

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065824

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 894/2021, de 18 de noviembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5416/2019

**SUMARIO:****Delito de robo con fuerza en las cosas. Fuerza empleada. Delito de hurto. Agravante de reincidencia.**

No basta para apreciar el delito de robo con fuerza en las cosas con el empleo de cualquier clase de fuerza, sino que debe tratarse de alguna de las modalidades típicas referidas en el artículo 238 del Código Penal, como pudiera ser la fractura de puertas o ventanas.

El relato de hechos probados de la sentencia impugnada no permite conocer qué clase de fuerza resultó implementada sobre el vehículo para acceder a los objetos que se encontraban en su interior. Ni siquiera puede conocerse si la misma se efectuó sobre sus puertas o ventanas. La lacónica descripción empleada, --tras forzar el vehículo, se apoderó de los efectos--, obtura cualquier posibilidad de profundizar acerca de esta relevante cuestión, impide conocer el concreto modo en el que accedió al interior del vehículo, que no presentaba, a su vez, daño o desperfecto alguno.

Se exige, para poder apreciar este supuesto de fractura exterior, que se haya producido la rotura material del elemento de seguridad o de cerramiento, el efectivo rompimiento de este siquiera en alguna medida; sin que se pueda aplicar el art. 238.2 CP, en los casos en que se consigue superar el elemento de seguridad o cerramiento pero sin rotura de ellos. La Ley por tanto exige que se produzca «fractura», y esto, a nuestro entender, exige inequívocamente que se hayan ocasionado daños en el elemento de defensa o cierre. Otra cosa nos parece una interpretación analógica del precepto in malam partem, proscrita por el principio de legalidad, al reputar como fractura o equiparar a esta supuestos en que, según hemos visto, no hay tal. En este caso, no consta en las puertas o ventanas la existencia de desperfecto o daño alguno, por lo que se estima el recurso y se condena al autor por un delito leve de hurto.

Respecto a la agravante de reincidencia, han de constar en el relato de hechos probados todos los datos de las sentencias anteriores, que permitan comprobar que las condenas no estaban canceladas ni eran cancelables.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4.1, 16.1, 66.2, 72, 136, 234, 237, 238.2 y 3 y 240.  
Constitución Española, art. 24.2.

**PONENTE:**

*Don Leopoldo Puente Segura.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 894/2021

Fecha de sentencia: 18/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5416/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL

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

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5416/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

### **SENTENCIA**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Antonio del Moral García  
D. Vicente Magro Servet  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Bienvenido, contra la Sentencia núm. 368/2019, de 31 de octubre, dictada por la Audiencia de Castellón, Sección primera, en el Rollo de Apelación Juicio rápido 711/2019, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la sentencia núm. 147/2019, de 30 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Castellón, por la que se condenó al recurrente como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el condenado, DON Bienvenido, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Muñiz Castro y bajo la dirección técnica del Letrado don Jorge Lázaro Martínez.

Ha sido parte el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Castellón incoó Diligencias urgentes núm. 218/2019 seguido por un supuesto delito de robo con fuerza en las cosas contra Bienvenido. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Castellón que incoó PA 83/2019 y con fecha 30 de abril de 2019 dictó Sentencia núm. 147 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se considera probado y así se declara que entre las 21:45 horas del día 24/01/2019 y las 8:45 horas del día 25/01/19, el acusado Bienvenido, mayor de edad por cuanto nacido el NUM000/1996, con DNI NUM001 y con antecedentes penales computables, a efectos de incidencia por haber sido condenado por delito de robo por sentencias firmes 05/02/16 y 28/02/18, accedió al garaje comunitario sito en la CALLE000 n° NUM002 de Castellón, donde tras forzar el vehículo de Almudena que se encontraba estacionado en la plaza NUM003 del referido garaje accedió a su interior, apoderándose de efectos consistentes en un mando junto, con la llave de apertura del garaje, un "ipad, 20 cd y 3 juegos de llaves de 3 domicilios, recuperándose por agentes del Cuerpo Nacional de Policía en poder del acusado el día 27/01/19 un juego de llaves con mando de garaje y oro mando de garaje.

La perjudicada no reclama por estos hechos".

#### **Segundo.**

El Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo condenar y condeno a Bienvenido como autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas previsto y penado en los arts. 237, 238.2 y 240 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del Código Penal, a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, imponiéndole el abono de las costas procesales causadas.

Contra esta resolución que no es firme, cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Castellón, dentro del plazo de los cinco días siguientes a aquél en que sea notificada, período durante el que se hallarán las actuaciones en la Secretaría de este Juzgado a disposición de las partes.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

#### **Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, las representación legal de Bienvenido, presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, formándose el rollo de apelación Juicio rápido 711/2019. Con fecha 31 de octubre de 2019 el citado Tribunal dictó sentencia núm. 368, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Bienvenido, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2019 dictada del Juzgado de lo Penal N° 3 de Castellón en Juicio Oral 83/2019, confirmarnos la expresada resolución, con imposición de las costas del recurso al apelante.

Así, por está Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos"

#### **Cuarto.**

Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Bienvenido anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

#### **Quinto.**

El recurso de casación formalizado por Bienvenido se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- El recurrente desiste de este primer motivo anunciado.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la LECrim. y por infracción de precepto legal prevista en el art. 849.1º, -sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, al haberse aplicado indebidamente los artículos 237, 238.2 y 240 del Código Penal-.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Se queja de inaplicación indebida del artículo 72 del Código Penal. Alega falta de motivación de la individualización penológica.

#### **Sexto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó de esta Sala su inadmisión, toda vez que, tratándose de un recurso por infracción de ley previsto en el art. 837.1.b de la LECrim, no respeta en buena parte de sus argumentos el relato de hechos probados de la sentencia impugnada y carece de interés casacional.

#### **Séptimo.**

Por providencia de esta Sala de fecha 21 de octubre de 2021, se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 17 de noviembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Preliminar.

Como señalan, por todas, nuestras sentencias números 46/2021, de 21 de enero y 627/2021, de 14 de julio: <<1. Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. En este caso el interés casacional debe residenciarse en la contradicción del pronunciamiento cuestionado con la jurisprudencia de esta Sala.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

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

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

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

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

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

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

En este caso el interés casacional solo podría encontrar encaje en la contradicción de lo acordado con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de casación.

3. Jurisprudencia consolidada de esta Sala ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales

que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

En palabras que tomamos de la STS 84/2018 de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas ( SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)".

### **Primero.**

1.- Debidamente impuesto en la existencia de estos límites, decidió renunciar el recurrente al primero de los motivos anunciados, que tenía por objeto someter a la consideración de este Tribunal la suficiencia de la prueba practicada en el acto del juicio, a los efectos de que, sobre su base, pudiera reputarse enervada la presunción de inocencia, contemplada, con el rango de derecho fundamental, en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, desbordándose ampliamente con ello los límites de esta, ya relativamente, nueva modalidad de casación.

2.- En el segundo de sus motivos de queja, --primero que, por lo dicho, tendremos que abordar ahora--, ciñéndose en este caso al canal que habilita el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia el recurrente la que reputa como indebida aplicación de las prevenciones contenidas en los artículos 237, 238.2 y 240 del Código Penal. En realidad, aunque resultan varios los artículos que se identifican como incorrectamente aplicados, las objeciones de la parte se concretan en el 238.2, en la medida en que entiende que el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia dictada en la primera instancia, y que la Audiencia Provincial hizo propio, no proporciona el soporte histórico indispensable para que aquéllos puedan considerarse ínsitos en la descripción normativa: "rompimiento de pared, techo, suelo, o fractura de puerta o ventana". Explica la recurrente que la Audiencia Provincial, enfrentada con esta misma queja, considera bastante para que la calificación jurídica combatida pueda progresar, que el autor del delito venza los obstáculos "que los propietarios ponen en sus propiedades, frente a eventuales ataques a su patrimonio, de modo que el rompimiento y la fractura, existen en todo esfuerzo material y físico empleando sobre los elementos o instrumentos de seguridad o cerramiento colocados por su propietario para proteger sus bienes, esfuerzo debidamente aplicado por el intruso o ayudado por medios y procedimientos técnicos, aunque sea débil o mínimo, para sortear la protección o cierre que el propietario adopta en la protección de su patrimonio". Así, la referida descripción "no incluye solo el rompimiento o fractura de puerta o ventana, sino que abarca cualquier mecanismo de cierre o seguridad, ya sea electrónico o mecánico", añadiendo que: "dichos actos de esfuerzo no exigen que se provoque daño alguno en el objeto (puerta o ventana, por ejemplo), bastando con el simple ejercicio de la presión suficiente para "abrir la cerradura".

Como resolución de contraste, invoca quien ahora recurre, en primer lugar, el razonamiento que se contiene en la sentencia dictada, también por la Audiencia Provincial de Castellón, pero en este caso por su Sección 2ª, número 251/2011, de 17 de mayo. En la misma se explica: "Sin embargo, no se ha acreditado que se produjera daño alguno en la ventanilla. En estas circunstancias, no se puede entender producido ninguno de los supuestos

legalmente conceptuados como de fuerza en las cosas, especialmente el supuesto de fuerza en las cosas previsto en el art. 238.2 CP., que es por el que se formula acusación. En este último artículo se habla de "fractura de puerta o ventana". En nuestra opinión, ello conduce a exigir, para poder apreciar este supuesto de fractura exterior, que se haya producido la rotura material del elemento de seguridad o de cerramiento, el efectivo rompimiento de este siquiera en alguna medida; sin que se pueda aplicar el art. 238.2 CP. en los casos en que se consigue superar el elemento de seguridad o cerramiento pero sin rotura de ellos... En el diccionario de la R.A.E.L.; "fractura " es la acción y efecto de fracturar o fracturarse; "fracturar" es romper o quebrantar con violencia una cosa; y "quebrantar " es romper, separar con violencia.

No quedó acreditado rompimiento alguno, ni el empleo de violencia para bajar el cristal. Existe una antigua doctrina jurisprudencial que conceptúa como fuerza en las cosas la simple aplicación de la fuerza o del esfuerzo físico humano sobre los elementos de protección o cierre, de tal forma que dichos elementos de protección o cierre sean privados de la función que les es propia, sin más exigencia adicional. En nuestra opinión, la Ley exige que se produzca "fractura", y esto, a nuestro entender, exige inequívocamente que se hayan ocasionado daños en el elemento de defensa o cierre. Otra cosa nos parece una interpretación analógica del precepto in malam partem, proscrita por el principio de legalidad (específicamente, el art. 4.1 CP.), al reputar como fractura o equiparar a esta supuestos en que, según hemos visto, no hay tal.

En consecuencia, no concurriendo fuerza en las cosas, los hechos deben calificarse, según propone el apelante, como hurto, en grado de tentativa (pues es claro, que se dio inicio a la conducta exterior encaminada al apoderamiento ilícito, en los términos previstos en el artículo 16.1 CP)...".

A su vez, se refiere también quien ahora recurre a la doctrina que se contiene en nuestra sentencia número 1668/2001, de 28 de septiembre, cuando establece que: <<El artículo 238 del Código, aunque no es definidor del delito de robo con fuerza en las cosas, si es integrador del tipo cuando señala los diversos medios que pueden ser utilizados en su comisión, medios y útiles que según ha señalado la jurisprudencia (véase como más reciente la de 10 de diciembre de 1.999) tienen el carácter de "numerus clausus" de tal forma que no pueden extenderse por analogía ni aparecer descritos de forma inconcreta, porque precisamente lo que caracteriza al robo con fuerza en las cosas es la coordinación de dos acciones distintas que funcionan en una relación de medio a fin, éste (el fin) consiste en la apropiación de lo ajeno, aquél (el medio) en la utilización de alguno de los vehículos o circunstancias señaladas y concretadas en el artículo 238, de tal manera que si falta el segundo elemento no se puede hablar de robo sino simplemente de hurto>>.

No puede negarse así que el motivo de impugnación sostenido por la recurrente se acomoda a los límites legalmente previstos para esta modalidad de casación y presenta, en efecto, interés casacional, en tanto muestra que la resolución impugnada ofrece un entendimiento de las previsiones y exigencias contenidas en el artículo 238.2 del Código Penal, diversa a las sostenidas por otras Audiencias Provinciales (u otras Secciones de una misma Audiencia Provincial) y al que ha mantenido al respecto este mismo Tribunal Supremo.

## **Segundo.**

1.- Lo cierto es que la sentencia impugnada presenta una descripción de los hechos que se consideran probados, --tal y como el Ministerio Público viene a admitir implícitamente al oponerse al presente recurso--, defectuosa desde un punto de vista técnico. En este sentido, observa que el acusado "accedió a un garaje comunitario", sin describir de qué forma, y, "tras forzar el vehículo que se encontraba estacionado en la plaza NUM003, accedió a su interior", apoderándose de los objetos que en el factum de la resolución recurrida se describen.

2.- Observa el recurrente, como lo hiciera ya al tiempo de formular el correspondiente recurso de apelación, que, de hecho, ningún daño consta se produjera en el vehículo propiedad de Almudena, de tal modo que no puede conocerse, a partir del relato de los hechos que se declaran probados, el modo en que el autor del delito accedió, primero al interior del garaje y después a los objetos que se hallaban dentro del automóvil, más allá de la parca descripción, --tras " forzar el vehículo"--, ofrecida. Forzar equivale a hacer fuerza o violencia física para conseguir algo que habitualmente no debe ser conseguido por la fuerza, conforme a la primera de las acepciones que ofrece el diccionario de la RAE. Descrita en esa forma la conducta del autor no es posible venir en conocimiento de si, efectivamente, llegó a producirse la fractura de puertas o ventanas del automóvil, tal y como exige el precepto aplicado ( artículo 238.2 del Código Penal).

No obstante, la Audiencia Provincial, en la resolución ahora recurrida explica que: "El recurrente alega que no consta debidamente acreditado que se forzara el vehículo para acceder a los objetos que había en su interior al manifestar la propietaria que no apreció daños. La perjudicada afirma que dejó cerrado el vehículo, añadiendo que está dotado con un sistema de cierre automático que cuando pasa un tiempo sin hacer uso del mismo, por lo que está segura (de) que quedó perfectamente cerrado, así refiere en su denuncia. Lo importante no es si hubo daños materiales o no, sino si hubo un forzamiento típico del art. 238.3 del Código Penal, en el sentido legal, y lo hubo. Frente a las argumentaciones de la parte, entiende este Tribunal que concurre el supuesto del artículo 238.2 del

Código Penal, según el cual "son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra" la circunstancia consistente en "rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana". Y ello porque según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el término forzar o el de fuerza, equivalen a vencer los obstáculos que los propietarios ponen en sus propiedades, frente a eventuales ataques a su patrimonio, de modo que el rompimiento y la fractura, existe en todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o instrumentos de seguridad o cerramiento colocados por su propietario para proteger sus bienes, esfuerzo, directamente aplicado por el intruso o ayudado por medios y procedimientos técnicos, aunque sea débil o mínimo, para sortear la protección o cierre que el propietario adopta en defensa de su patrimonio. De la misma forma, en esta circunstancia del nº 2 no se incluye solo el rompimiento o fractura de puerta o ventana, sino que se abarca cualquier mecanismo de cierre o seguridad ya sea electrónico o mecánico. Y además de lo anterior, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar que hay fractura de objeto cerrado, sin exigir daños, incluso mediante el simple ejercicio de fuerte presión para abrir la cerradura del maletero de un coche que se hallaba cerrado con llave ( SSTS de 4 de junio de 1981; de 17 de abril de 1991, de 8 de febrero de 1991, de 25 de junio de 1993, 15 de septiembre de 2000, de 28 de junio de 2001, 18 y 27 de marzo de 2002, etc.)".

**3.-** Ciertamente, quien toma, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, una cosa mueble, comete delito de hurto ( artículo 234 del Código Penal), que se convertirá en robo cuando se empleare fuerza en las cosas, para acceder o abandonar el lugar en el que éstas se encuentran, o violencia o intimidación en las personas, ya fuera al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o les persiguieren ( artículo 237). Acerca del concepto de violencia o intimidación no nos ofrece el Código Penal una definición o descripción auténtica, encomendando así a los órganos jurisdiccionales la fijación de los contornos y límites de dichas figuras. Por el contrario, en el caso del robo con fuerza en las cosas, el artículo 238 se encarga de establecer qué deberá entenderse por tal concepto y, en lo que ahora importa, en atención al fundamento normativo de la condena impugnada, precisa que serán reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 2.- Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

Sirve dejar sentado, como primera aproximación al problema que ahora se presenta ante nosotros, que, como consecuencia de lo anterior, no cualquier empleo de fuerza sobre las cosas efectuado por el sujeto activo del delito para acceder al lugar en el que los objetos se encuentran o para abandonar el mismo, producirá el efecto de trasmutar el hurto en robo, sino solo cuando concurren aquellos precisos medios que en el referido artículo 238 se describen, habiendo procedido el legislador, conforme a la tradición histórica de nuestros sucesivos Códigos, a seleccionar aquellas conductas o comportamientos que servirán para tal fin (fuerza típica). Cumple ahora precisar qué debe ser entendido por "fractura de puerta o ventana", habida cuenta de que la condena que aquí se impugna resultó canalizada a través de esta concreta modalidad y no de ninguna de las otras, contenidas también en el tan mencionado artículo 238.

**4.-** Además de nuestra citada sentencia 1668/2001, de 28 de septiembre, invocada por el recurrente y a la que ya se ha hecho referencia, --que viene a apartarse de una corriente jurisprudencial más laxa, que se invoca en la sentencia impugnada--, es preciso traer aquí a colación los razonamientos que se contienen en la, mucho más reciente, sentencia número 573/2019, de 25 de noviembre. En la misma, empieza por afirmarse que: <<Ciertamente, hemos de partir de que la Doctrina considera al hurto propio como la figura base de los delitos patrimoniales de apoderamiento físico de los bienes, sobre el que se construyen las figuras específicas y más graves del robo con fuerza en las cosas y con violencia o intimidación en las personas...>>

Aun cuando el tipo no lo diga, la interpretación sistemática respecto del delito de robo con fuerza produce que la acción típica propia del hurto no debe conllevar fuerza. Este requisito negativo está directamente vinculado para su comprensión, a la clase de fuerza que se integra en la descripción del robo, toda vez que este último delito no se integra con "cualquier presencia de presión física" (a diferencia de lo que sucede con la violencia o intimidación, que basta con que se den en grado mínimo) en la ejecución del hecho, sino especialmente con las modalidades de fuerza legalmente descritas en el art 238 CP. Por lo tanto, toda fuerza diferente de esas permite que subsista la calificación de hurto (Cfr. SSTS 25-2-93; 14-9-94). Ello no debe sorprender pues históricamente el robo fue sólo el apoderamiento violento (contra personas), mientras que la fuerza había sido en el derecho antiguo, una manera de cualificar el hurto o un género intermedio entre éste y el robo.

Además, debe añadirse que cualquier interpretación "laxa" del concepto de fuerza determinante del robo, y correlativa reductora del ámbito del hurto, es abiertamente contra reo. El robo con fuerza se construye sobre un concepto normativo de fuerza y, por ende, limitativo. Por lo tanto, el delito de hurto se caracteriza por ser un apoderamiento en el que no concurre ninguna de las circunstancias del art. 238 CP>>.

Seguidamente, la referida resolución añade: <<Es por ello que la agilidad, la destreza, la pericia, la habilidad etc., y no la fuerza es lo que califica al hurto, por lo que en caso de duda o deficiencia en la probanza del elemento fuerza habrá hurto y no robo ( SSTS 14-9-94, 18-3-2000, y 27-5-2000)>>. Para concluir, la sentencia comentada, remata: <<Entender lo contrario sería tanto como vulnerar el principio de taxatividad de la descripción de los tipos

penales, que es consecuencia necesaria y lógica del principio de legalidad (Cfr SSTS 30-11-90; 17-12-91; 26 de febrero y 21 de mayo de 1992; y 27 de febrero de 1993)>>.

**5.-** A partir de las consideraciones anteriores, fácilmente se comprenderá que el presente motivo del recurso deba ser estimado. En efecto, en el caso, el relato de hechos probados de la sentencia impugnada no permite conocer qué clase de fuerza resultó implementada sobre el vehículo para acceder a los objetos que se encontraban en su interior. Ni siquiera puede conocerse si la misma se efectuó sobre sus puertas o ventanas. La lacónica descripción empleada, --tras forzar el vehículo, se apoderó de los efectos--, obtura cualquier posibilidad de profundizar acerca de esta relevante cuestión, impide conocer el concreto modo en el que Bienvenido accedió al interior del vehículo, que no presentaba, a su vez, daño o desperfecto alguno (ninguna alusión se hace a ello en el relato de hechos probados, considerando el Tribunal provincial que este extremo carece de importancia).

Así pues, a partir del *factum* de la resolución impugnada, no es posible conocer con la indispensable certeza el modo en el que el acusado, indudablemente con ánimo de lucro y sin la voluntad de la dueña de los objetos que se hallaban en el interior del automóvil, se apoderó de los mismos. Y, por ello, los referidos hechos no pueden calificarse sino como constitutivos de un delito de hurto. A su vez, ignorándose también el valor de los objetos de los que el acusado se apoderó, los hechos debieron ser encuadrados en el número 2 del artículo 234 del Código Penal.

El motivo se estima.

### **Tercero.**

**1.-** Como último motivo de impugnación, naturalmente también al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera quien ahora recurre como infringidos por la resolución impugnada los artículos 72 del Código Penal (en tanto la imposición de la pena se realiza en su máximo legalmente posible, sin motivación bastante que sustente dicha decisión) y 22.8 del mismo texto legal, por la que se considera indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia. Razona al respecto la parte recurrente que no consignándose tampoco en el relato de hechos probados las penas concretamente impuestas en las condenas antecedentes, no es posible conocer si las mismas resultarían cancelables, invocando nuestra doctrina jurisprudencial al respecto.

**2.-** Ciertamente, al haber sido estimado el motivo anterior, pierde éste gran parte de su virtualidad. La nueva condena, por delito de hurto, determina que se proceda por este mismo Tribunal y en nuestra segunda sentencia, a la individualización de la pena que corresponde imponer al acusado.

En cuanto a la circunstancia agravante de reincidencia, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 66.2 del Código Penal, es claro que no asiste, en el caso, la razón al recurrente. Aunque es cierto, desde luego, que este Tribunal ha señalado que deben constar en el relato de hechos probados todos aquellos elementos relativos a las condenas anteriores que resulten necesarios para justificar la aplicación de la agravante, lo cierto es que en el presente supuesto figura que el acusado había sido "condenado por delito de robo en sendas sentencias firmes de 05/02/16 y 28/02/18". La descripción de dichas resoluciones pudo, desde luego, haber sido más completa. Proporciona, sin embargo, datos bastantes para concluir en la necesaria aplicación de la circunstancia agravante combatida, --partiendo de la calificación de los hechos que se realizó en la sentencia impugnada--, habida cuenta de que, alcanzada firmeza por la última de las sentencias citadas en febrero de 2018, y cometidos los hechos que aquí se enjuician en la noche del 24 al 25 de enero de 2019, es claro que en ninguna de las hipótesis posibles habrían transcurrido los plazos que se contemplan en el artículo 136 del Código Penal.

### **Cuarto.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas de este recurso.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bienvenido, contra la sentencia número 368/2019, de 31 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, por la que se confirmaba en apelación la dictada por el Juzgado de lo Penal número 147/2019, de 30 de abril; que se casa y anula.

2.- Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### **RECURSO CASACION NÚM.: 5416/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

### **SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar  
D. Antonio del Moral García  
D. Vicente Magro Servet  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Bienvenido, contra la sentencia número 368/2019, de 31 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª), sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia de casación, procede condenar al acusado, Bienvenido, como autor de un delito leve de hurto, previsto y penado en el artículo 234.2 del Código Penal, debiendo serle impuesta, en atención a la existencia de las condenas previas por la comisión de sendos delitos de robo, la pena de dos meses de multa, con una cuota diaria de tres euros. Tal y como establece el artículo 53 del Código Penal, se determina como responsabilidad personal subsidiaria, para el caso de impago de la multa, voluntariamente o por vía de apremio, la de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, que podrá cumplirse mediante localización permanente.

**FALLO**

Por todo lo expuesto,

**EN NOMBRE DEL REY**

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Condenar a Bienvenido como autor de un delito leve de hurto, a la pena de dos meses multa, con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resultaren impagadas, que podrá cumplirse en régimen de localización permanente.

2.- Se imponen al acusado las costas devengadas en la primera instancia y se declaran de oficio las devengadas como consecuencia de su recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.