre y 852/2002, de 16 de mayo, añaden a este razonamiento general que lo esencial es vencer las dificultades interpuestas por el propietario (como ya se expuso al inicio del trabajo) y que esa aparente exigencia normativa de “rompimiento o fraccionamiento” aparece minusvalorada precisamente porque lo esencial es desactivar esos obstáculos defensivos mediante el uso de la fuerza, siempre que a su vez, tales obstáculos cumplan una finalidad de defensa, siquiera sea potencialmente.

En relación a esto último y dentro de esta gran corriente interpretativa, encontramos un criterio jurisprudencial que es incluso más laxo en dicha consideración. Según este, y ante el mismo supuesto de “mínima fuerza sin daños físicos”, ni siquiera resulta necesario valorar si el obstáculo interpuesto por el propietario cumple una efectiva finalidad defensiva. En este sentido, las SSTS 479/1981, de 6 de abril y 1347/1983, de 13 de octubre, afirman que lo verdaderamente relevante es la apreciación de que el acto de fuerza -aunque sea mínima y no produzca daños- convierta en inocuo el obstáculo puesto por el propietario, sin que sea relevante la valoración de su eventual utilidad como elemento protector, ni tampoco la valoración de si esa es una de sus finalidades; sino que lo único que se ha de comprobar a este respecto es que ese obstáculo simplemente exista. Especialmente defensora de este planteamiento es la reciente SAP de Valencia 129/2017, de 27 de febrero, sección 4ª, que ante el forzamiento de la ventana de un automóvil, consideró tal hecho como un acto de fuerza de carácter normativo (encuadrado como *fractura exterior*), pese a que en este caso la ventanilla del vehículo (que posee el carácter de medio defensivo frente a posibles sustracciones de objetos del interior), se encontraba sujeta por dos cuñas de madera; y además de eso, no se produjo ningún daño en la mencionada ventanilla. Argumenta la Audiencia que, lo relevante

en orden a la calificación de robo no es la posible efectividad del medio defensivo interpuesto por el propietario del vehículo, sino si la acción de forzamiento posee la intensidad suficiente como para poder encuadrarse en el término legal de “fractura”. En un sentido similar, y aunque algo más cuestionable, encontramos la SAP de Baleares 275/2013, de 17 de octubre, sección 2ª, en la que se consideró probado que la ventanilla de un coche se encontraba ligeramente bajada y que el delincuente ejerció una mínima fuerza para bajarla y proceder a la sustracción de objetos del interior; calificando este hecho como robo. Se puede aceptar que efectivamente se produjo algún tipo de fuerza física asimilable a la fractura exterior, pero la inexistencia de un elemento defensivo como tal debería de hacernos dudar respecto a si ese hecho efectivamente puede ser calificado como robo en lugar de hurto, y ello aunque se cumplan todos los elementos del tipo en virtud de una interpretación laxa del término “fractura” (que no exige el rompimiento efectivo).

Por todo lo expuesto, podemos concluir que, según esta jurisprudencia mayoritaria, habiéndose probado una mínima fuerza física sobre un elemento protector de la propiedad³⁴, tal hecho constituye un delito de robo; siendo de menor relevancia el hecho de ponderar la mayor o menor dificultad que supuso para el sujeto el forzar o dejar inoperativo el signo defensivo, así como la mayor o menor entidad del daño producido o simplemente, si este no llegó a producirse; en tanto que estos últimos aspectos dependen más bien de las características materiales de los elementos forzados, de las personales de los propios autores y de la efectividad de los medios y utensilios utilizados por estos; y no tanto de la energía criminal subjetiva demostrada por el delincuente (el uso de mayor o menor fuerza física), la cual constituye el fundamento principal de un mayor castigo frente a aquellos actos que no implican ese esfuerzo adicional, los cuales deben calificarse como hurto (a este respecto: SSTs 360/1984, de 12 de marzo; 656/1985, de 22 de abril y 1525/1988, de 13 de junio; y además, asumen esta misma tesis las más recientes: SAP de Madrid 341/2022, de 4 de octubre, sección 2ª y la SAP de Madrid 128/2023, de 20 de febrero, sección 23ª).

Ahora bien, pese a que esta corriente ha sido ampliamente mantenida en el tiempo por nuestro alto tribunal, y además se aprecia que la jurisprudencia menor la sigue aplicando mayormente en la actualidad; existe un **criterio interpretativo restrictivo**, de carácter minoritario y más reciente en su elaboración. Esta tesis o doctrina se caracteriza por entender, que en aplicación estricta del art. 238.2º CP, además de una acción que implique fuerza violenta, se requiere la producción efectiva de “fractura”, o lo que es lo mismo: la apreciación de “daños materiales” en el elemento protector de la cosa.

Especialmente relevante a estos efectos es la impecable SAP de Castellón 215/2011, de 17 de mayo, sección 2ª. Esta Audiencia enjuició un caso en el que el sujeto activo ejerció una fuerte presión sobre la ventanilla completamente cerrada de un vehículo, hasta que esta cedió y se bajó, procediendo seguidamente a introducirse en el interior del habitáculo para sustraer los efectos que allí se contenían, sin que se produjera ningún tipo de desperfecto ni daño en la ventanilla, ni en el vehículo en general. A este respecto, la audiencia razona que estos hechos no pueden resultar amparados en el supuesto de fractura externa del art. 238.2º CP, ya que

³⁴ Independientemente de si para unos u otros la finalidad protectora es más o menos relevante.

este precepto habla de “fractura” de puerta o ventana, y ello conlleva necesariamente la producción de una rotura material o un efectivo rompimiento del elemento de seguridad o cerramiento, aunque sea en grado mínimo. Por ello, afirma que, en los casos en los que se consigue acceder al lugar donde se encuentran las cosas mediante el uso de fuerza pero sin la rotura del elemento protector, ello queda fuera del ámbito de aplicación del robo; ya que otra solución implicaría una “interpretación analógica del precepto *in mala partem*, proscrita por el principio de legalidad, al reputar como fractura o equiparar esta a supuestos en que no hay tal”, concluye razonablemente el tribunal.

En el mismo sentido, encontramos la recentísima STS 894/2021, de 18 de noviembre. En ella consta una relación de hechos probados defectuosa desde un punto de vista técnico, ya que se dice que el acusado accedió a un garaje comunitario (sin describir de qué forma), y una vez dentro, forzó la ventanilla de un vehículo hasta que consiguió acceder al interior, sustrayendo así diversos efectos; sin que por otra parte conste probada la existencia de ningún daño. Pues bien, el tribunal afirma que no cualquier empleo de fuerza sobre las cosas produce el efecto de transmutar el hurto en robo, sino que ese efecto solo se producirá cuando esa fuerza resulte posible subsumirla en alguna de las contenidas en el art. 238 CP. Por ello, atendiendo a los hechos, se argumenta que resulta imposible conocer qué tipo de fuerza se realizó para acceder al garaje y para acceder al vehículo; o incluso si esta llegó a existir, y ello precisamente porque no se apreció daño o desperfecto alguno en el referido vehículo. Por tanto, el tribunal califica los hechos como un delito simple de hurto.

Como puede apreciarse, este último criterio es mucho más respetuoso con el término “fractura”, que según la RAE se define como “la acción y efecto de fracturar”; que a su vez “fracturar” significa “romper o quebrantar con violencia una cosa”; y que “quebrantar” es “romper o separar algo con violencia”. Por todo lo expuesto en este epígrafe, resulta claro que este criterio minoritario de elaboración actual resulta más adecuado a las exigencias de la literalidad de los preceptos penales, en cuanto a su interpretación se refiere. Por ello, lo lógico sería que se constituyese como el criterio mayoritario en la actualidad, habiéndose aplicado ya por la SAP de Madrid 88/2022, de 24 de febrero, sección 29ª. Sin embargo, como demuestran las otras dos recientes sentencias citadas en la corriente interpretativa flexible, esta cuestión no se encuentra para nada zanjada y la jurisprudencia menor continúa siendo errática en la aplicación de un criterio unitario, en tanto que la tesis antigua del TS parece que sigue predominando en los supuestos en los que existe fuerza física sin daños materiales, calificándolos como robo con fuerza.

III. Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.2º CP

Respecto a esta cuestión de fuerza sobre elementos distintos a “pared, techo, suelo” o “puerta o ventana” encontramos, a grandes rasgos, dos criterios interpretativos. Si bien se ha de precisar que pese a existir estos dos criterios más o menos genéricos, la clasificación como robo o hurto dependerá del concreto elemento (no tipificado) sobre el que se ejerza la fuerza, ya que se han de tener en cuenta las características materiales del mismo. Por este motivo, los

dos grandes grupos de casos que se expondrán (así como sus argumentaciones jurídicas), no se basan tanto en que el criterio jurisprudencial aplicado en un grupo de casos sea contradictorio respecto al criterio del otro grupo, ya que se ha de insistir en que la inclusión de un elemento en el art. 238.2º CP depende de las características propias de ese elemento, tales como su solidez o finalidad defensiva... Por ello, los criterios pueden llegar incluso a ser complementarios en tanto que se refieren a elementos distintos (si bien se mencionará algún caso en el que ante un mismo elemento, una sentencia lo encuadra en el art. 238.2 CP y otra lo excluye).

Aclarada esta cuestión inicial, en primer lugar apreciamos un **criterio más flexible** en cuanto a la interpretación de los elementos típicos de la fractura externa, que atiende a la finalidad de la norma. En virtud de este criterio, no puede dejar de calificarse como robo a aquellos supuestos en los que se ejerce fuerza sobre elementos que tienen características similares a los mencionados en el texto legal, sin que ello implique una interpretación analógica, ya que no puede pretenderse que un artículo mencione todas las posibles variaciones y formas que los elementos típicos pueden revestir en la práctica; siendo relevante tipificar únicamente aquellos de carácter más general (como son: pared, techo, suelo, puerta y ventana)³⁵. Una parte de la doctrina justifica esto añadiendo que aunque ciertos términos no se mencionan en la ley, deben entenderse incluidos en tanto que “imponen un cierre o impedimento al libre acceso al local o espacio del que forman parte”³⁶, y ello aunque no sean igual de sólidos que los del tipo penal.

Como sentencias ejemplificativas de este razonamiento encontramos aquellas que se refieren a supuestos en los que se fracturan “*escaparates*” (elemento físico no estrictamente mencionado en el art. 238.2º CP). Si bien se ha considerado sistemáticamente por el TS que dicho elemento cumple la misma finalidad que una “pared o ventana”, por tanto, se estima aplicable por equivalencia (así ha sido apreciado sin solución de continuidad por las SSTS 396/1979, de 2 de abril; 485/1980, de 29 de abril; 1020/1980, de 7 de octubre; 4100/1991, de 23 de diciembre; 960/1998, de 23 de octubre y 400/2000, de 14 de marzo; entre otras hasta la actualidad). También hemos de mencionar la STS 1367/1986, de 31 de octubre, en la que se recuerda que es doctrina jurisprudencial constante la estimación de “fractura exterior” no solo en los casos en los que se produce sobre “paredes, techos, suelos o puertas o ventanas”, sino que en este aspecto es ineludible mantener una concepción jurídica amplia para no dejar fuera del tipo supuestos en los que se ejerce esa fuerza sobre elementos más concretos que no quedan abarcados de manera literal por el art. 238.2º CP. En relación a otro supuesto de hecho, que consiste en la rotura de “*vallas de alambre de espino o de red metálica*”, tal elemento fue equiparado al término “pared” por la STS 631/1999, de 21 de abril, afirmando en su fundamentación jurídica que tal acción se incardina perfectamente en el tipo de la

³⁵ Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, cit., p.140.

³⁶ Ídem; así como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., pp.95-96; y MARCHENA GÓMEZ, M., y MORENO VERDEJO, J., “*El delito de robo en el código penal de 1995. Jurisprudencia del tribunal supremo y de las audiencias provinciales. Consultas de la fiscalía general del estado*”, Constitución y Leyes (Colex), Madrid, 1998, p.19.

fractura exterior *ex art. 238.2º CP*; si bien no da más explicaciones ni se basa en ningún precedente jurisprudencial ni opinión doctrinal.

Por otro lado encontramos un **criterio jurisprudencial** que gira en torno a una **interpretación más literal** del precepto de la fractura externa, tomando en consideración la mayor o menor solidez del elemento en cuestión. Y es en relación al último supuesto de hecho analizado *-fractura de vallas de alambre de espino o red metálica-* respecto al que se aprecia una divergente interpretación jurisprudencial.

Esta concreta actuación delictiva ha sido ampliamente tratada por el TS, y pese a la existencia de la recién mencionada STS 631/1999, de 21 de abril, el elemento “valla” no se ha considerado generalmente como equivalente al elemento legal de “pared”. En efecto, la STS 463/1981, de 3 de abril, ya consideró que el hecho de cortar por dos lugares diferentes los hilos de un alambre de espino que conformaban una valla, por más que eso demuestra una especial energía criminal contra las defensas interpuestas por el propietario, no puede entenderse dentro del precepto de la fractura exterior, ya que se ha de interpretar estrictamente la literalidad del mismo. En un sentido idéntico, la STS 772/1988, de 22 de marzo, afirmó que estos hechos no pueden subsumirse en el precepto de fractura exterior puesto que cortar una valla no supone “un rompimiento de pared”. Finalmente, la STS de 7 de mayo de 1992 (nº de recurso 5713/1990), conceptúa que fracturar una alambrada no puede equipararse al rompimiento de pared, ya que esto último se refiere a un elemento compacto y rígido materialmente, por lo que aceptar esa equivalencia supondría actuar contra reo y de manera analógica, por lo que procede la aplicación del hurto.

Respecto a este mismo supuesto de hecho encontramos la reciente SAP de Badajoz 176/2016, de 27 de octubre, sección 3ª, que realiza un extenso análisis jurídico sobre la cuestión. Los hechos concretos versaban sobre la fractura de una alambrada metálica de una explotación ganadera mediante unos alicates. En su argumentación comienza comparando los términos “pared” y “valla”, afirmando que desde un punto de vista gramatical ambos conceptos son distintos, pero desde un punto de vista legal pueden llegar a tener la misma finalidad pensada por el legislador penal a la hora de tipificar los elementos normativos (esta es, la de delimitar y proteger un espacio frente a intrusiones ilegítimas). Sin embargo, afirma que si el fundamento de la mayor penalidad del robo es el despliegue de una “especial energía criminal” (que se aprecia cuando existe algún tipo de fuerza sobre los elementos del art. 238.2º CP), existirá fractura exterior cuando esa construcción vertical (ya sea pared, muro, tapia o valla) que por sus características materiales (sólidez, altura, método de construcción) sea evidente que fue ideada para repeler los accesos ilegítimos, de modo que el criminal tenga que recurrir a un procedimiento más difícil o complejo para poder penetrar. Por todo ello, cuando se trate de elementos que simplemente delimitan una parcela o que poseen una escasa solidez o consistencia, y no suponen para el criminal una dificultad agravada, pese a que objetivamente puedan ser equiparados a “pared”, los hechos habrán de ser necesariamente calificados como hurto. En base a estos argumentos, califica el hecho efectivamente como

hurto, al ser la valla de escasa consistencia y meramente delimitadora de la propiedad, lo que no puede entenderse como que se haya fracturado “pared”, conforme exige el Código Penal.

Como supuesto de hecho distinto pero respecto al que se aprecia un razonamiento similar, hemos de mencionar la SAP de A Coruña 112/2017, de 6 de marzo, sección 1º. Tal sentencia enjuiciaba el hecho de “*rasgar la tela de una tienda de campaña*”, para penetrar en su interior y sustraer los bienes que esta contuviese. La Audiencia, asumiendo una interpretación estricta, concluyó que el “rompimiento de una tela de tienda de campaña” no puede asimilarse a “rompimiento de pared”, en tanto que lo primero es débil y no implica energía criminal y lo segundo es obra de albañilería, de mayor robustez, lo que implica una dificultad superior para el delincuente.

Y respecto a esto último y como conclusión de este segundo grupo de casos; se ha llegado a decir por la doctrina científica que parece absurdo otorgar un mayor privilegio a los ladrillos, tejas, baldosas o maderas³⁷ (componentes materiales que suelen utilizarse para la construcción de los elementos típicos) frente a otros elementos más débiles (como sería una tienda de campaña o una valla de alambre). Si bien, es precisamente esa mayor fortaleza la que fundamenta su inclusión en el tipo penal, ya que esta es la que proporciona esa solidez defensiva frente a posibles actos de apoderamiento ilícitos.

IV. Inclusión de los bienes muebles en la fractura exterior

Finalizaré el epígrafe con el tratamiento de esta cuestión, que no es tanto un problema interpretativo, sino una cuestión de delimitación conceptual. En efecto, se aprecia que la jurisprudencia mayoritariamente encuadra en el numeral segundo del art. 238 CP la fuerza ejercida sobre automóviles, vagones de ferrocarril, etc... Aunque existen algunas sentencias que por el contrario encuadran estos supuestos en el artículo 238.3º CP de la fractura interior. Si bien ha de decirse que esa calificación divergente pierde importancia en tanto que la penalidad del delito es exactamente la misma en cualquiera de los cinco medios comisivos que se contemplan en el art. 238 CP. Y pese a ello, no está de más aclarar la cuestión para calificar estos supuestos con propiedad jurídica.

La doctrina señala que desde el CP de 1944; en el que se eliminó como requisito del tipo básico de la fractura exterior el acceder a “bienes inmuebles”, pasando este elemento a ser un agravante del robo con fuerza; nada impide que puedan encuadrarse en el art. 238.2º CP a ciertos bienes muebles (a sus paredes, puertas o ventanas) que cumplan una función defensiva o de aseguramiento³⁸. Así ha sido pacíficamente mantenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Y pese a afirmarse que la fractura exterior se ejecuta principalmente sobre bienes inmuebles, la apertura violenta de un automóvil (que a estos efectos merece la calificación de “recinto cerrado provisto de puertas de acceso y ventanas”), debe equipararse

³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., p.97.

³⁸ *Ibidem.*, pp.104-105.

a la apertura, también violenta, de un edificio o bien inmueble (por todas, SSTS 783/1981, de 4 de junio; 1352/1982, 6 de noviembre; 1176/1984, 13 de julio y 566/1988, 2 de marzo).

4.4. LA FRACTURA INTERIOR

a) Concepto

Conforme al texto legal, *ex art. 238.3º CP*, entendemos por “fractura interior o mobiliaria” a la “*fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo*”. Resulta necesario ejercer algún tipo de fuerza física sobre el continente inmediato o el recipiente concreto en el que se hallan las cosas, lo que le diferencia de la fractura exterior; ya que en esta, la fuerza se ejecuta sobre el bien (inmueble o mueble), que también es objeto continente pero desde una perspectiva delimitadora más amplia respecto al espacio exterior³⁹. Por su parte, el último inciso es relevante en orden a determinar la consumación de esta modalidad de robo con fuerza en ciertos casos.

En cuanto a la evolución normativa de esta circunstancia comisiva, se ha de decir que sí ha sufrido una modificación respecto al CP de 1973. En el CP actual se añadió el término “forzamiento”; aunque solo respecto a las *cerraduras* del elemento continente y no sobre el continente en general, lo que implica que para la jurisprudencia dictada a partir del 1995 ya no resultaba necesaria la apreciación de fractura en sentido estricto (esto para la doctrina más restrictiva o estricta), sino que si la cerradura del elemento aparecía forzada, este hecho ya constituía un delito de robo. Por otra parte, también se añadió “el descubrimiento de las claves” del bien continente; si bien esta circunstancia no ha dado lugar a interpretaciones divergentes del TS, ni en general ha gozado de gran aplicación práctica. Finalmente, el último inciso del precepto también se modificó; en este sentido, véase *infra* el último problema interpretativo de la *fractura interior*, donde se analiza exhaustivamente.

Por su parte, en términos conceptuales, se ha de precisar que nos encontramos ante tres supuestos diferenciados. La “fractura” de armarios, arcas o muebles análogos se refiere al mismo significado de rompimiento o fractura explicado en la *fractura exterior*, esto es, la aplicación de fuerza violenta con producción de daños físicos, con las matizaciones que se realizarán. Por su parte, el “forzamiento de cerradura” implica también el uso de una fuerza física, que podrá ser más o menos intensa, pero no se requiere la producción de daños o su inutilización por su propio significado; además, dentro del concepto de cerradura, se incluye

³⁹ En otros términos, podría decirse que el “objeto mueble continente” de la *fractura interior* será generalmente reducido y solo contendrá una única cosa, frente al “inmueble o mueble continente” de la *fractura exterior*, que será de mayor dimensión y podrá contener multitud de efectos y pertenencias; además de poseer pared, techo, suelo, puerta o ventana.

cualquier dispositivo de cierre de que disponga el mueble, como son los *candados* (según la STS 1549/2001, de 31 de julio); ahora bien, si el forzamiento de la cerradura se produce mediante la utilización de llaves falsas (en su sentido legal), habrá de aplicarse el art. 238.4º y 239 CP. Finalmente, el “descubrimiento de claves” se refiere a un supuesto de destreza intelectual y/o manual asimilado a la fuerza por mera voluntad de la ley; que ha de ejercerse sobre mecanismos de apertura, ya sean mecánicos o electrónicos, que no funcionan con llave, sino que se activan mediante la combinación o secuencia de signos, números o sonidos, o introduciendo ciertos datos biométricos, como pueden ser las huellas dactilares, los ojos, el reconocimiento del propio rostro, etc... Por otro lado, esta modalidad comisiva, en tanto que se refiere a un “descubrimiento”, equivale a cualquier forma de “conocimiento ilícito” de la clave en cuestión; por ello, si el conocimiento es legítimo porque por ejemplo el sujeto dispone de la clave por su situación laboral o cargo, y posteriormente realiza un “uso ilícito” de tal clave para lucrarse y apoderarse de efectos de valor, ello, según la doctrina mayoritaria, excluye la tipicidad del robo en estricta aplicación del precepto penal (ya que “descubrimiento” y “uso” no son términos equivalentes); por lo que no quedaría más que la opción de calificación de hurto⁴⁰.

b) Principales problemas interpretativos

Como se ha analizado, el concepto de “fractura” -ejercicio de una fuerza física violenta, con la producción de un daño material-, es en principio el mismo tanto para la *fractura exterior* como para la *interior*, con la diferencia de los elementos sobre los que se ejerce. Por este motivo, los problemas de interpretación relativos a la existencia de **“habilidad o destreza manual”** sin la apreciación de fuerza física y el de la existencia de **“fuerza física pero sin daños materiales o con daños mínimos”** explicados *supra* en la *fractura exterior*, resultan análogos a la fractura interior, por lo que los criterios jurisprudenciales también resultan generalmente aplicables; si bien se ha de decir que respecto a la aplicación de estos problemas comunes, las corrientes mayoritarias y minoritarias no se han desarrollado estrictamente de la misma manera en los casos de fractura interna. Sin perjuicio de esto último, y sin un ánimo expansivo y repetitivo, se expondrán en líneas generales los criterios divergentes mantenidos por la jurisprudencia (con las particularidades de la fractura interior), remitiéndose a la lectura del apartado de la *fractura exterior* en el que se realizó un estudio extenso y pormenorizado.

⁴⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), y MORALES PRATS, F (Coord.), “Comentarios al Código Penal”, cit., p.58; así como SOUTO GARCÍA, E.M., “Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pp.141-142; y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentarios al código penal. Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo”, Vlex, publicado por Vlex, 2015, p.551. (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/12899>; última consulta: 23/04/2023).

I. Habilidad o destreza manual

Como se ha dicho, existen dos tesis o corrientes jurisprudenciales divergentes por parte del Alto Tribunal respecto a estos casos fácticos de destreza, si bien en la *fractura interior*, a diferencia de la *fractura exterior*; se aprecia que esta problemática es de absoluta vigencia, y ello lo demuestra la existencia de sentencias recientes de las Audiencias que son altamente contradictorias ante supuestos de hecho análogos.

Existe una **corriente jurisprudencial extensiva o laxa**, que ha sido históricamente aplicada en mayor medida por el TS⁴¹ y que parece estar abandonándose en la actualidad en las interpretaciones de la jurisprudencia menor⁴². Dicha corriente entiende subsumible como “fractura”, y aquí también como “forzamiento de cerraduras”⁴³, cualquier acción que sea vulneradora de los medios defensivos (en este caso, los muebles cerrados o sellados) puestos por el propietario para evitar la sustracción de su contenido; y ello aunque esa acción no implique algún tipo de fuerza física, ya que se considera suficiente la apreciación de un esfuerzo humano mínimo. Por lo que para esta doctrina es claro que en supuestos de destreza psicomotriz existe ese esfuerzo. Esta doctrina ha sido ampliamente seguida en el tiempo por el TS, encontrando a su vez algún ejemplo de jurisprudencia menor actual en la que, ante supuestos de habilidad o destreza, se ha apreciado *fractura interior* (en los casos de *fractura exterior* se encontraba una mayor cantidad de sentencias). Así fue el caso de la SAP de Tenerife 341/2016, de 22 de septiembre, sección 5ª; en la que, ante la acción de “desencajar la puerta corredera de un armario”, que pudo volver a encajarse sin la producción de ningún daño, se argumenta que en tanto este era un elemento de protección de lo que en su interior se halla, el haberse violentado el mismo (desencajando la puerta), constituye fuerza de carácter normativo, ya que mediante esfuerzo humano se vulneró el mecanismo de defensa, y ello aunque no se produjeran daños físicos en el mueble continente ni la acción implicase violencia. Como resolución similar y defensora de este criterio, la STS 5857/1998, de 22 de julio (si bien en este caso se sacó una persiana de su guía, sin el uso de violencia ni produciéndose daños, encuadrándose este supuesto en el art. 238.2º CP; el criterio o la idea que fundamenta la calificación de robo es igualmente aplicable a la argumentación de la anterior sentencia del caso de *fractura interna*). En realidad, en ambos casos solo puede apreciarse la existencia de “destreza”, no una “fractura” ni “forzamiento de cerradura” (esto último para el caso de *fractura interna*); y pese a tal consideración, esta jurisprudencia entiende por *fractura* “la violencia, destrucción o el rompimiento”, pero también “el forzamiento, el resquebrajamiento o el hecho de obligar física o habilidosamente a las cosas y que estas cedan”.

Por otro lado, encontramos un **criterio jurisprudencial más estricto y taxativo**, que como se ha dicho, parece estar imponiéndose en la actualidad en virtud de su mayor aplicación por la jurisprudencia menor (al contrario que en los supuestos de *fractura externa* ya analizados

⁴¹ Sirva de apoyo a lo afirmado las SSTS citadas en el epígrafe relativo a la *fractura externa*, en relación a casos de destreza análogos.

⁴² También aquí ha de decirse que no se han encontrado SSTS recientes que traten esta problemática concreta.

⁴³ Lo cual es lógico, ya que si en general se acepta lo más, necesariamente se aceptará lo menos (entendiendo que en términos de violencia, el concepto de “forzamiento” es más leve que el de “fractura”).

supra, en donde sigue predominando el criterio extensivo en la actualidad). La idea esencial de este criterio se basa en entender que si en el mecanismo delictivo no apreciamos una fuerza violenta sobre el elemento continente (o al menos, el forzamiento de la cerradura), sino que la acción es fruto de la habilidad y diligencia del sujeto, no existirá fuerza típica, en estricta aplicación del tipo penal (SSTS 2427/1994, de 14 de septiembre y 506/2000, de 18 de marzo). Ejemplificativa de este criterio es la reciente SAP de Barcelona 221/2019, de 25 de marzo, sección 5ª; en la que no se apreció la existencia de fuerza de carácter legal en la acción de desencajar el cristal protector de una máquina recreativa para sustraer su contenido, sin la producción de daños. El tribunal argumenta que esa acción de “desencajar” no equivale al sentido literal de “fracturar”; en consecuencia, los hechos merecen la calificación de hurto. En un sentido similar, la SAP de Madrid 255/2015, de 9 de abril, sección 6ª; niega la calificación de fractura interna a un supuesto de delicada destreza manual: en concreto, se introdujo una varilla metálica en la bandeja de una máquina tragaperras, accionando por dentro al mecanismo pagador, y consecuentemente se extrajeron todas las monedas de su interior. Se concluye que esa acción no implica un “forzamiento de la cerradura” del bien continente (la máquina), ya que el mecanismo automático que ejerce de pagador no constituye una cerradura, y aunque así fuera, no se violentó tal elemento, y mucho menos se produjo una fractura; por lo que no existe fuerza de tipo normativo y ello a pesar de la energía criminal del sujeto en cuanto a su metodología se refiere, ya que del texto legal no puede inferirse otra calificación si no existe fuerza violenta, o al menos la manipulación física del elemento cerradura. Un supuesto similar fue enjuiciado en la SAP de Madrid 381/2018, de 22 de mayo, sección 23ª; si bien en este caso el uso de la varilla se utilizó para manipular el cajetín de una cabina telefónica. El tribunal sí calificó los hechos como fractura interior en tanto que aquí sí se “forzó” la cerradura del citado cajetín y se apreciaron desperfectos materiales en dicho mueble. Pese a que la acción es considerada mayormente como de destreza (aunque también se aprecia cierta violencia por los desperfectos ocasionados), se encuadra en el tipo al haberse constatado “forzamiento de cerradura”, que sí se contempla en el texto legal; lo cual es distinto al caso anterior donde también se apreciaba una acción de habilidad manual, pero esta se realizaba sobre un elemento del bien continente que no era la cerradura del mismo y además en tal caso no se apreció una mínima violencia física.

II. Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos

Al igual que en la *fractura exterior*, el art. 238.3º CP alude, respecto a la “fractura”, al ejercicio de fuerza que en principio ha de producir daños físicos en el elemento cerrado continente; por su parte, el término “forzamiento” en principio también hace referencia al ejercicio de un mínimo de fuerza o al menos a un esfuerzo humano de cierta entidad (como se mantiene en la anterior SAP de Madrid 381/2018, de 22 de mayo, sección 23ª), si bien en este caso no parece que sea necesaria la apreciación de daños, ni siquiera la inutilización del mueble continente, sino simplemente la prueba de que se ha manipulado con violencia la cerradura de tal elemento. A partir de estas consideraciones, encontramos dos corrientes jurisprudenciales de sentido contrario elaboradas por el TS.

Un **criterio flexible**, que entiende que ante la existencia de algún tipo de fuerza física sobre el elemento continente, tal hecho implica fractura interior, aunque no se aprecien daños físicos o estos sean mínimos (es decir, pese a que no exista fractura del bien mueble cerrado, ya que como se ha dicho, en el forzamiento no se requiere la producción de daños ni la inutilización, y esto por el propio concepto de “forzamiento”). Este criterio atiende a un concepto amplio de “violencia, forzamiento o quebrantamiento” sobre el bien continente en general, siempre que sea la causa objetiva para acceder a dicho elemento, equiparándose estos términos, por tanto, al estricto concepto de “fractura o rompimiento del elemento continente” (en este sentido, entiéndase como aplicables las SSTS de la *fractura exterior* relativas al mismo problema). Se constituye este criterio como el mayoritario en la actualidad, y así se aprecia en la recentísima SAP de Barcelona 560/2022, de 16 de septiembre, sección 8ª. Los hechos de la misma versaban sobre la manipulación del sillín y de una motocicleta en general, empleando fuerza en diversos lugares (sin que constase que fuera concretamente en la cerradura del sillín), consiguiendo de esta manera acceder al interior de este compartimento con la intención de apoderarse de su contenido; todo ello sin que el referido elemento ni la motocicleta presentara daño alguno. La Audiencia afirma que en este caso se da el supuesto de fractura interna, en tanto que se ha desplegado fuerza física sobre un continente mueble, para superar con ello el mecanismo de defensa y protección dispuesto por el propietario. En efecto, se considera que la conducta del sujeto consistente en manipular repetidamente la motocicleta y el asiento, ejerciendo principalmente una fuerte presión sobre un cable situado en la parte delantera de la motocicleta, fue la causa objetiva de que el sillín cediera; y esto inevitablemente constituye “fractura” del art. 238.3º CP. Por ello, es claro que a consideración del tribunal, no se exige la producción de ningún tipo de daño en tanto que se ha probado la existencia de fuerza violenta sobre un continente cerrado, no exigiendo el tipo penal la producción de daños.

Por su parte, el **criterio interpretativo más restrictivo**, ha sido y sigue siendo minoritario respecto a la exigencia de apreciar *daños materiales* para la calificación de robo (en la *fractura exterior* este criterio también continúa siendo minoritario, si bien existe la STS 894/2021, de 18 de noviembre, que lo acoge). Respecto al concepto de “fractura”, se basa en la existencia de fuerza física que sea objetivamente capaz de producir en el mueble debidamente cerrado su fractura, por lo que necesariamente existirán daños; o en la apreciación de que existió “vis física” sobre su cerradura (si bien para esta doctrina en este último caso no resulta necesario la producción de daños por el propio concepto de “forzamiento”, que no implica rompimiento). La STS 881/2001, de 21 de mayo, ya concluyó que ante un hecho que versaba sobre el zarandeo de una caja registradora, se aprecia efectivamente la existencia de fuerza física sobre el continente, pero esa fuerza no es reconducible a una “fractura o forzamiento de cerradura”, circunstancias que no pudieron apreciarse, ya que la caja no apareció fracturada o rota ni tampoco su cerradura, por lo que falta un elemento típico del delito. Como incluso más restrictiva y exigente encontramos la STS 742/2000, de 26 de abril, que trata un caso en el que se produjo *la efectiva apertura* de un cajetín de cabina telefónica mediante el empleo de fuerza violenta (así se afirmó incluso por el propio acusado). Considera el tribunal que esa fuerza real probada no puede ser equiparada a la fractura o forzamiento de cerradura, pese a que también se constató la

existencia de desperfectos sobre el cajetín, ya que no se alcanzó la fractura en su sentido genuino, ni tampoco los desperfectos aparecían concretamente en su cerradura. Por tanto, “existió fuerza violenta, pero no consta que fuera típica”, concluyó el tribunal.

Para terminar y a modo de reflexión sobre este punto, se ha de decir que desde una perspectiva de entendimiento razonable, el término “fractura” no puede significar otra cosa más que eso: la división de un elemento en varias partes, lo que inevitablemente conlleva un daño; aunque no es menos cierto que la circunstancia de que el elemento violentado llegue a fracturarse o no, depende más bien de las características de dicho elemento y no tanto del despliegue de energía criminal, ya que que esta consideración parece depender en mayor medida del puro azar; no resultando razonable que en los supuestos en los que eventualmente no se llegué a la producción de daños, el sujeto activo se vea favorecido en la pena por tal consideración. Aunque como se ha dicho, el precepto penal no parece permitirnos llegar a otra solución, al mencionarse el término “fractura” y el término “forzamiento” solo sobre la *cerradura*, y no sobre el elemento en su conjunto; siendo que en el hipotético caso de que se contemplase el término “forzamiento”, a secas, sí sería posible la calificación como robo aún en los casos en los que no se llegase a la producción de daños, bastando el mero ejercicio de fuerza física sobre el elemento continente para la calificación de robo.

III. Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.3º CP; y fuerza pero sin la relación de “fractura sobre el objeto continente”

Respecto a estas dos cuestiones, se aprecia una similitud en cuanto a la dificultad para calificar ciertos casos como robo con fuerza. En el primer caso lo determinante será considerar al elemento continente como asimilable a un “bien mueble cerrado”; por su parte, en el segundo caso se habrá de valorar si la acción real de fuerza puede subsumirse en lo que exige el tipo, que es “fuerza sobre el elemento continente para sustraer el contenido”, lo que se desprende del art. 237 CP cuando indica que la fuerza se ha de emplear para “acceder al lugar donde las cosas se encuentran” y del propio art. 238.3º CP, cuando indica que “la fractura se ha de producir sobre un mueble cerrado”, lo que por sí solo no tendría sentido sin entender que la finalidad de ello es apoderarse de lo que se encuentra en su interior.

En relación a la **fuerza sobre elementos no tipificados en el art. 238.3º CP** encontramos, en primer lugar, aquellos casos de “*fractura de depósitos de combustible de vehículos*”, que han sido calificados contradictoriamente por la jurisprudencia menor.

Por un lado, este supuesto de hecho ha sido calificado como **hurto** tomando como referencia el criterio analizado al inicio del trabajo de “función defensiva u obstaculización del elemento continente interpuesto por el propietario”. Para esta jurisprudencia, el hecho de realizar un corte o fracturar el depósito de un vehículo, pese a cumplir los requisitos típicos de ser fractura violenta sobre un bien mueble cerrado, no puede considerarse que tal elemento continente cumple una función defensiva del combustible propiedad del dueño del vehículo, sino que simplemente cumple una función de depósito y canalización hacia el motor del

vehículo, intrínseca a todo funcionamiento o ingeniería automovilística (este razonamiento fue mantenido por la SAP de Madrid 540/2016, de 20 de octubre, sección 29ª).

En sentido contrario, las SSAP de Madrid 505/2010, de 3 de septiembre, sección 16ª y de la AP de Albacete 139/2019, de 3 de abril, sección 2ª; que calificaron este hecho como **robo**. La primera de las sentencias se basa en la “doctrina flexible del TS”, recientemente explicada, que entiende como suficiente la existencia de una mínima fuerza sin que sea necesario atender a la causación de daños materiales; si bien aquí la Audiencia sí requirió que el elemento continente quedara inutilizado, y además, se desatendió en parte la consideración de si dicho elemento cumple o no una función defensiva, ya que ello no es exigido por el tipo penal, bastando la constatación de violencia sobre el elemento continente para sustraer lo que dentro se contiene, considerando a su vez a “un depósito de combustible” como equivalente a un “mueble cerrado”. En la segunda sentencia la calificación es la misma, si bien el supuesto no es exactamente igual, ya que no se acreditó fractura del depósito de combustible, pero sí su forzamiento y la extracción del contenido; por lo que en este caso entiende el tribunal que tal acción se incardina en el elemento “forzamiento de cerradura”, en tanto que el depósito constituye una cerradura del objeto continente (el vehículo) para introducir y proteger el combustible. Para alcanzar tal conclusión, se basa en la analogía fáctica que suponen los casos de *forzamiento de la cerradura del maletero o guantera* para sustraer los efectos del interior de un vehículo, que son considerados por la jurisprudencia menor, mayormente, como robo (en este último sentido: SSAP de Las Palmas 202/2012, de 19 de octubre, sección 2ª; de AP de Jaén 129/2015, de 26 de mayo, sección 2ª y de AP de Valencia 117/2017, de 16 de febrero, sección 5ª).

Como supuesto de hecho parecido al recién analizado, hemos de referirnos a la “*fractura de tuberías u oleoductos que transportan combustible*”, en el que se aprecia una similitud fáctica, pero que no coincide exactamente en sus elementos materiales. Este peculiar caso fue enjuiciado en la reciente STS 573/2019, de 25 de noviembre. Los hechos se referían a una “perforación” realizada sobre unas tuberías subterráneas con la consiguiente extracción de enormes cantidades de gasóleo mediante la utilización de válvulas y mangueras de gran presión. Se basa el tribunal igualmente en el “criterio de superación de las barreras de protección de la cosa”, pero simplemente asume la argumentación del tribunal de instancia, que expuso que la fuerza física ha de ejercerse para acceder al instrumento protector puesto por el dueño, por lo que la “perforación de una tubería” (que inevitablemente implica fractura, y por ende, daños) no supone fuerza típica, en tanto que su función es únicamente la de transportar ese líquido de un lugar a otro, y que el hecho de que se encuentre cerrada es debido a las necesidades y características propias de una tubería, por lo que no se aprecia una equivalencia entre este elemento y un “bien mueble cerrado” del art. 238.3º CP; concluyendo a su vez que la reforma del CP por la LO 1/2015, que introdujo nuevos tipos agravados del hurto y en concreto el del art. 235.3º CP, supone la evidencia de la correcta calificación como hurto y no como robo (aunque no aplica dicho precepto debido a que los hechos fueron anteriores a 2015, sí entiende que resultarían subsumibles en el mismo). Si bien olvida el tribunal que tal precepto resulta aplicable cuando el objeto material de la sustracción son: “las conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras...de hidrocarburos...”,

no cuando el bien sustraído es el propio contenido que esos elementos pueden contener o transportar (“el combustible”), lo que evidencia la incorrecta calificación.

Respecto al problema de la *fuerza pero sin la relación de “fractura sobre el objeto continente”* ex arts. 237 y 238 CP, hemos de analizar el tratamiento dado por el TS a aquel mecanismo delictivo tan habitual en la delincuencia callejera, consistente en “*fracturar la cadena de seguridad de los ciclomotores*”.

Inicialmente, la calificación que recibía este hecho era la de robo con fuerza (en la mayoría de casos se encuadraba en el supuesto de *fractura interior* y en menor medida en el de *fractura exterior*⁴⁴), y además tal calificación se realizaba de manera indiscutida por el TS.

En apoyo a lo comentado, encontramos las SSTS 2206/1987, de 18 de noviembre y 2367/1987, de 2 de diciembre, en las que ante este supuesto, se llegó a la calificación de robo con fuerza en la modalidad de *fractura interior*. En ellas, tal calificación se fundamenta en la **doctrina general extensiva** ya analizada. La primera de las sentencias argumenta que la fuerza en las cosas equivale simplemente a vencer los obstáculos puestos por el propietario para la defensa de sus bienes (en este caso: rompimiento del candado de seguridad colocado por el propietario en su bien). Por otro lado, la segunda sentencia simplemente justifica que, al existir ese medio de defensa (el candado debidamente cerrado), su fractura constituye la acción mediante la que se procede al apoderamiento del vehículo, por lo que es plenamente aplicable el precepto legal de la fractura interior. Tal doctrina general se fundamenta en las SSTS 1289/1983, de 3 de octubre; 360/1984, de 12 de marzo; 656/1985, de 22 de abril y 2275/1987, de 23 de noviembre.

Si bien, resulta altamente importante para la doctrina adoptada posteriormente la STS 1301/1988, de 25 de mayo, en la que ya se adelantaría que ese criterio interpretativo extensivo no era estrictamente respetuoso con el principio de legalidad y taxatividad penal de los arts. 9.3 y 25 de la CE, por lo que habría de ser necesariamente revisado en un futuro. Sin embargo, dicha sentencia, ante el mismo hecho que las anteriores, vuelve a traer a colación la doctrina ya expuesta y las sentencias que le sirven de apoyo, para calificar en este caso los hechos como fractura exterior ex art. 504.2º CP 1973. Pero fue esta sentencia la que dio lugar a un nuevo criterio jurisprudencial.

En los siguientes años, comenzaría a producirse tal cambio de criterio **a favor del principio de legalidad**. Si bien ha de decirse que el pasar en tales calificaciones de la figura del robo a la del hurto, aún resultando más respetuoso con el antedicho principio, conllevaba una incoherencia en cuanto a política criminal se refiere (como los casos de fuerza sobre el

⁴⁴ Por lo que podríamos encuadrar esta problemática como común a los dos medios comisivos enunciados, si bien es cierto que ello pierde importancia en tanto que la pena a imponer sería exactamente la misma; sin embargo, esta distinción sí posee relevancia en orden a negar su calificación como robo, ya que realizando ese intento de subsunción en esas dos modalidades de fuerza es como se alcanza la conclusión de que tales casos se han de calificar como hurto, al resultar imposible tal ejercicio si lo que se desea es respetar el principio de legalidad y no realizar una interpretación analógica.

vehículo, que a su vez es el bien sustraído), beneficiando a aquellos delincuentes que se apoderaban de ciclomotores cortando la cadena de seguridad, frente a otros supuestos en los que se puede apreciar una energía criminal igual o incluso menor, calificando estos últimos como robo; tal y como expuso la STS 4045/1991, de 17 de diciembre. Y pese a reconocerse esto, a ninguna otra conclusión podía llegarse debido a la imposibilidad de subsunción en la modalidad de fractura exterior o interior, como resulta de las siguientes sentencias.

En efecto, así fue expuesto por la STS 3838/1990, de 30 de noviembre, importante en el asentamiento de este nuevo criterio. El Alto Tribunal, tomando como referencia la citada STS 1301/1988, de 25 de mayo, afirma que la doctrina general, que exige únicamente *rompimiento o fractura sobre los obstáculos de protección de la cosa*, no puede ser mantenida en atención al principio de legalidad y taxatividad penal; ya que un precepto penal, en tanto que es norma sancionadora y restrictiva de derechos, ha de ser interpretado de manera estricta y no analógica. Por ello, partiendo de que la fractura exterior e interior implica fuerza sobre el objeto continente que contiene al objeto contenido, no puede sostenerse que una fuerza que no se ejerce “para acceder al lugar donde se encuentran las cosas”, esto es, que no es fuerza ad rem, pueda ser calificada como fuerza típica (todo ello teniendo en cuenta que en el CP 1973 aún no aparecía el elemento de “fuerza para acceder al lugar donde se encuentran las cosas”, y pese a ello, se llegó a la conclusión de que la fuerza debía ser instrumental al apoderamiento).

La recién mencionada STS 4045/1991, de 17 de diciembre, añadió elementos interpretativos esclarecedores para asentar este criterio. Se afirmó por un lado que: la aplicación de la fractura exterior resulta improcedente en tanto que al cortar la cadena de seguridad no se está rompiendo pared, techo o suelo, ni tampoco puerta o ventana; interpretar que sí sería interpretar tales conceptos de manera extensiva y contra reo. Por otro lado, tampoco puede entenderse aplicable la fractura interior, en tanto que esta hace referencia, como ya se afirmó en la sentencia anterior, a que la violencia física se ha de ejercer sobre un bien mueble que ejerce de continente, y como concluye la sentencia de manera literal: “es claro que la cadena no contiene al ciclomotor”, y por lo tanto, tampoco cabe su aplicación,

Para dejar claro que este era el criterio interpretativo correcto, las SSTS 122/1992, de 18 de enero y 2240/1992, de 1 de julio, reiteraron y ratificaron esta doctrina jurisprudencial definitivamente y sin que se haya modificado sustancialmente hasta la actualidad, zanjando así esta problemática.

IV. Consumación de la fractura interior (último inciso del art. 238.3º CP)

Esta cuestión se presenta como relevante en orden a determinar la consumación del robo en aquellas sustracciones de muebles cerrados en las que no se aprecia fuerza en un primer momento, ya que dicho inciso preceptúa que la fractura o el forzamiento de cerradura podrá producirse “... en el lugar del robo o fuera del mismo”. Ahora bien, antes de tratar este

concreto problema, resulta necesario referirnos brevemente a la consumación del robo en general, para posteriormente entender la referida cuestión.

Pues bien, cuándo se produce el “apoderamiento” y consecuentemente la consumación del robo con fuerza, es una incógnita respecto a la que doctrina y jurisprudencia han dado respuesta a través de diversas teorías a lo largo del tiempo⁴⁵. Sin embargo, se ha considerado como la teoría más extendida y aceptada la de la “illatio”, en virtud de la cual basta para la consumación del delito la mera disponibilidad de la cosa, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material⁴⁶ (en otras palabras, “el traslado de la res furtiva a un lugar que permite la disponibilidad de la misma”)⁴⁷.

Esta es la teoría que mejor casa con el verbo típico del robo, cual es “apoderarse”, núcleo de la definición que aporta el art. 237 del CP, que definitivamente supone la apropiación de una cosa mueble ajena, que pasa a estar fuera de la esfera de control y disposición del titular dominical para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del legítimo propietario. Este apoderamiento no ha de ser pleno en cuanto a la disponibilidad por parte del delincuente, basta con que sea momentáneo, fugaz o de breve duración, sin la necesidad de la efectividad del lucro perseguido⁴⁸, si bien este sí ha de estar presente en el dolo del sujeto activo (por todas: SSTS 602/1978, de 20 junio; 616/1978, de 26 de junio; 51/1979, de 19 de enero; 266/1980, de 7 de marzo; 1132/1982, de 28 de septiembre; 149/1983, de 7 febrero; 1330/1983, de 10 de octubre; 33/1984, de 16 de enero; 710/1985, de 30 de abril; 1135/1985, de 4 de julio; 1385/1985, de 7 de octubre; etc... hasta la actualidad).

Por tanto, para entender consumado el delito de robo con fuerza se podría concluir, simplificadaamente, que es necesaria una mínima disponibilidad de la cosa que se quiere incorporar al patrimonio del sujeto activo, además claro está, de la efectiva comisión de una de las fuerzas típicas del art. 238 del CP.

Volviendo a la cuestión principal, resulta necesario realizar una precisión para entender las dos posturas que respecto a esta cuestión se mantienen. El CP de 1973 establecía textualmente en su art. 504.3º que se considerará fuerza a “*la fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles ... o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo*”. Como puede apreciarse, el precepto equiparaba a la fuerza de carácter legal tanto la “fractura” de los muebles, como su “sustracción” para su fracturación posterior en un lugar

⁴⁵ Se ha usado la teoría de la “contraectio”, según la cual basta el contacto con la cosa mueble; la de la “ablatio”, que consiste en un mero desplazamiento físico de la cosa; la de la “aprehensio”, según la cual se considera consumado el robo cuando el delincuente tiene ya un poder efectivo sobre la cosa en perjuicio de su legítimo propietario; y la de la “illatio”, que es la aceptada actualmente por toda la jurisprudencia y doctrina. En relación a estas consideraciones, véase: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., p.79; así como AMADEO GADEA, S., “*Código penal. Parte especial. Arts 234 a 403*”, Tomo II, (1ª edición), Factum Libri Ediciones, Madrid, 2021, p.28 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/36178>; última consulta: 23/04/2023).

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, cit., p.58.

⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., “*El robo con fractura exterior*”, cit., p.79.

distinto al inicial. Ello llevó a la doctrina a denominar este supuesto como de “*hurto equiparado al robo*”⁴⁹. Por su parte, el criterio de la jurisprudencia se encontraba asentado, en tanto que esta hipótesis ya existía desde el CP de 1870; esta doctrina establecía que se trataba de un “*delito de consumación subjetiva anticipada o de resultado cortado*”. En efecto, esta figura delictiva entiende consumado el delito tan pronto como el objeto mueble es sustraído, con la finalidad de fracturarlo en un lugar distinto, para conseguir así el “apoderamiento” de su contenido; siendo por tanto que se aparta de las tipicidades clásicas del robo al faltar la fuerza como medio comisivo, pero que se incluye como tal por el elemento volitivo representado en el propósito futuro de fractura (fuera del lugar de la sustracción). Por ello, constituye una excepción a las reglas generales de la acción típica en el robo con fuerza y a su vez, a las reglas sobre consumación ejecutiva, ya que esta se produce en virtud de la teoría de la “*amotio*” (poner el objeto fuera del lugar en el que se encontraba) “*ex lege*” o por mera voluntad de la ley. Constituía este criterio una doctrina mayormente pacífica y mantenida en el tiempo por parte de nuestra jurisprudencia (por todas: SSTS de 16 de febrero de 1903; 206/1979, de 20 de febrero; 1192/1985, de 12 de julio; 893/1986, de 17 de junio; 1544/1990, de 3 de mayo y 2506/1992, de 17 de julio; entre otras). Si bien alguna sentencia criticaría ya esa anómala previsión legal (SSTS 1446/1986, de 13 de noviembre y 1478/1991, de 17 de abril).

Ahora bien, con la promulgación del CP de 1995, este último inciso del antiguo art. 504.3º pasa al art. 238.3º con una redacción distinta, y es esta nueva redacción la que suscita verdaderamente las dudas. Sin embargo, se constata que la jurisprudencia mantiene mayormente el mismo criterio, entendiendo que la fórmula del nuevo código es casi idéntica a la del anterior de 1973; por lo que sigue estimando como lugar del robo a aquel en el que se encuentre inicialmente el mueble continente, y por ende, es en ese momento anticipado (cuando se saca el bien de dicho lugar y en el que aún no existe fuerza), el momento en que se consuma el robo, siempre que se aprecie el ánimo de fractura en lugar y momento distintos. Y así se estimó en la STS 47/1998, de 19 de enero (enjuiciando hechos posteriores a 1995) y en el recentísimo ATS 191/2023, de 16 de febrero; lo que demuestra la pervivencia de tal criterio jurisprudencial pese a la nueva redacción.

En cambio, por un amplio sector de la doctrina científica se estima que tal criterio resulta improcedente con la vigencia del CP actual. Esta postura determina que este inciso del art. 238.3º CP ya no equipara como *fuerza* a la “fractura” y a la “mera sustracción” del mueble para su posterior fractura, sino que lo que el precepto quiere decir es que la fractura del mueble puede producirse, bien en el propio lugar de la sustracción, bien en un lugar distinto al inicial; y que en este último caso, esa fuerza posterior seguirá siendo típica en orden a la calificación del hecho como robo. Pero esto no significa que la inicial sustracción -sin fractura- ya constituya la consumación del robo, ya que aquí lo único que puede apreciarse es un delito de hurto, porque el autor se ha limitado a “tomar” un bien mueble *ex art.* 234 CP, siendo necesaria la posterior acción de fractura para el efectivo apoderamiento y

⁴⁹ Cfr. BLANCO LOZANO, C., “*Tratado de derecho penal español*”, Tomo II, Volumen I, BOSCH, Barcelona, 2005 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/664>; última consulta: 23/04/2023).

disponibilidad de su contenido; por lo que hasta este último estadio solo podemos entender cometido un delito de hurto⁵⁰.

En consecuencia, adoptando este criterio doctrinal podrían darse diversas hipótesis: que el sujeto haya sustraído el bien continente sin fuerza y que en ese período de tiempo sea detenido, debiendo calificarse como hurto o tentativa de hurto⁵¹, si se aprecia que no se ha iniciado la fuerza sobre el elemento, pues no puede bastar la mera suposición de que posteriormente se iba a forzar el continente; o bien, que el sujeto inicie la fuerza fuera del lugar de la sustracción, sin llegar a la fractura (o que inicie el forzamiento de cerradura), y que en ese momento sea detenido, hallándonos aquí ante una tentativa de robo con fuerza, ya que en este caso sí se aprecia el dolo de fracturar el continente, pero por causas ajenas a su voluntad no pudo llegar a disponer -siquiera mínimamente- del contenido, faltando por tanto el elemento típico de “apoderamiento”.

Para finalizar, analizaremos una última hipótesis respecto a esta cuestión en la que también entra en juego la fractura exterior y la teoría de la consumación en general. Pues bien, qué ocurre si se ejerce una fractura exterior, se aprehende un mueble que contiene la cosa que se desea sustraer y se oculta durante varias horas sin llegar a realizar una fractura interior sobre el mismo, y además, se frustra esa presunta fractura interior por una voluntad ajena a la del delincuente; ¿Nos hallaríamos ante un delito consumado de robo en su modalidad de fractura exterior, ante una tentativa de robo en la modalidad de fractura exterior o ante un robo consumado en su modalidad de fractura interior? Pues bien, la STS de 29 de noviembre de 1999 (sala V, nº recurso 113/1998), enjuició este complejo supuesto de hecho. Sin embargo, dicha sentencia contiene dos fallos: el dictado por la sala y un voto particular del presidente.

Para la sala, la existencia de una fractura exterior que acontece al apoderamiento de un mueble que se encontraba en el interior de un inmueble, constituye un delito de robo consumado *ex art. 238.2º CP*, y ello por entender que existió esa mínima disponibilidad sobre el mueble sustraído. La sala no entra a valorar si la voluntad de los sujetos era apropiarse de su contenido (el dinero), ni tampoco aplica la teoría de *la consumación subjetiva anticipada*, que entendería consumado el robo (*ex art. 238.3º último inciso CP*) en el momento de la sustracción del mueble continente (argumentación que no se expone). Por otro lado, el voto particular igualmente subsume los hechos en el 238.2º CP, pero en grado de tentativa; para ello, se expone que la voluntad de los sujetos era apoderarse del dinero contenido en el mueble (objeto material del delito), y en tanto que la caja no apareció fracturada ni abierta, no puede asumirse que se llegara a tener una mínima disponibilidad del dinero. Respecto a esto último, se niega que pueda seguir manteniéndose el anómalo criterio de *consumación anticipada* de la *fractura interior*, en virtud del CP de 1995⁵², por lo que por esa vía no puede entenderse consumado el robo *ex art. 238.3º CP*. Por tanto, concluye en su argumentación,

⁵⁰ Cfr. SOUTO GARCÍA, E.M., “*Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo*”, cit., pp.142-143.

⁵¹ Esto último si entendemos que al haberse sustraído el bien continente no se llegó a disponer del contenido, y por tanto, ni siquiera se puede entender consumado el delito de hurto, al no existir esa mínima disponibilidad.

⁵² Si bien como ya se ha explicado, la STS 47/1998, de 19 de enero, consideró que este criterio seguía vigente con el CP actual.

que para entender consumado el robo faltó el elemento típico de “apoderamiento”, respecto al cual resultaba ineludible esa fractura interior posterior que no llegó a producirse, sin que la mera sustracción del elemento continente baste para entender consumado el robo con fuerza.

5. CONCLUSIONES

Disponiendo ya de una visión global de todos las cuestiones y problemas tratados, podemos alcanzar una serie de conclusiones o ideas generales. Ahora bien, no se expondrán conclusiones por todos los problemas interpretativos analizados, por cuanto ello supondría una reiteración de la información que en cada apartado se contiene, sino que se explicará, sintéticamente, los criterios y precisiones que han de tenerse en cuenta a la hora de calificar un supuesto de hecho como robo; así como los problemas donde la jurisprudencia continúa siendo más confusa en su interpretación, indicando qué criterios son mayoritarios en la actualidad.

En primer lugar y como elemento esencial del delito, hemos de entender el **concepto de “fuerza”** como un concepto estrictamente “legal”, no semántico o gramatical, y ello pese a que la *fractura externa e interna* coinciden mayormente con lo que vendría a entenderse comúnmente como “fuerza física”, ya que incluso según cierta jurisprudencia, acciones que no implican violencia, como son los supuestos de “destreza o habilidad”, han sido calificadas como fuerza de tipo normativo; o acciones como el “forzamiento” (en general), que no implica una fractura en sentido estricto. Por su parte, esa fuerza ha de ser **“de acceso” o “de salida”** del lugar donde se encuentran las cosas, lo que implica que la fuerza “in re” o sobre la cosa misma resulta atípica por cuanto esta debe ser instrumental a la sustracción de la cosa mueble; resultando necesaria la apreciación de una relación de medio a fin entre la fuerza de carácter normativo y el efectivo apoderamiento. A su vez, esa fuerza ha de implicar una demostración de energía criminal, con la finalidad de superar o eliminar los **obstáculos interpuestos por el propietario de la cosa**; siendo este hecho, por otra parte, el **fundamento de la mayor penalidad del delito de robo frente al hurto**.

En relación a la doctrina jurisprudencial aplicable a estas dos modalidades de fuerza (art. 238.2º y 3º CP), encontramos diversas tesis según el problema concreto a tratar. Constituyen problemas comunes y principales a ambas modalidades los de *habilidad o destreza* sin fuerza física y *fuerza física sin daños materiales*. Y aunque durante toda la exposición se haya mantenido el mismo concepto de “fractura” para ambas modalidades, en la actualidad existe cierta incongruencia en cuanto al criterio mayoritario adoptado en cada modalidad respecto al primer problema común (de habilidad o destreza sin fuerza).

En efecto, respecto a este problema de *habilidad o destreza*:

- a) En la *fractura exterior*, la tesis extensiva o analógica parece se ha consolidado como la mayoritaria, en virtud de su mayor aplicación por la jurisprudencia menor actual, habiendo sido históricamente aplicada mayormente por el TS. De esta forma, pervive

la calificación de robo en supuestos en los solo se aprecia destreza psicomotriz, ya que tal doctrina entiende dentro del término “fractura” a los conceptos “romper violentamente, quebrantar con esfuerzo humano o mecánicamente ayudado, o cualquier acción que implique energía criminal”; por lo que según esta tesis, las acciones que implican destreza quedan amparadas por el precepto legal.

- b) En la *fractura interior*, por el contrario, se ha impuesto actualmente la tesis estricta o taxativa en la interpretación de las Audiencias, y ello en casos de habilidad o destreza análogos (con la diferencia de los elementos típicos sobre los que se aplica). Ello se debe a que, para esta doctrina, aquellas acciones donde no exista fuerza física no pueden encuadrarse en el tipo, ya que ello supondría una interpretación analógica y contra reo, vulneradora del principio de legalidad y taxatividad penal, ya que la fractura implica necesariamente el uso de la violencia. Si bien resulta ciertamente incomprensible y llamativo, que en estos casos de fractura interior, se mantenga mayormente en la actualidad el criterio estricto; y que en casos similares de destreza pero encuadrables en la *fractura exterior*, el criterio mayoritario en la actualidad sea el contrario (el extensivo), no encontrando un sentido o fundamento a tal constatación. Si bien ha de añadirse que, también aquí, existe jurisprudencia reciente que asume la tesis extensiva, existiendo por tanto una mayor controversia en estos casos de destreza encuadrables en la fractura interna, frente a aquellos subsumibles en la *externa* (donde ya no existe tanta divergencia, predominando como se ha dicho, el criterio extensivo).

Por otra parte, respecto al problema de *fuerza física sin daños materiales*:

- a) En la *fractura exterior*, continúa mayormente vigente la tesis flexible en la interpretación de las Audiencias, bastando para la calificación de robo la existencia de fuerza física, sin que se requiera la producción de daños, ya que para esta jurisprudencia esto último no lo exige el tipo. Si bien la citada STS 894/2021, de 18 de noviembre, asume un criterio más restrictivo (sí exige la apreciación de daños); lo cual debería dar pie a la asunción del mismo por parte de la jurisprudencia menor actual (si bien, ello no se ha producido por el momento).
- b) En la *fractura interior*, de igual modo continúa predominando la tesis flexible por parte de la jurisprudencia menor, no habiéndose pronunciado recientemente el TS sobre esta problemática en esta modalidad. Por tanto, se aprecia respecto a este problema una mayor congruencia en relación al criterio mayoritario adoptado respecto a ambas modalidades, por parte de la jurisprudencia más reciente.

Como tercer problema común, encontrábamos el de *fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el CP*; si bien este depende en mayor medida de la concreta modalidad de fuerza que resulte aplicable y del específico elemento sobre el que se ejerza la fuerza. Por ello, la problemática giraba en torno a la determinación de si un concreto elemento merece su inclusión en el tipo por entenderse asimilable a los enumerados en el art. 238.2º y 3º CP.

- a) En la *fractura exterior*, se han dado diversos supuestos de hecho conflictivos o sobre los que han existido dudas en la calificación. El primero de ellos se refiere a los supuestos en los que se fracturan “*escaparates*”; supuesto que ha sido mayormente asimilado a “pared o ventana” por parte del TS, y ello porque se trata de un elemento

de características similares, que impone un cierre o impedimento al libre acceso al local del que forman parte. Otro supuesto conflictivo en la práctica ha sido el de fractura sobre “*vallas de alambre de espino o red metálica*”. Respecto a este elemento, existe jurisprudencia contraria, aunque ha predominado su exclusión como elemento asimilable a “pared”, ya que la fractura del mismo no supone una dificultad agravada para el delincuente en cuanto al acceso ilegítimo se refiere; y además, la pared es un elemento de mayor solidez y consistencia, al contrario que una valla de alambre. En sentido similar, el supuesto de “*rasgamiento de una tienda de campaña*” fue excluido igualmente por entenderse que es un elemento endeble que no implica energía criminal para su quebrantamiento, siquiera en grado mínimo.

- b) En la *fractura interior*, los primeros grupos de casos se refieren a la “*fractura de depósitos de combustible de vehículos*”. Se aprecia que este supuesto ha sido calificado mayormente por las Audiencias como robo, basándose en argumentos tales como entender que un “depósito de combustible” equivale a un “mueble cerrado”, por lo que se da la relación de fractura sobre el continente para sustraer su contenido; o por entender que el “depósito” constituye “cerradura” del vehículo, bastando para la calificación de fractura interior el mero forzamiento del mismo. Por otro lado, objeto de un amplio tratamiento por el TS han sido los supuestos de “*fractura de la cadena de seguridad de los ciclomotores*”. Como se expuso, estos casos eran calificados como robo en las interpretaciones iniciales; pero pronto se abandonó tal calificación al entenderse que en ese mecanismo delictivo no se daba el supuesto legal de “fractura sobre un objeto continente cerrado”, ya que, como se concluyó acertadamente: cortando la cadena de seguridad de un ciclomotor no se está cortando pared, techo o suelo, ni puerta o ventana (esto en el caso de su encuadramiento en la fractura exterior); y por otro lado, es lógico que la cadena no contiene al ciclomotor. Por tanto, la posición mayoritaria ha calificado este supuesto como un delito de hurto, de manera incontestable y rigurosa.

Finalmente, respecto a la **consumación del delito en general**, hemos de entenderla en el momento en el que se consigue una “mínima disponibilidad” del bien mueble, en virtud de la teoría más aceptada y extendida en la actualidad por doctrina y jurisprudencia; la teoría de la “*illatio*”. Por su parte, respecto a la **consumación de la fractura interna ex último inciso art. 238.3° CP**, apreciamos dos interpretaciones divergentes. La jurisprudencia mayoritariamente entiende cometida la fractura interna en el momento de la sustracción del elemento continente, siempre que se presuma la intención posterior de fractura o forzamiento (*teoría de la consumación subjetiva anticipada*).

Por su parte, la doctrina científica mayoritaria argumenta que hasta que no se produzca esa fractura posterior, no puede existir el robo, en tanto que el autor se ha limitado a “tomar” un bien mueble sin el uso de la fuerza; por lo que no se aprecia una mayor energía criminal en esa acción que la haga merecedora de un castigo más severo frente al contemplado para el hurto. Se concluye que, hasta ese momento posterior, no se ha de considerar consumado el robo, ya que no es suficiente el argumento de presumirse que esa fractura interior iba a producirse.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., y PERRINO PÉREZ, A.L., *“Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”*, (2ª Edición), Dykinson, Madrid, 2019.
- AMADEO GADEA, S., *“Código penal. Parte especial. Arts 234 a 403”*, Tomo II, (1ª edición), Factum Libri Ediciones, Madrid, 2021 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/36178>; última consulta: 23/04/2023).
- BLANCO LOZANO, C., *“Tratado de derecho penal español”*, Tomo II, Volumen I, BOSCH, Barcelona, 2005 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/664>; última consulta: 23/04/2023).
- DEL AMO SÁNCHEZ, J.M., *“Hurto, robos y defraudaciones. Con referencia al real decreto ley 1/2021 de 19 de enero”*, (1ª Edición), Factum Libri Ediciones, Madrid, 2021 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/33286>; última consulta: 23/04/2023).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., *“El robo con fractura exterior”*, PPU, Barcelona, 1997.
- MARCHENA GÓMEZ, M., y MORENO VERDEJO, J., *“El delito de robo en el código penal de 1995. Jurisprudencia del tribunal supremo y de las audiencias provinciales. Consultas de la fiscalía general del estado”*, Constitución y Leyes (Colex), Madrid, 1998.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *“Tratado de la parte especial del derecho penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento”*, Tomo II, Revista de derecho privado, Madrid, 1967.
- QUINTERO OLIVARES, G (Dir.), y MORALES PRATS, F (Coord.), *“Comentarios al Código Penal”*, Tomo II, (7ª edición), Aranzadi, Navarra, 2016.
- SOUTO GARCÍA, E.M., *“Los delitos de hurto y robo. Análisis de su regulación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”*, Tirant lo blanch delitos, Valencia, 2007.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *“Comentarios al código penal. Actualizado por las leyes orgánicas: 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo”*, Vlex, publicado por Vlex, 2015 (disponible en: <https://app-vlex-com.bua.idm.oclc.org/#sources/12899>; última consulta: 23/04/2023).
- VICENTE MARTÍNEZ, R., *“Los delitos de robo”*, BOSCH, Barcelona, 2011.
- VIVES ANTÓN, T.S (Dir.), y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *“Estudios sobre el código penal de 1995. Parte especial”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

7. ANEXO JURISPRUDENCIA⁵³

- ***Fuerza para acceder o abandonar el lugar donde las cosas se encuentran:***

STS 945/2000, de 29 de mayo
STS 586/1999, de 15 de abril
STS 122/1992, de 18 de enero
STS 4052/1991, de 18 de diciembre
SAP de Barcelona 507/2022, de 5 de julio, sección 5ª
SAP de Gran Canaria 5/2019, de 18 de enero, sección 1ª
SAP de Madrid 256/2018, de 20 de abril, sección 30ª
SAP de Baleares 79/2006, de 4 de abril, sección 1ª

- ***Concepto legal y gramatical del término “fuerza”:***

STS 1161/1992, de 6 de abril
STS 1834/1991, de 13 de mayo

- ***Distinción entre el delito de robo y hurto, y sistema numerus clausus del art. 238 CP:***

STS 24/2011, de 1 de febrero
STS 2510/1994, de 14 de septiembre
STS 1000/1993, de 25 de marzo
STS 1161/1992, de 6 de abril
STS 4/1988, de 4 de enero
STS 463/1981, de 3 de abril

- ***Criterio jurisprudencial de “superación de las barreras de protección de la cosa”:***

STS 852/2002, de 16 de mayo
STS 102/1982, de 2 de febrero

FRACTURA EXTERIOR

- **Concepto:**

STS 566/1988, de 2 de marzo

⁵³ Estructurado por materias, jerarquía del tribunal y orden cronológico.

- ***Habilidad o destreza manual:***

STS 2747/1998, de 4 de mayo
STS 1000/1993, de 25 de marzo
STS 980/1990, de 20 de marzo
STS 143/1988, de 22 de enero
STS 944/1983, de 16 de junio
STS 187/1983, de 15 de febrero
STS 89/1983, de 28 de enero
STS 365/1982, de 18 de marzo
STS 759/1980, de 13 de junio
STS 665/1980, de 28 de mayo
SAP de Valencia 47/2019, de 29 de enero, sección 2ª
SAP de Barcelona 344/2016, de 22 de julio, sección 8ª
SAP de Barcelona 638/2015, de 16 de octubre, sección 22ª
SAP de Lleida 17/2015, de 20 de enero, sección 1ª
SAP de Cantabria 217/2013, de 14 de mayo, sección 1ª
SAP de Sevilla 131/2012, de 12 de marzo, sección 3ª
SAP de Madrid 249/2011, de 16 de junio, sección 2ª
SAP de Pontevedra 154/2011, de 20 de mayo, sección 2º

- ***Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos:***

STS 894/2021, de 18 de noviembre
STS 852/2002, de 16 de mayo
STS 143/2001, de 7 de febrero
STS 2925/1990, de 18 de septiembre
STS 1525/1988, de 13 de junio
STS 566/1988, de 2 de marzo
STS 297/1988, de 6 de febrero
STS 20/1988, de 5 de enero
STS 2206/1987, de 18 de noviembre
STS 656/1985, de 22 de abril
STS 360/1984, de 12 de marzo
STS 1745/1983, de 22 de diciembre
STS 1347/1983, de 13 de octubre
STS 121/1983, de 2 de febrero
STS 1412/1982, de 17 de noviembre
STS 1090/1982, de 20 de septiembre
STS 722/1982, de 26 de mayo
STS 102/1982, de 2 de febrero
STS 1433/1981, de 3 de diciembre
STS 720/1981, de 26 de mayo
STS 479/1981, de 6 de abril

SAP de Madrid 128/2023, de 20 de febrero, sección 23ª
SAP de Madrid 341/2022, de 4 de octubre, sección 2ª
SAP de Madrid 88/2022, de 24 de febrero, sección 29ª
SAP de Valencia 129/2017, de 27 de febrero, sección 4ª
SAP de Baleares 275/2013, de 17 de octubre, sección 2ª
SAP de Castellón 215/2011, de 17 de mayo, sección 2ª

- ***Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.2º CP:***

STS 400/2000, de 14 de marzo
STS 631/1999, de 21 de abril
STS 960/1998, de 23 de octubre
STS 1000/1993, de 25 de marzo
STS de 7 de mayo de 1992 (nº recurso 5713/1990)
STS 4100/1991, de 23 de diciembre
STS 772/1988, de 22 de marzo
STS 1367/1986, de 31 de octubre
STS 102/1982, de 2 de febrero
STS 463/1981, de 3 de abril
STS 1020/1980, de 7 de octubre
STS 485/1980, de 29 de abril
STS 396/1979, de 2 de abril
SAP de A Coruña 112/2017, de 6 de marzo, sección 1ª
SAP de Badajoz 176/2016, de 27 de octubre, sección 3ª

- ***Inclusión de los bienes muebles en la fractura exterior:***

STS 566/1988, de 2 de marzo
STS 1176/1984, de 13 de julio
STS 1352/1982, de 6 de noviembre
STS 783/1981, de 4 de junio

FRACTURA INTERIOR

- **Concepto:**

STS 1549/2001, de 31 de julio

- ***Habilidad o destreza manual:***

STS 506/2000, de 18 de marzo
STS 5857/1998, de 22 de julio
STS 2427/1994, de 14 de septiembre

SAP de Barcelona 221/2019, de 25 de marzo, sección 5ª
SAP de Madrid 381/2018, de 22 de mayo, sección 23ª
SAP de Tenerife 341/2016, de 22 de septiembre, sección 5ª
SAP de Madrid 255/2015, de 9 de abril, sección 6ª

- ***Fuerza física sin daños materiales o con daños mínimos:***

STS 881/2001, de 21 de mayo
STS 742/2000, de 26 de abril
SAP de Barcelona 560/2022, de 16 de septiembre, sección 8ª

- ***Fuerza sobre elementos no estrictamente enumerados en el art. 238.3º CP y fuerza pero sin la relación de “fractura sobre el objeto continente”:***

STS 573/2019, de 25 de noviembre
STS 2240/1992, de 1 de julio
STS 122/1992, de 18 de enero
STS 4045/1991, de 17 de diciembre
STS 3838/1990, de 30 de noviembre
STS 1301/1988, de 25 de mayo
STS 2367/1987, de 2 de diciembre
STS 2275/1987, de 23 de noviembre
STS 2206/1987, de 18 de noviembre
STS 656/1985, de 22 de abril
STS 360/1984, de 12 de marzo
STS 1289/1983, de 3 de octubre
SAP de Albacete 139/2019, de 3 de abril, sección 2ª
SAP de Valencia 117/2017, de 16 de febrero, sección 5ª
SAP de Madrid 540/2016, de 20 de octubre, sección 29ª
SAP de Jaén 129/2015, de 26 de mayo, sección 2ª
SAP de las Palmas 202/2012, de 19 de octubre, sección 2ª
SAP de Madrid 505/2010, de 3 de septiembre, sección 16ª

- ***Consumación de la fractura interior (último inciso del art. 238.3º CP):***

ATS 191/2023, de 16 de febrero
STS (sala V) de 29 de noviembre de 1999 (nº recurso 113/1998)
STS 47/1998, de 19 de enero
STS 2506/1992, de 17 de julio
STS 1478/1991, de 17 de abril
STS 1544/1990, de 3 de mayo
STS 1446/1986, de 13 de noviembre
STS 893/1986, de 17 de junio
STS 1385/1985, de 7 de octubre

STS 1192/1985, de 12 de julio
STS 1135/1985, de 4 de julio
STS 710/1985, de 30 de abril
STS 33/1984, de 16 de enero
STS 1330/1983, de 10 de octubre
STS 149/1983, de 7 de febrero
STS 1132/1982, de 28 de septiembre
STS 266/1980, de 7 de marzo
STS 206/1979, de 20 de febrero
STS 51/1979, de 19 de enero
STS 616/1978, de 26 de junio
STS 602/1978, de 20 de junio
STS de 16 de febrero de 1903