

## LA 'CONSUMACIÓN SUBJETIVA ANTICIPADA' DEL ROBO CON FRACTURA INTERNA (Y LOS RIESGOS DE LA *COPYPASTEPRUDENCIA*)

'ANTICIPATORY SUBJECTIVE CONSUMMATION' OF BURGLARY UNDER ART. 238.3 OF THE SPANISH PENAL CODE (BREAKING OPEN CABINETS, TRUNKS, ETC.) AND THE RISKS OF "COPY PASTE PRECEDENT"

Jacobo Dopico Gómez-Aller<sup>1,a</sup> 

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid, Calle Madrid, 126, 28903Getafe, España

 [ajacobo.dopico@uc3m.es](mailto:ajacobo.dopico@uc3m.es)

### Resumen

En la jurisprudencia sobre robo con fractura interna nos encontramos con una afirmación sorprendente: que para la consumación del robo no hace falta que el sujeto activo efectivamente ejerza la fuerza en las cosas, sino que basta con que sustraiga el receptáculo que contiene la cosa, siempre que en el plano subjetivo tenga la intención de ejercer posteriormente la fuerza sobre dicho receptáculo (es decir: que la consumación en el robo con fractura interna no requiere que se den todos los elementos del tipo objetivo, sino que basta que se den algunos de ellos y la intención de realizar los restantes: lo que esta línea denomina "consumación subjetiva anticipada").

Esta interpretación carece de apoyo en el Derecho positivo vigente, y para entender su origen es necesario atender a dos factores: por una parte, a la evolución histórica del tipo de robo con fuerza en las cosas. Por otra, a una mala praxis en la motivación de sentencias consistente en un uso abusivo o inadecuado del "cortapega" jurisprudencial (que denomino "coppypasteprudencia"), que en este caso ha conducido a un claro apartamiento de lo dispuesto por el Código Penal. El artículo concluye con algunas consideraciones adicionales sobre esta mala praxis y la necesidad de revertirla.

**Palabras clave:** robo con fuerza en las cosas; fractura interna; consumación; jurisprudencia; precedentes; *coppypasteprudencia*.

## Abstract

In judicial decisions on burglary by forcing safes, closets or other closed objects, we find a surprising statement: that for the burglary to be consummated it is not necessary for the active subject to actually carry out *vis in rebus*, but that it is sufficient for him to remove the receptacle containing the thing, provided that on the subjective level he has the intention to subsequently force said receptacle (i.e. that consummation here does not require to carry out all the elements of the crime, but that it is sufficient to carry out some of them if there is an *intention* to carry out the others: what this line calls "subjectively anticipated consummation of the crime").

This interpretation lacks support in current positive law. To understand its origin it is necessary to consider two factors: on the one hand, the historical evolution of the offence of burglary. On the other hand, a malpractice in the motivation of sentences consisting of an abusive or inadequate use of the "copy-paste precedent", which in this case has led to a clear deviation from the provisions of the Criminal Code. The article concludes with some additional considerations on this malpractice and the need to reverse it.

**Keywords:** burglary; forcing of safes or closed objects; consummation; case law; copy-paste precedent.

# 1. EL PECADO ORIGINAL: LA MALDICIÓN HISTÓRICA DEL ROBO CON FRACTURA INTERNA. UN "CUERPO EXTRAÑO" INTRODUCIDO DE CONTRABANDO EN UN TIPO PENAL INADECUADO

Una suerte de maldición jurídica se cierne desde sus orígenes sobre el llamado *robo con fractura interna* o *interior*<sup>2</sup> en el que en vez de forzar un *habitáculo*, como en la fractura “exterior” o “inmobiliaria”, el sujeto activo fuerza un *receptáculo* (“*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*”). Se trata de una modalidad del robo con fuerza en las cosas (art. 238.3º) que no obedece ni a la estructura típica de su definición genérica en el art. 237, ni a la propia lógica interna de ese delito.

Esta *maldición* o *sino maldito* podríamos atribuírselo a una especie de pecado original. El robo con fractura interna adopta la forma que hoy conocemos en el Código Penal de 1870<sup>3</sup>. Sin embargo, en la redacción original del Código esta forma de fuerza en las cosas no era aplicable a todos los casos de robo, sino sólo a la figura residual de robo en lugar no habitado o en edificio no público ni religioso (art. 525)<sup>4</sup>. ¿Cómo llegó a ser aplicable a todos los tipos de robo? Del modo más curioso: *en una corrección de erratas*. El Real Decreto de 1 de enero de 1871<sup>5</sup>, según su Exposición de motivos, buscaba únicamente corregir “erratas de copia y de imprenta, y aun omisiones que... no alteran de modo grave y esencial el sistema desenvuelto en la reforma del Código ni las principales prescripciones que este contiene”; y declaraba que no pretendía realizar una “verdadera reforma que sólo podría hacer el Poder Legislativo”. Sin embargo, lo que hizo fue introducir un nuevo subtipo penal de fuerza en las cosas en

<sup>2</sup> Ha habido cierto debate terminológico respecto de la llamada “fractura interna” o “interior”. VIVES ANTÓN consideraba que la oposición “fractura externa / interna” no era correcta, ya que en sentido estricto toda fractura es externa, ya que busca obtener un contenido que se halla en el interior de un espacio. Por ello, proponía la oposición “fractura inmobiliaria/mobiliaria”, que probablemente sea más correcta (en VIVES ANTÓN et al., 1993, p. 860; EL MISMO, en VIVES ANTÓN et al., 2010, p. 396; también VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 1157; BERNAL DEL CASTILLO, 1999, p. 156). Ya QUINTANO RIPOLLÉS (1977, p. 510) entendía que la dicotomía “interna/externa” no era adecuada. No obstante, en las siguientes páginas seguiré empleando la terminología clásica, atendiendo a lo extendido de su uso.

<sup>3</sup> Los antecedentes en los códigos penales precedentes tenían una estructura distinta. El CP 1822 contenía una prolija referencia a fuerza sobre receptáculos (art. 726) y distintos marcos penales según el lugar donde se cometiese el robo (arts. 733-735), pero aún no recogía un tipo de robo con fractura interna con una regulación detallada como el que surgirá en el Código de 1870. Por su parte, el art. 433 CP 1848 contenía una regulación extraña del robo con fractura interna, que no sólo abarcaba la fractura de receptáculos (armarios, arcas, etc.) sino también la de “puertas interiores”; asimismo sólo preveía esta modalidad en el tipo de robo en lugar *no habitado* (el tipo de robo en lugar habitado, iglesia o lugar sagrado, regulado en el art. 431, no contemplaba esta modalidad). Como veremos, esta última y extraña regulación dual (modalidades de robo con fuerza en las cosas que sí prevén fractura interna y modalidades que no) pasará al CP 1870 en su primera redacción.

<sup>4</sup> Ver Gaceta de Madrid de 31 de agosto de 1870 (nº 243 de 1870) (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>), p. 20, donde se contiene la regulación del robo con fuerza. Como se puede comprobar, en el art. 521 sólo se contemplaban como formas típicas de la fuerza en las cosas el escalamiento, la fractura externa, el uso de llaves falsas y una modalidad fraudulenta que hoy nos resulta llamativa: el uso de “nombre supuesto o la simulación de autoridad”.

<sup>5</sup> Gaceta de Madrid de 21 de enero de 1871 (nº 21 de 1871) (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1871/021/A00161-00161.pdf>), p. 161, donde reforma el art. 521 desde su apartado 4 en adelante. Ver también MATA Y MARTÍN, 1996-1997, p. 277 y ss., p. 301.

la modalidad de robo en lugar habitado, edificio público y edificio de culto: algo que no es una simple corrección de errores, sino un acto de auténtica legislación disimulado. Así, pues, nuestra modalidad de robo más problemática no fue fruto de un verdadero acto legislativo, sino que fue introducido “de contrabando” en una fe de erratas del CP 1870. He aquí el *origen maldito* de nuestro robo con fractura interna.

Como desde un inicio advertía GROIZARD, este irregular procedimiento puede explicar por qué el robo con fractura interior se insertó desde un inicio como un *cuerpo extraño* junto con el resto de las formas de robo con fuerza, que tienen una estructura interna radicalmente diversa. En efecto, las conductas de robo con fuerza en lugar habitado eran siempre, como decía el art. 521, “medios de introducirse los malhechores en la casa o edificio donde el robo tuviese lugar o en cualquiera de sus dependencias”, algo que no se da en la simple fractura interna<sup>6</sup>.

Se diría, pues, que esta maldición o pecado original que acompaña desde 1871 a la regulación del robo con fractura interna, y que ha llevado a incrustarlo mediante una *corrección de errores* en el seno de una norma donde no es bien recibido (el robo con fuerza en las cosas, definido como un robo en el que el ladrón usa la fuerza para *entrar* en un sitio<sup>7</sup>), ha condenado a esta figura a padecer diversos problemas interpretativos.

El primero y más grave de ellos es palmario: la contradicción existente entre la definición de robo con fuerza en las cosas del art. 237 (que exige que la fuerza se ejerza para *entrar o salir* del lugar donde se encuentra la cosa: “acceder o abandonar *el lugar*”<sup>8</sup>) y la regulación de la fractura interna en el art. 238.3º, que nos habla de una fuerza ejercida sobre “armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados” (algo que, salvo cuando el autor *se introdujese* en el arca u objeto sellado, no sería compatible con la definición inicial). O la absoluta e irresoluble imposibilidad de que se emplee “fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar” (art. 237)... *fuera de ese lugar* (ya que el art. 238.3º habla de ejercer la fuerza “en el lugar del robo o fuera del mismo”). La mayor parte de los supuestos de robo con fractura interna *no encajan con la definición de robo con fuerza en las cosas del art. 237*. Así se entiende que hablásemos de un “sino maldito” derivado de un “pecado original” (aunque, si uno bien lo piensa, el verdadero pecado no fue aquella extraña peripecia de la corrección

<sup>6</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1896, p. 187-188; en un sentido similar, QUINTANO RIPOLLÉS, 1963, p. 227. La idea de la *vis ad rem* o fuerza para acceder al lugar donde se hallaba la cosa sustraída (“abandonar” es un término introducido en 2015) es la que funda el concepto clásico de robo con fuerza en las cosas en la legislación histórica española: sustracciones realizadas en lugares deslindados del espacio común, como son iglesias, viviendas o lugares no habitados (tal como se recoge en los arts. 431 y 433 del CP 1848). Precisamente por eso en tiempos tuvo consideración como fuerza en las cosas *la connivencia con doméstico* (vid. arts. 726, 729 y 741 CP 1822): porque era un modo ilícito de franquear el acceso a la vivienda. Por motivos similares el art. 521.4º del CP 1870 contemplaba como fuerza en las cosas el uso de nombre supuesto o la simulación de autoridad: un modo de lograr que el dueño desproteja sus bienes franqueando el paso a los ladrones.

<sup>7</sup> Desde 2015, también para salir de él.

<sup>8</sup> El precepto no habla de acceder *a la cosa* sino *al lugar*. Acceder a un lugar es “entrar en él” o “pasar a él” (Diccionario RAE, edición electrónica 23.6). Aún más evidente era la contradicción en el art. 521 del CP 1870, pues definía las formas de fuerza en las cosas así: “y *se introdujeren* los malhechores en la casa ó edificio donde el robo tuviere lugar ó en cualquiera de sus dependencias por uno de los medios siguientes”. Es fundamental tener en cuenta que los textos refundidos de 1944, y 1973 prescindieron de ese elemento de acceso al lugar (salvo para alguna modalidad aislada: art. 507 CP), pero el CP 1995 volvió a introducirlo. Debe tomarse esto en cuenta a la hora de interpretar la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XX sobre la fuerza en las cosas ya que, por ejemplo, las sentencias de los años 80 del pasado siglo hacían referencia a un tipo penal con una redacción distinta del actual. Citar aquellas sentencias como clave para interpretar el CP vigente conduce con frecuencia, como veremos, a errores.

de errores de 1871, sino el que seguimos cometiendo desde entonces: saber que tenemos una norma defectuosa y mantenerla por inercia a lo largo de un siglo y medio).

Este es el más clásico y, sin duda, el más grave de los quebraderos de cabeza que nos da este *cuerpo extraño* que es el robo con fractura interna, pero no el único.

## 2. EL MOMENTO CONSUMATIVO DEL ROBO CON FRACTURA INTERNA EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN PARA SU FRACTURA EN UN MOMENTO POSTERIOR

En este trabajo nos ocuparemos de otro de los problemas que plantea el robo con fractura interna: el de su momento consumativo. Imaginemos el siguiente caso:

*X está en un bar. Cuando ve que el camarero se descuida, toma la caja registradora y sale del bar sin ser descubierto. Media hora después X es descubierto en un solar próximo cuando está a punto de intentar forzar la caja registradora con una palanca para extraer el dinero*

La cuestión que inmediatamente se nos plantea a la hora de calificar esta conducta es la pregunta por su *momento consumativo*: ¿nos hallamos ante un robo con fuerza en las cosas consumado o intentado?

La respuesta sería clara en las demás modalidades de robo con fuerza en las cosas (pues la consumación del delito tiene lugar cuando el sujeto obtiene la pacífica disponibilidad del objeto sustraído); pero no lo es en la fractura interna. Y no lo es porque aquí el Código nos habla de la ruptura o el forzamiento del receptáculo “en el lugar del robo o fuera del mismo”<sup>9</sup>. Debido a esta estructura divergente del robo con fractura interna, la conducta típica puede desarrollarse en *dos momentos y lugares* distintos: la fractura puede realizarse en el mismo lugar y momento de la sustracción o, posteriormente, fuera de él. Y en este segundo caso, además, hablamos de *dos objetos sustraídos* (el receptáculo y su contenido), pero el tipo únicamente habla de ejercer fuerza para obtener *el segundo*.

Es aquí donde surge el problema interpretativo que vamos a abordar: *¿qué ocurre en el caso de que el sujeto haya sustraído sin fuerza ni violencia el receptáculo o continente cerrado con intención de forzarlo para acceder a su contenido; obtiene la pacífica disponibilidad del objeto continente... pero es descubierto antes de lograr forzarlo?* Con otras palabras: en los casos de “hurto del receptáculo” en los que el ladrón lo sustrae con la intención de posteriormente ejercer fuerza sobre él y poder acceder a su contenido, pero es sorprendido antes de poder ejecutar dicha fuerza... ¿nos encontraríamos con un robo con fuerza en las cosas *consumado* o no?

Nótese que nos referimos a casos en que la sustracción del receptáculo se realizó sin fuerza en las cosas y sin violencia o intimidación. Esto es así porque si la sustracción del propio receptáculo se hubiese realizado ya con fuerza en las cosas (por ejemplo, si el ladrón hubiese forzado con una ganzúa la puerta del bar, hubiese entrado y se hubiese llevado la caja registradora para posteriormente forzarla tranquilamente en otro lugar), o con violencia o intimidación, no se daría este problema, ya que la propia sustracción del objeto continente constituiría de por sí un robo, y se consumiría en el momento

<sup>9</sup> La referencia es poco acertada, como ha dicho la doctrina (ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p. 124). En realidad, debería decir “sea en el lugar de la sustracción o fuera del mismo”, ya que el robo es *todo* el curso de conducta, incluyendo no solo la sustracción sino también la fractura.

de obtener la pacífica disponibilidad sobre él, independientemente de si después decide forzarlo para obtener su contenido o no.

En general, un buen punto para iniciar una investigación de este tipo en Derecho penal suele ser analizar cómo afronta la jurisprudencia el problema en cuestión. Sin embargo, en este punto la jurisprudencia de las últimas décadas, lejos de ser una ayuda para resolver el problema, constituye un obstáculo. Una defectuosa praxis judicial relacionada con la cita de precedentes jurisprudenciales ha creado (y, posteriormente, amplificado) una grave confusión en la interpretación de esta cuestión esencial del robo con fractura interna. En las próximas páginas iremos viendo por qué.

### 3. SOLUCIÓN: CONCURSO IDEAL DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS INTENTADO Y HURTO CONSUMADO

La calificación de estos supuestos *no puede ser la de robo consumado*, puesto que la consumación requiere la plena realización de la conducta descrita en el tipo, incluyendo *todos* sus elementos; y el tipo de robo con fuerza en las cosas exige no sólo la sustracción sino también el ejercicio de la fuerza sobre el objeto que contiene la cosa sustraída. Si no se ha dado aún esa fuerza o “fractura interior”, no se han realizado todavía todos los elementos del tipo y por ello no cabe hablar de un robo consumado, sino sólo un *intento* de realizar la conducta compleja descrita en el tipo [sustracción del objeto continente + obtención de su contenido mediante forzamiento o destrucción del objeto continente]. En este punto asiste la razón a la doctrina mayoritaria: debe calificarse esta sustracción como una *tentativa* de robo con fuerza en las cosas<sup>10</sup>, pues el autor, pese a pretenderlo, no ha logrado realizar todos los elementos que configuran la conducta típica.

No obstante, debe disentirse de la doctrina mayoritaria en un aspecto. Mediante esa misma conducta el sujeto *ha consumado el hurto del receptáculo u objeto continente*, ya que lo ha sustraído y ha obtenido la pacífica disponibilidad sobre él. El propietario de la caja registradora se ha visto privado de un objeto de su propiedad mediante una sustracción en cuya ejecución no se ha empleado fuerza en las cosas (*rectius*: en cuya ejecución *aún* no se ha empleado fuerza en las cosas), pero que como tal ya ha sido consumada. La tentativa de robo no puede absorber el hurto consumado, ya que este último contiene un elemento -el desvalor de resultado- que no se da en aquella (y de hecho, el hurto consumado puede tener más pena que la tentativa de robo con fuerza).

Por ello, la solución debe ser, como en otros supuestos similares, la del concurso ideal: deberá calificarse esta conducta como *un concurso ideal entre la tentativa de robo y el hurto consumado*. Precisamente por el juego del concurso ideal se evita la posible tacha de *bis in idem*.

<sup>10</sup> Es la posición absolutamente mayoritaria en la doctrina relativa al Código Penal de 1995. Por todos, ver VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 1157; VIVES ANTÓN, 2010, p. 396; MUÑOZ CUESTA, 1998, p. 105-106; PÉREZ MANZANO, M., 1998, p. 383 (en relación con la modalidad de “descubrimiento de sus claves”); DE VICENTE MARTÍNEZ, 1999, p. 62; LA MISMA, 2011, p. 49-50, p. 75; BERNAL DEL CASTILLO, 1999, p. 156; MANZANARES SAMANIEGO, 1999, p. 163; GARCÍA ARÁN, 2004, p. 667; FERNÁNDEZ GARCÍA, 2004, p. 79 y ss., p. 99; GONZÁLEZ RUS, 2005, p. 475; ÁLVAREZ GARCÍA, 2011, p. 124; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, 2012, p. 252; SOUTO GARCÍA, 2017, Cap. 4.1., apartado a.2.3; LLOBET ANGLÍ, 2020, n. m. 10842; ALASTUEY DOBÓN, 2022, p. 355.

Nótese que esta solución no procede en los casos en que el receptáculo tenga un valor tan escaso que lleve a calificar su sustracción de bagatelaria. En tales casos corresponderá, pues, condenar únicamente por la tentativa de robo con fuerza en las cosas.

Sin embargo, tal como avanzamos, esta solución no es la que propone la doctrina mayoritaria (al menos, no exactamente). Tampoco es la que se aplica en la praxis jurisprudencial, como podremos ver a continuación.

## 4. LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES (I): ROBO CONSUMADO. LA (HOY) ERRÓNEA TESIS DE LA "CONSUMACIÓN SUBJETIVA ANTICIPADA"

### 4.1. La tesis de la “consumación subjetiva anticipada” en la jurisprudencia de las últimas décadas

En la jurisprudencia actual podemos encontrarnos con una sorprendente idea: la de que el delito de robo con fractura interior es un delito de “consumación subjetiva anticipada”, es decir: que para su consumación no hace falta que se realicen todos los elementos del tipo objetivo (sustracción del receptáculo + uso de fuerza), sino que basta con que el sujeto sustraiga el continente y obtenga su pacífica disponibilidad, siempre que tuviese *intención de usar fuerza después para obtener su contenido* (sustracción del receptáculo + *intención de usar fuerza*). Así, según esta concepción, la consumación del robo con fractura interna no vendría determinada por la plena realización de la conducta típica, sino por la *intención* del sujeto.

La primera referencia que encontramos en sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la entrada en vigor del CP 1995, salvo error u omisión, es la STS nº 47/1998, de 19 de enero, que expone su razonamiento en los siguientes términos (FD 3; las cursivas son añadidas):

“Ya la sentencia de 3 de mayo de 1990 señaló al respecto que se trata de un delito de *consumación subjetiva anticipada*, o si se prefiere, de resultado cortado y la más reciente 1794/1992, de 17 de julio, con referencia a la figura prevista en el segundo inciso del nº 3º del artículo 504 del Código Penal de 1973, estima que supone una derogación parcial de la específica figura del robo con fuerza en las cosas, con extensión de la misma a otros supuestos de fractura llevada a cabo fuera del local donde se produjo su sustracción y una de las especiales características de la consumación por *admotio*<sup>11</sup>, es decir, *desde*

<sup>11</sup> Debe decir *amotio*. En esta cita, decenas de veces repetida en la jurisprudencia española, se confunde “*admotio*” (de ad + moveo: arrimar, acercar a algún sitio) con “*amotio*” [de a(b)+ moveo, trasladar *desde* algún sitio]. El término “*amotio*” es el correcto, y podemos hallarlo en las fuentes de Derecho común para referirse al desplazamiento en el *furtum* (“*contrectatio est amotio de loco ad locum*”: así, por ejemplo, en FARINACIUS, 1614, *quaestio CLXXIV*, núm. 50, p. 89; o en CARPZOV, 1646, *quaestio LXXXIIX*, p. 319. Ver también BATTAGLIA, 2012, p. 23 y ss., 243 y ss., 260 y ss.

Ya que hablamos de maldiciones, debemos decir que también hay una suerte de maldición en las citas jurisprudenciales de términos latinos sobre el momento consumativo de los delitos de sustracción, pues se recogen en alguna sentencia de modo incorrecto y el “*efecto cypypasteprudencia*” multiplica el error en términos exponenciales. Así, en decenas y decenas de sentencias la expresión clásica “*amotio de loco ad locum*” se convierte en la gramaticalmente incorrecta “*admotio de locum ad loco*” (en el Tribunal Supremo ver, por muchas, STS de 27 de octubre de 1995; en las audiencias provinciales, por muchas, SAP Madrid, Sec. 1, 79/2017, de 6 de marzo). A veces se habla de “*illaçtio*” en vez de “*illatio*” (SAP Valencia, Sec. 3, 869/2014, de 17 de diciembre). En otras ocasiones, de “*abjátiõ*” en vez de “*ablatio*” (SAP Girona, Sec. 3, 117/2002, de 18 de marzo; probablemente esto sea consecuencia de un error en la digitalización de la vieja STS de 19 de enero de 1979, donde puede hallarse la misma errata). La palabra “*aprehensio*” es deformada en decenas de ocasiones: a veces como “*aprehessio*” (por todas, STS 21 de abril de 1988; SAP Badajoz, Sec. 3, 174/2019, de 8 de octubre), otras como “*aprehensio*” (por todas, ver SSTS 526/2019, de 31 de

*que se pone el objeto cerrado fuera del lugar, siempre que esté acreditado el propósito de ulterior fractura, constituye ya la doctrina de este Tribunal Supremo desde la añeja resolución de 16 de febrero de 1903 y recientemente pueden citarse las de 20 de febrero de 1979, 12 de julio de 1985 y 17 de junio de 1986. Tal consumación anticipada obliga a estimar que ello acontece en el lugar de la sustracción”.*

Esta idea de la “consumación subjetiva anticipada” aparece también en diversas resoluciones del Tribunal Supremo (ver la STS 1658/1998, de 22 de diciembre<sup>12</sup> y el reciente Auto TS nº 191/2023, de 16 de febrero<sup>13</sup>), y la encontramos asimismo en diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (ver la también muy reciente STSJ Madrid 51/2023, de 7 de febrero) y de Audiencias Provinciales<sup>14</sup>.

La pregunta que inmediatamente surge es: *¿qué apoyo ofrece el Código Penal para entender que la consumación en este caso no requiere que se hayan realizado todos los elementos del tipo objetivo, sino que basta con que se realice únicamente uno de ellos (la sustracción), siempre que el sujeto albergase la intención de realizar los faltantes (aplicar la fuerza y extraer el contenido)?*

La respuesta corta es “ninguno”.

La respuesta larga requiere acudir al Derecho penal histórico.

## **4.2. El origen de esta interpretación: antes de 1995 existía una cláusula que equiparaba ‘sustracción con fractura interior’ y ‘sustracción con intención de ejercer fractura interior’... pero desde 1995 ya no**

La explicación es a la vez sencilla y sorprendente: en los Códigos que precedieron al CP 1995 se contenía una cláusula que expresamente equiparaba la sustracción del receptáculo con fractura interior *consumada* y su sustracción *con intención de fracturarlo posteriormente en otro lugar*.

En origen, esta equiparación aparece en el CP 1870<sup>15</sup> (como hemos visto *supra*, en su versión de enero de 1871), cuyo art. 521 recogía en su apartado 4º el robo “con fractura

---

octubre; 353/2014, de 8 de mayo; o 148/2020, de 18 de mayo, en cuyo FD 4 se reproduce la palabra de los dos modos: con la grafía correcta y con la incorrecta).

<sup>12</sup> Esta sentencia, que usa el concepto de “consumación subjetiva anticipada”, en realidad no aborda el tema de cómo calificar los casos en que aún no se ha ejercido la fuerza en las cosas, sino una cuestión distinta: si cabe aplicar el subtipo agravado de robo en casa habitada a los casos en que se sustrae el receptáculo en una vivienda pero la fuerza en las cosas mediante fractura interior se realiza ya fuera de la casa. El Tribunal Supremo fundamenta la aplicación del robo en vivienda acudiendo a la idea de dónde se ha consumado la sustracción, y dice que fue en la casa, al extraer el receptáculo con intención de fracturarlo. Aunque la conclusión es correcta (procede aplicar el subtipo agravado), el argumento de la consumación subjetiva anticipada -además de equivocado, como se verá más adelante- es absolutamente innecesario, pues para aplicar el subtipo de robo en casa habitada no hace falta que la *consumación* tenga lugar en dicha casa. Así, nadie duda que *todos* los demás robos con fuerza cometidos en casa habitada, así como el robo con violencia e intimidación en casa habitada, se consuman en el exterior de la vivienda (pues es fuera de la casa donde se obtiene la pacífica disponibilidad de la cosa); y ello no obsta a la aplicación del subtipo agravado.

<sup>13</sup> En el Auto del TS 191/2023, de 16 de febrero, se recoge *obiter dictum* la tesis de la consumación anticipada subjetiva (“desde que se pone el objeto cerrado fuera del lugar, siempre que esté acreditado el propósito de ulterior fractura”).

<sup>14</sup> Por muchas, ver SAP Valencia, Sec. 2, nº 668/2013, de 16 de septiembre; SAP Barcelona 29/2005, de 11 de enero; SAP Burgos de 16 de diciembre de 2001.

de puertas, armarios ú otras clases de muebles ó efectos cerrados ó sellados”; pero a continuación añadía “ó su sustracción *para* ser fracturados ó violentados fuera del lugar del robo”. Esa cláusula, con ligeras variaciones, fue pasando a los códigos posteriores hasta 1995<sup>16</sup>.

En efecto: durante 125 años, desde 1871 hasta 1995, en el Derecho penal español existió una cláusula que expresamente equiparaba “sustraer *con* fractura interna” y “sustraer *con la intención de ejercer posteriormente* fractura interna”, configurando así el delito de robo con fractura interior como un delito “de consumación subjetiva anticipada”, como lo denomina el Tribunal Supremo. De ese modo, bajo aquella redacción la consumación del delito no requería que se realizasen todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo la fractura del mueble u objeto cerrado: bastaba con sustraer el objeto continente *con la intención de ejercer* esa fuerza posteriormente en otro lugar<sup>17</sup>. Con ello se creaba una cláusula *ad hoc* sobre consumación del delito de robo con fuerza en las cosas, únicamente aplicable a los casos de *fractura interna*<sup>18</sup>.

Sin embargo, en 1995 la regulación del robo con fractura interior cambió, pues el nuevo Código Penal *eliminó esa cláusula*, de modo que desapareció cualquier base para equiparar la “realización de todos los elementos del tipo objetivo” y la “realización de *algunos* de los elementos del tipo objetivo *con intención de realizar los demás*”<sup>19</sup>. Siendo así, la conducta de sustraer un receptáculo *para* ejercer fuerza en las cosas sobre él, sin haber logrado aún fracturarlo, constituye una *tentativa* de robo con fuerza en las cosas (además de un hurto consumado, si es que el sujeto llega a obtener la pacífica disponibilidad de dicho receptáculo), ya que el sujeto ha intentado realizar los actos que deberían producir el resultado, pero no ha logrado realizarlos todos. No obstante, y a pesar de ese cambio legislativo, la jurisprudencia mayoritaria y una parte minoritaria de la doctrina ha seguido sosteniendo la tesis de la “consumación subjetiva anticipada” como si la cláusula en cuestión no hubiese sido derogada en 1995<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> No existía tal cláusula ni en el art. 433.3ª CP 1848, ni en el CP 1822, cuyo art. 726 definía los supuestos de fuerza en las cosas. De hecho, en el propio CP 1870, esa cláusula no se preveía en los robos en lugares no habitados (art. 525).

<sup>16</sup> Art. 694.3ª CP 1928: “Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados o de sus cerraduras, o sustracción de ellos *para* fracturarlos o violentarlos en otro lugar”. Con una mínima variación respecto de esa redacción, el art. 504.3ª del CP TR 1944 recogió esta cláusula (en vez de decir “o sustracción de ellos” pasaba a decir “o su sustracción”), que décadas después pasó al artículo del mismo número del CP TR 1973.

<sup>17</sup> Hasta la última edición de su manual, RODRÍGUEZ DEVESA se mostró siempre muy crítico con esta norma (RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, 1995, 18ª ed., p. 456), como también PUIG PEÑA (1988, p. 573, nota 3: “no resiste una crítica severa”). QUINTANO RIPOLLÉS, 1977, p. 517, entendía que no era imposible interpretar esta cláusula en un sentido distinto; y que la interpretación mayoritaria, “aun siendo gramaticalmente correcta, es más bien extensiva y poco aconsejable”.

<sup>18</sup> QUINTANO RIPOLLÉS (1963, p. 226) dirá que supone una “derogación de las normas del delito consumado”.

<sup>19</sup> Ya CARRARA (“Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”. Volumen IV. Reimpr. de la 4ª edición. Bogotá: Temis, 1987, § 2156) sostenía que la “sustracción cometida con el fin de romper” no equivale a la ruptura exigida por ley en el robo con fuerza en las cosas *a menos que haya una norma positiva que así lo disponga expresamente*. Esa es la norma que existió entre 1871 y 1995, pero que dejó de existir con la entrada en vigor del CP 1995.

<sup>20</sup> Por ejemplo, ver QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 489 (adhiriéndose a la jurisprudencia previa al CP de 1995); NÚÑEZ CASTAÑO, 2015, p. 67; GARCÍA ALBERO, 2016, p. 215; LUZÓN CUESTA/LUZÓN CÁNOVAS, A./LUZÓN CÁNOVAS, M., 2021 (23ª ed.), p. 210; MUÑOZ CONDE, 2022, p. 409-410.

### 4.3. La culpa fue de la “coppasteprudencia”

Volvamos a la pregunta que nos formulábamos páginas atrás: ¿qué apoyo legal ofrece el Código Penal vigente para interpretar que el robo con fractura interior es un delito de consumación anticipada?

Si la respuesta corta era “ninguno”, la respuesta larga es: *“ninguno en el Derecho vigente, pero los Códigos Penales desde 1870 sí regulaban el robo con fractura interior como un delito de consumación anticipada, ya que contenían una cláusula que equiparaba ‘sustracción con fractura interior’ y ‘sustracción con intención de ejercer fractura interior’.* El Código Penal de 1995 eliminó esa cláusula, *pero como consecuencia de una “coppasteprudencia” poco reflexiva, diversos tribunales han seguido repitiendo párrafos de la vieja jurisprudencia, ignorando el esencial cambio que en este punto introdujo el Código Penal de 1995.*

Así, pues, como hemos visto, después de la eliminación de aquella cláusula, y durante más de un cuarto de siglo, muchos juzgados y tribunales españoles han seguido aplicando *el Derecho derogado*. Y lo han hecho porque no han fundado sus resoluciones en la cita de la ley, sino en la reproducción de un párrafo procedente de sentencias dictadas *bajo la vigencia de normas derogadas*.

Probablemente a ello haya colaborado el que las sentencias criticadas, en vez de aducir un *artículo del Código* que equiparaba “sustracción con fractura interna” y “sustracción para fractura futura”[21] (que desde 1995 ya no existía), aducían un *concepto dogmático*: la “consumación subjetiva anticipada”. Y quizá confiando en cierta inmutabilidad o inmanencia de la dogmática, la jurisprudencia lo ha seguido aplicando a pesar del cambio legal, desconociendo que la dogmática no hace sino *una elaboración conceptual a partir del Derecho vigente en cada momento*: en unas ocasiones, sintetizando sus elementos más básicos y permanentes; pero en otras -como la que nos ocupa-, tomando elementos más accidentales, que pueden cambiar de un día para otro.

Es así como se explica esta línea jurisprudencial y por qué debe considerarse equivocada. Más adelante volveremos sobre la idea de *coppasteprudencia*.

## 5. LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES (II): ÚNICAMENTE TENTATIVA DE ROBO

Una línea jurisprudencial minoritaria entiende, con razón, que el Código Penal no permite entender que el robo en estos casos esté consumado, ya que ha desaparecido la cláusula que contenían los códigos derogados. Por ello, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sec. 2, de 23 de febrero de 2004:

*“para determinar el grado de ejecución alcanzado debe atenderse exclusivamente al hecho típico, esto es, a la fractura del objeto cerrado o al forzamiento de sus cerraduras. Y en el presente caso es obvio, y así se declara probado, que el acusado, después de trasladar la cabina a la playa, intentó forzar el cajetín donde se hallaba el dinero sin conseguirlo, ya que fue sorprendido en ese momento por la policía, por lo que estaríamos ante una tentativa de robo con fuerza, no ante un delito consumado”.*

A este criterio se adhieren expresamente diversas resoluciones de otras Audiencias Provinciales<sup>22</sup>. Hay también otras sentencias que califican la conducta como tentativa, aunque la argumentación que aportan sea muy sucinta o incluso a veces contradictoria<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> SAP Castellón, Sec. 1ª, 277/2004, de 24 de septiembre; SAP Girona, Sec. 3, nº 894/2004, de 28 de octubre; SAP Málaga, Sec. 9ª, nº 186/2017, de 10 de mayo; AAP Barcelona, Sec. 5ª, 294/2009, de 5 de mayo.

Como se ha señalado *supra*, esta línea acierta al entender que en estos casos el robo no está consumado porque el autor “no despliega la totalidad de los actos integrantes del acontecer típico”<sup>24</sup>.

Sin embargo, estas sentencias prescinden de un dato ya señalado: en estos casos el sujeto ha sustraído sin fuerza el objeto continente y ha obtenido la pacífica disponibilidad de dicha cosa. Es decir: han cometido un hurto *consumado* del receptáculo, cuyo desvalor de resultado no puede verse absorbido por la tentativa de robo, que como tal carece de desvalor de resultado<sup>25</sup>. No es lo mismo el caso de quien intenta cometer un robo con fuerza en las cosas sin lograr consumarlo y el de quien, *además*, logra hurtar una cosa mueble ajena (el receptáculo), privando a su dueño de ella. De hecho, penológicamente la diferencia es palmaria: en ausencia de agravantes específicas, la pena correspondiente a una tentativa de robo con fuerza en las cosas (seis a doce meses menos un día de prisión) es *inferior* a la del hurto consumado (seis a *dieciocho* meses de prisión); y quien sustrae el mueble para posteriormente quebrarlo y obtener su contenido ya ha consumado el hurto del mueble y su contenido. Por ello, debe reiterarse que la solución adecuada a estos casos es un concurso ideal entre robo intentado y hurto consumado (salvo, como se ha señalado, en los casos en que el escaso valor del objeto forzado lleve a desestimar la aplicación del hurto por su condición bagatelaria).

---

También la propia Audiencia Provincial de Tarragona lo repite en una sentencia posterior, aunque en un caso en que la aplicación de este criterio parece cuestionable: SAP Tarragona, Sec. 2, de 5 de abril de 2004. En efecto, el caso del que conoció esta última resolución se antoja distinto, ya que en aquel supuesto, aunque en efecto el autor no pudo llegar a forzar el objeto que contenía el dinero, parece que la sustracción del objeto continente *ya se había realizado con fuerza en las cosas* (“el acusado, sobre las 1:40 horas, con la intención de enriquecerse, *rompió con una piedra el cristal del bar de la estación de ferrocarriles y sustrajo una cabina de teléfonos que trasladó hasta su casa*”), por lo que resultaba difícil eludir la calificación de robo consumado desde que obtuvo la pacífica disponibilidad del receptáculo sustraído.

<sup>23</sup> Algunas resoluciones califican como tentativa de robo casos como estos... aunque en sus fundamentos de Derecho invocan incoherentemente la doctrina de la “consumación subjetiva anticipada”, copiando literalmente párrafos de sentencias que la recogían. Así, la SAP Vizcaya 452/2001, de 3 de octubre, confirmó la calificación de tentativa de un caso en el que el autor había sustraído una caja de caudales sin fuerza, violencia ni intimidación, obteniendo la pacífica disponibilidad de la cosa y posteriormente había sido detenido por la Ertzaintza mientras intentaba forzarla. Así, tras *cortapegar* un texto que cita anacrónicamente la teoría de la “consumación subjetiva anticipada”, sin embargo concluye correctamente: “Aunque en este caso la resolución recurrida considera el delito de robo en grado de tentativa, lo que se confirma en esta alzada, por ser lo más adecuado al desarrollo de los hechos”.

De modo similar la SAP Barcelona 29/2005, de 11 de enero revocó la calificación de robo consumado que había hecho el Juzgado de lo Penal, aplicando la calificación más correcta de robo intentado, en un caso en el que el autor había sustraído el cajetín de un teléfono sin fuerza, violencia ni intimidación, pero con intención de forzarlo, y que era detenido antes de llegar a forzarlo (a pesar de que en párrafos anteriores había copiado literalmente párrafos de otras sentencias donde se exponía la doctrina de la consumación subjetiva anticipada).

<sup>24</sup> SAP Barcelona 29/2005, de 11 de enero, FD 2.

<sup>25</sup> Es muy probable que algunas de estas resoluciones no hayan atendido al hurto consumado del receptáculo *porque tuviese un valor exiguo*, de modo que el único hecho no bagatelario fuese el robo intentado del contenido.

## 6. UNA OJEADA A LOS EFECTOS JURÍDICO-PROBATORIOS DE LA (YA DEROGADA) CLÁUSULA QUE EQUIPARABA SUSTRACCIÓN CON FUERZA Y SUSTRACCIÓN PARA EJERCER FUERZA

Ciertamente, la regla introducida por el CP 1870 y derogada en 1995 producía un efecto agravatorio, como siempre ocurre con las reglas que adelantan la barrera punitiva<sup>26</sup>, pues llevaba a castigar como robos consumados simples tentativas de robo (en concurso ideal con hurtos consumados).

No obstante, en muchas ocasiones este tipo de reglas no buscan el incremento punitivo como tal, sino más bien *facilitar el trabajo a la acusación*, liberándola de la pesada carga de tener que acreditar extremos de difícil prueba. Al menos en parte, esto es lo que parecía justificar la existencia de la vieja regla de la “consumación subjetiva anticipada”.

Pensemos en casos en los que solo se pudiese probar que el sujeto activo sustrajo (sin fuerza, violencia ni intimidación) una caja fuerte u objeto similar que contenía dinero y obtuvo su pacífica disponibilidad, pero *no existiese prueba alguna que demostrase qué hizo con la caja: si logró forzarla o no*. Así, aunque es obvio que la sustracción de la caja se realizó para acceder al dinero que contenía (lo cual necesariamente implicaba que el autor, en el momento de la sustracción, pretendía hacerse con ella para forzarla), en la causa no obra ninguna prueba más sobre lo ocurrido con el receptáculo. No se ha probado si el sujeto logró abrirlo por la fuerza; o si quizá, por el contrario, se lo sustrajeron unos compinches, o si lo perdió, o si en la huida tuvo que deshacerse de él precipitadamente, etc.<sup>27</sup>

Evidentemente, en estos casos -donde hay una fuerte sospecha de que el sujeto ha logrado acceder al dinero- la regla que equiparaba “sustracción para forzar el receptáculo” y “sustracción seguida de forzamiento del receptáculo” permitía aplicar el delito de robo en grado de consumación sin necesidad de preocuparse por aportar material probatorio específicamente dirigido a demostrar extremos de tan difícil prueba. Con ello se eludía la rebaja de la tentativa ante lo que, según se podía sospechar, era tan solo un *delito consumado con problemas de prueba*, ya que la prueba de la fuerza en las cosas se tornaba extraordinariamente ardua una vez el sujeto activo había adquirido la pacífica posesión del receptáculo.

Pero ¿cómo ha abordado la jurisprudencia *actual* estos supuestos, ahora que no existe una cláusula que equipare “sustracción del receptáculo para forzarlo” con “sustracción del receptáculo y efectivo forzamiento”? En no pocos casos, *haciendo como si la cláusula en cuestión no hubiese sido derogada en 1995, sino que aún siguiese vigente*, invocando a tal efecto nuevamente la tesis de la “consumación subjetiva anticipada”. Así, por ejemplo, cabe citar resoluciones como las siguientes.

- SAP Asturias, Sec. 8, nº 129/2012, de 11 de julio. Una cámara graba al acusado llevándose un teléfono público con su cajetín muy posiblemente lleno de monedas. No hay pruebas adicionales respecto de si el sujeto llegó a forzar el cajetín. La sala confirma la condena por robo con fractura interna *consumado* apelando al concepto de “consumación subjetiva anticipada”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> MATA Y MARTÍN, 1995, p. 295.

<sup>27</sup> Un caso similar cita GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1896, p. 192 (STS 3 de octubre de 1881; curiosamente, sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el hecho debía castigarse solo como hurto, a pesar de que en 1881 sí estaba vigente la equiparación entre sustracción con fractura interna y sustracción para aplicar fractura interna).

- SAP Valencia, Sec. 2, nº 668/2013, de 16 de septiembre. Los autores sustrajeron una caja cerrada que contenía varios miles de euros, dos anillos y una pulsera de oro, dos relojes y diversa documentación. Sin embargo, no había ulterior prueba respecto de si habían logrado abrirla. El Tribunal emplea el mismo argumento para confirmar la condena por robo con fractura interna consumado, invocando sentencias del Tribunal Supremo previas al CP 1995 (de los años 1992, 1990, 1986, 1985, 1979 así como “la añeja de 16 Feb 1903” -sic-).

Por el contrario, en otros supuestos los tribunales han intentado abordar la cuestión argumentando la cuestión en su correcta sede: la de la *valoración de la prueba*, considerando que los elementos probatorios que obraban en la causa permitían concluir que el sujeto en efecto había llegado a forzar el receptáculo y sustraído la cosa de su interior (aunque sin renunciar a reforzar la argumentación probatoria con el erróneo argumento de la “consumación subjetiva anticipada”; probablemente, conscientes de que la argumentación probatoria tenía flancos débiles).

- Así, por ejemplo, la STSJ Madrid, nº 85/2018, de 19 de junio conoció de un caso en que el autor entró en una lavandería y se llevó una “caja de cambios” que contenía 500 €. Al no haber fuerza en las cosas en la sustracción<sup>29</sup>, la única posibilidad de calificar la conducta como robo era estimar la fractura interior... pero en la causa no obraba ninguna prueba respecto de tal extremo: lo único que se sabía es que el sujeto sustrajo la caja con su contenido y nunca más se volvió a saber de ella. Pues bien: la sentencia califica los hechos como robo aduciendo dos argumentos. El principal es un argumento relativo a la *valoración de la prueba* (“la caja de cambios desapareció en poder del acusado, sin que de su contenido se haya vuelto a tener noticia alguna, por lo que, *con toda lógica, cabe inferir que se apoderó de lo que en ella había tras la correspondiente fractura de la caja*<sup>30</sup>”); pero la sentencia aduce además, complementariamente, el argumento de la consumación subjetiva anticipada (“el delito se perfecciona tan pronto se sustrae el objeto cerrado o sellado para posteriormente violentarlo o fracturarlo fuera del lugar de la sustracción -*consumación subjetiva anticipada o de resultado cortado*-, siempre que esté acreditado, cierto es, el propósito de ulterior fractura<sup>31</sup>”).

<sup>28</sup> “En supuestos como el presente, que el delito se perfecciona tan pronto como se sustrae el objeto cerrado o sellado para violentarlo o fracturarlo fuera del lugar de la sustracción, es decir que el delito de robo se consuma en el lugar donde se produce la sustracción del objeto aunque luego se fracture en lugar distinto para obtener su contenido (delito de consumación subjetiva anticipada o de resultado cortado) SS. TS. 3-5-1990 , 17-7-1992 , 19-01-1998 etc.”.

<sup>29</sup> En realidad, el ladrón la arrancó de la pared por la fuerza, pero esto no podía constituir fuerza en las cosas a los efectos del art. 237 CP, pues no era para acceder al lugar donde se encuentra la cosa.

<sup>30</sup> La sentencia sostiene que “la inferencia de tal propósito en las circunstancias del caso es más probable que improbable”. Con ello, emplea aquí incorrectamente el “canon de preponderancia” (“más probable que improbable”, “*more likely than non likely*”), en vez del canon “más allá de toda duda razonable” (canon *BARD*, siglas de “*beyond any reasonable doubt*”), que es el que impone la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 70/2007, de 16 de abril y 157/1998, de 13 de julio).

<sup>31</sup> El caso llegó al Tribunal Supremo, que mediante auto (ATS nº 73/2018, de 13 de diciembre) inadmitió el recurso de casación confirmando ambos argumentos: tanto el probatorio (como el acusado se apoderó de la caja “sin que de su contenido se haya vuelto a tener noticia alguna (...) con toda lógica cabe inferir que éste se apoderó igualmente de lo que en ella había tras su fractura”) como el de la consumación subjetiva anticipada.

Se evidencia, pues, que la cláusula derogada hace más de un cuarto de siglo tenía una clara utilidad: liberar a la acusación de la carga de probar ciertos extremos que en ocasiones son de difícilísima prueba (¿llegó el autor a forzar el receptáculo sustraído una vez lo tuvo en su poder?); y que el hueco que ha dejado su derogación es particularmente perceptible cuando los tribunales se enfrentan a casos como los recién vistos.

## 7. CONCLUSIONES

1. La afirmación de que el robo con fractura interior era un “delito de consumación subjetiva anticipada o de resultado cortado” era correcta bajo la vigencia de los Códigos de 1870, 1928, 1944 y 1973, que contenían una cláusula que equiparaba la sustracción *cometida mediante* fractura interior y la sustracción *para ejercer posteriormente* fractura interior (y producía no sólo un adelantamiento en la consumación del delito sino también un efecto de simplificación probatoria que facilitaba la labor de la acusación en no pocos casos).
2. Esta cláusula dejó de ser Derecho vigente en 1995 para convertirse en Historia del Derecho. La sustracción de un receptáculo para forzarlo en otro lugar y obtener su contenido, cuando el sujeto no llega a conseguirlo, no puede considerarse desde entonces un robo consumado, puesto que no supone la realización de todos los elementos del tipo objetivo.
3. A pesar de ello, la jurisprudencia mayoritaria ha seguido hasta hoy aplicando esa equiparación derogada hace más de un cuarto de siglo, por el expediente de “*cortapegar*” y *arrastrar citas de sentencias dictadas bajo la vigencia de Códigos derogados*. Esto le ha llevado a ignorar el cambio legislativo.
4. La jurisprudencia más acertada califica estos supuestos como simples tentativas de robo. A pesar de que es una calificación más correcta, tampoco lo es plenamente, ya que en ellos el sujeto activo, además de intentar un robo con fuerza, ha obtenido la pacífica disponibilidad del receptáculo sustraído (lo cual supone un hurto consumado del receptáculo).
5. Hoy los casos en los que alguien sustrae una caja fuerte u objeto similar sin violencia, intimidación ni fuerza en las cosas y obtiene su pacífica disponibilidad, pero es sorprendido antes de lograr forzarla (o bien no se ha demostrado que la haya forzado), deben ser calificados como *concurso ideales de hurto consumado y tentativa de robo con fractura interior*. No obstante, cuando el valor del receptáculo sea tan escaso que el hurto sea bagatelario, debe aplicarse únicamente la tentativa de robo.
6. La jurisprudencia de la “consumación subjetiva anticipada” ha estado aplicando durante más de un cuarto de siglo una regla derogada. Más allá de la concreta anécdota, este *lapsus* o “*acto fallido jurisprudencial*” nos habla de una técnica preocupante en la motivación de las sentencias. Una técnica que toma como fuente principal del Derecho penal la jurisprudencia en detrimento de la ley, y que se ve reforzada por la perniciosa tendencia a motivar resoluciones sobre la base de *recortapegas* de resoluciones judiciales anteriores.
7. Seguramente este y otros problemas propios del robo con fractura interna deberían conducirnos a abrir un debate sobre el propio concepto de robo: sobre cuál es el motivo por el que seleccionamos ciertos delitos de sustracción y los distinguimos punitivamente

del hurto. Este debate, que se agitó ligeramente a finales del siglo pasado, con los distintos proyectos de reforma de los años 80 y 90, lleva aletargado prácticamente desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

No obstante, se trata de un debate de capital importancia, que podría llevar a replantearnos si debemos desandar el largo camino que comenzamos a recorrer con aquella falsa *corrección de errores* de 1871 que terminó de dar a los casos de sustracción con fractura interna el estatus de delitos de robo con fuerza en las cosas, convirtiéndolos en un “cuerpo extraño” que no termina de encajar en la sede que se le ha asignado.

Probablemente no tenga la misma relevancia la conducta de apoderarse de patrimonio ajeno usando fuerza para entrar en un espacio protegido (escalamiento, fractura externa o inmobiliaria, llaves falsas, etc.) que el apoderamiento con fractura interna. Siendo así, no tiene sentido introducir semejante salto punitivo entre los casos de sustracción con “fuerza sobre la propia cosa”, constitutivos de hurto (pues la *vis in re* es atípica desde el punto de vista del delito de robo) y la sustracción con “fuerza sobre la cosa que contiene la cosa”, que constituye hoy robo con fuerza en las cosas. ¿Es razonable asignar a los casos de fractura interna la misma pena que a los “butrones”? ¿Lo es impedir la aplicación del delito leve cuando la cuantía sustraída sea inferior a 400 euros?

Cuando un “cuerpo extraño” produce tantos problemas, quizá sea el momento de buscarle un acomodo distinto. Probablemente, como tantas veces ha dicho la mejor doctrina, ese acomodo deberá buscarse fuera de los delitos de robo.

## 8. EPÍLOGO: NOTAS SOBRE LA COPYPASTEPRUDENCIA COMO TÉCNICA DEFECTUOSA DE REDACCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Hemos podido analizar cómo la solución de un caso razonablemente sencillo resultaba oscurecida y complicada por una mala praxis jurisprudencial relacionada con ese *uso abusivo del “cortapega” o “copipega”*<sup>32</sup> que he llamado provisionalmente, y a falta de mejor nombre, *copypasteprudencia*<sup>33</sup>.

A continuación proponemos ahondar un poco en este concepto para ilustrar algunos de los efectos negativos que esta práctica trae consigo, y que trascienden con mucho la concreta solución de este o aquel caso para convertirse en la fuente de alguno de los problemas clave de la jurisprudencia penal actual.

Hemos hablado de uso abusivo<sup>34</sup> del “cortapega” jurisprudencial, y debe subrayarse aquí el adjetivo “abusivo”, pues la cita literal de precedentes contenidos en resoluciones previas, empleada de modo razonable, no sólo es un expediente aceptable, sino que aporta numerosas ventajas a la labor jurisdiccional.

Estas ventajas no se agotan en la simple cuestión de la reducción del esfuerzo (algo sumamente apreciable cuando los juzgados y tribunales están sobrecargados hasta extremos intolerables). Y es que la cita literal, en su uso adecuado, sirve a la seguridad jurídica.

<sup>32</sup> La Fundación del Español Urgente de la RAE (FUNDEU, “*Copipega y copipegar*, neologismos válidos”, 9/12/2014: <https://www.fundeu.es/recomendacion/copipega-y-copipegar/>) ha considerado que se trata de un neologismo aceptable en español.

<sup>33</sup> SOUCEK (2012) habla de “Copy-Paste Precedent”.

<sup>34</sup> TARUFFO (2008, p. 718) hablaba en supuestos similares de un “abuso della citazione”.

El uso estandarizado de una concreta versión o fórmula sirve para la conservación de la línea jurisprudencial y proporciona certeza en la cita<sup>35</sup>: si los juzgados debiesen redactar *ex novo* cada vez la formulación de una cita de un Tribunal Supremo o Constitucional se generarían variaciones que podrían afectar al sentido de la línea jurisprudencial. Por otra parte, si hablamos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fijación de la cita garantiza su uniformidad y coadyuva a la función nomofiláctica al mantener unívoco el criterio en su concreta formulación.

Por el contrario, hablaremos de copypasteprudencia únicamente para referirnos a usos abusivos, defectuosos o irrazonables de este expediente, que pueden producir importantes consecuencias negativas.

La copypasteprudencia no ha sido objeto de una atención académica detenida en nuestro entorno. Probablemente porque, más que un nuevo vicio específico, en realidad es el modo en el que se manifiestan hoy viejos vicios en los que se incurre en la redacción de resoluciones judiciales, pero que se ven amplificados y potenciados por la incorporación de las tecnologías de la información a la labor de redacción de resoluciones judiciales.

Sin ánimo de exhaustividad en el análisis, sino más bien de primera aproximación a la cuestión (y, si lo tuviesen a bien, para invitar a otros a continuar su estudio), a continuación se destacarán algunos de los rasgos más relevantes de este fenómeno.

### **8.1. La simple yuxtaposición de citas jurisprudenciales no ya inconexas sino incluso contradictorias.**

Como modo de redacción de sentencias, la copia acumulativa y acrítica de citas de distintas sentencias pretéritas no es un buen uso del precedente jurisprudencial. Todo lo contrario: con este proceder, el tribunal “copypasteador” en efecto acude a la experiencia pasada, pero dimitte de su función de elegir, sintetizar y redactar *un* criterio interpretativo. Por el contrario, lo que hace es identificar muchas de las formas en las que el Tribunal ha podido comprender un criterio (o, en el peor de los casos, hace pasar por un criterio lo que no son sino diversos modos de comprender la cuestión). Cuando esas formulaciones efectivamente son divergentes entre sí, ello genera inseguridad jurídica: ¿cuál de ellas es aplicable al caso que nos ocupa? Con esta praxis no solo desaparecen todos los beneficios de la cita jurisprudencial (homogeneidad, estandarización, seguridad jurídica, etc.), sino que surgen los problemas diametralmente opuestos.

Esto no es inocuo para los derechos de los justiciables. Imaginemos una sentencia que sostiene, con cita jurisprudencial, que el fundamento de la punición de una conducta reside en los elementos A, B y C; pero a continuación cita otra sentencia adicional que dice que ese fundamento reside en los elementos B, D y E; y otra sentencia más que dice que en realidad el fundamento reside en los elementos C, E y G. Cuando la sentencia no ofrece seguridad sobre cuáles son los fundamentos de la condena (pues esta podría deberse al menos a tres modos distintos de comprender el tipo penal), el condenado se ve en la situación de recurrir ante tres distintas hipótesis de cargo. Con todo ello, la incertidumbre sobre el sentido de la resolución termina por afectar negativamente al derecho de defensa.

Veamos algún ejemplo particularmente claro de lo recién expuesto.

<sup>35</sup> Sobre la utilidad de la autocita jurisprudencial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ver ITZCOVICH (2017, p. 309-310), quien alude entre otras a su función de estandarización de la jurisprudencia, a la eliminación de rasgos idiosincráticos de los concretos magistrados y a la legitimación del propio Tribunal en la continuidad de su actuación jurisdiccional.

- La STS 458/2019, de 9 de octubre, llega a dar hasta *cinco definiciones distintas* del abuso de superioridad, “cortapegadas” de sentencias anteriores: unas con cuatro requisitos, otras con tres, otras con cinco requisitos y dos elementos adicionales (en algún caso, ninguno de los requisitos de estas definiciones coincide con los de las demás). Alguno de los pasajes “cortapegados” de sentencias precedentes contiene en su seno, a su vez, la cita de *otra* sentencia precedente (¡que, a su vez, contiene cita de *otra* sentencia más!)<sup>36</sup>.
- Pero el “récord” lo ostenta quizá la STS 684/2021, de 15 de septiembre, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se propone un “abecedario del maltrato habitual” en el que define este delito mediante *veintisiete* párrafos de distintas sentencias previas cuya procedencia, además, no identifica (únicamente dice que son “notas a destacar que han sido fijadas por la Jurisprudencia de esta Sala”). Cada una de estas veintisiete citas de un párrafo se identifica con una de las letras del abecedario, y en ocasiones son contradictorias. Así, por ejemplo, el párrafo (g) dice que se trata de un delito “cuyo bien jurídico protegido es la *integridad moral* de la víctima”... pero previamente el párrafo (a) había dicho que “el bien jurídico que directa y específicamente protege el artículo 173.2 del Código Penal es la *pacífica convivencia* entre personas vinculadas por los lazos familiares o por las estrechas relaciones de afecto o convivencia a las que el propio tipo se refiere”. Las distintas citas provienen de diversas etapas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y su acumulación no transmite una visión clara y concisa, sino por el contrario una plétora de visiones diferentes e incluso en ocasiones opuestas. En vez de servir a la función unificadora de la doctrina legal, sentencias de este tipo producen justamente el efecto contrario: la defensa dudará sobre cuáles de estos aspectos son aplicables a su caso, y los tribunales inferiores dudarán sobre cuál es la visión que deben seguir (en el peor de los escenarios posibles, se limitarán a reproducir el “*copypaste*” contradictorio, con lo que el problema se multiplicará exponencialmente).

## 8.2. Reiteración de comprensiones ya abandonadas y poco compatibles con el ordenamiento vigente.

Cuando un tribunal bucea en la jurisprudencia pretérita, puede extraer pasajes antiguos que quizá resulten difícilmente explicables a la luz de los principios básicos del ordenamiento hoy vigente. Esos pasajes podrían tener sentido desde la perspectiva de otro momento histórico, pero no en el Derecho penal actual. El riesgo de esta especie de *anacronismo por “copypaste”* es más alto cuando se arrastran citas de sentencias de hace décadas, que a su vez citaban otras sentencias más antiguas: así, inadvertidamente, el tribunal puede estar fundando su sentencia en visiones arcaizantes.

A continuación ilustraremos esta afirmación con un par de ejemplos relacionados con la circunstancia agravante de ensañamiento. Se trata de sentencias relativamente recientes (o incluso muy recientes) que reproducen “*copypastes*” de textos más antiguos en los que se hacen afirmaciones difícilmente compatibles con un moderno Derecho penal del hecho, ya que consideran que la función de la agravante de ensañamiento consiste en *sancionar actitudes*

---

<sup>36</sup> Para este tipo de resoluciones parece particularmente adecuada la divertida denominación “sentencias-matrioshka” (usada por CHAVES GARCÍA, 2017), pues son sentencias que contienen dentro de sí extensos pasajes de otras sentencias, a modo de muñecas rusas.

*morales odiosas*: la maldad, la perversidad, el disfrute morboso ante el placer ajeno, etc.<sup>37</sup>  
Analicemos un par de pasajes particularmente ilustrativos

- “[E]l ensañamiento tiene su verdadera esencia o razón de ser en el dato subjetivo de la existencia de una *perversidad* o *maldad* exagerada o poco usual” (STS 780/2004, de 21 de junio; SAP Barcelona 78/2007, de 19 de diciembre; SAP Murcia 27/2006, de 6 de junio; podemos hallar este pasaje en resoluciones de los años ochenta del siglo pasado como la STS de 4 de febrero de 1989).
- El elemento subjetivo del ensañamiento consiste en “interno propósito de *satisfacer instintos de perversidad*” (es un tópico reiteradísimo: por todas, véanse SSTS STS 207/2023, de 22 de marzo; 752/2022, de 14 de septiembre; 398/2022, de 21 de abril; 345/2021, de 27 de abril; 559/2020, de 29 de octubre; 336/2019, de 2 de julio; 161/2017, de 14 de marzo).

También aquí nos encontramos con la *contradictio ex corypaste*. Y es que, como es lógico, a lo largo del tiempo distintas sentencias del Tribunal Supremo han ido tomando posición en contra de estas visiones más antiguas, señalando que lo que se sanciona en el ensañamiento no son actitudes morales odiosas sino la lesión de derechos ajenos. Pues bien: esas tomas de posición más modernas son a veces incorporadas al “cortapega”, *yuxtaponiéndolas* sin más a las posiciones más arcaizantes. Así, al juntar en el “*corypaste*” viejas y nuevas concepciones, las sentencias terminan por afirmar y negar el mismo extremo. Por ejemplo, es habitual encontrar en numerosas sentencias de los últimos quince años la siguiente paradoja:

- en un pasaje del “*corypaste*” dicen que esta agravante requiere ineludiblemente un elemento subjetivo consistente en “la *complacencia* en la agresión”, ya que el ensañamiento consiste en producir “males innecesarios por el simple *placer de hacer daño*, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico” (?);
- pero en la misma página, pocas líneas más adelante, recogen sin más la visión radicalmente contraria, y afirman taxativamente que ese elemento subjetivo “*no puede ser confundid(a) sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno*”<sup>38</sup>.

En algunas de las sentencias citadas esta contradicción alcanza proyección procesal del modo más crudo: así, en la STS 207/2023, de 22 de marzo, se recoge la pregunta formulada al jurado sobre “si Amador aumentó de forma voluntaria el sufrimiento de Cándida *por el placer de aumentar el dolor*” (a la que el jurado en efecto respondió). Pero, por otra parte,

---

<sup>37</sup> Hace ya casi un cuarto de siglo analicé la cuestión en [DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2000, p. 72 y ss.](#), aunque obviamente atendiendo únicamente a la jurisprudencia del siglo XX. Desde entonces las cosas han mejorado notablemente en la comprensión jurisprudencial de esta agravante, pero seguimos encontrando sentencias como las que se señalan en el texto. Para una panorámica de la situación actual, véase [DOPICO GÓMEZ ALLER, 2023, núm. marg. 4466 y ss.](#)

<sup>38</sup> Es una contradicción que encontramos en numerosísimas sentencias recientes. Por todas, ver SSTS 207/2023, de 22 de marzo; 398/2022, de 21 de abril; 559/2020, de 29 de octubre; 423/2020, de 23 de julio; 223/2019, de 29 de abril; 621/2018, de 4 de diciembre; 293/2018, de 18 de junio.

Lógicamente, en la sentencia que parece estar en el origen de la cadena de “*corypastes*” (que podría ser la STS 1153/1997, de 24 de septiembre) no existe tal contradicción: en ella se habla de “satisfacer instintos de perversidad”, pero se afirma sin ambages que el rasgo central del ensañamiento es esa “complacencia en el sufrimiento ocasionado en la víctima”. Por entonces no se había añadido aún el párrafo contradictorio, que obedece a una comprensión más moderna de la agravante.

como recordaremos esa misma sentencia recoge en el mencionado “coppypaste” que *no puede confundirse el elemento subjetivo del ensañamiento con el “placer morboso por el sufrimiento ajeno”*. La contradicción es flagrante, pero no resulta detectada. Quizá a ello haya coadyuvado el hecho de que el texto no ha sido redactado sino “cortapegado”.

En esta misma línea de yuxtaposiciones contradictorias, la STS 300/2023, de 26 de abril, aborda la definición del ensañamiento mediante cita de al menos una docena larga de sentencias a lo largo de dieciocho puntos (algunos de ellos, divididos a su vez en varios párrafos identificados con letras). Al realizar este arrastre de visiones diversas y a veces contradictorias, incurre en irresolubles paradojas como las siguientes:

- por una parte dice que el ensañamiento *“se caracteriza por cierta frialdad en la ejecución”* (punto 4º);
- pero por otra sostiene que *“la más moderna jurisprudencia no exige esa frialdad de ánimo”* (punto 8º) y que, en realidad, *“la mayor antijuridicidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor (...) nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo”* (punto 18º).

Como vemos, pues, la simple acumulación de precedentes jurisprudenciales sin la previa labor de armonización y síntesis no produce el efecto beneficioso de la buena cita jurisprudencial, sino un efecto diametralmente contrario. Lejos de sintetizar la doctrina legal, este tipo de sentencias acumulan de modo inarticulado posiciones diversas y en ocasiones irreconciliables; y generan con ello una imagen contradictoria y una jurisprudencia inmanejable. De este modo, el precedente no opera como una forma de destilar y transmitir una línea interpretativa, sino que pasa a cumplir funciones puramente rituales.

### **8.3 La elaboración de motivaciones estandarizadas, no atentas a las características del caso concreto.**

Es el caso de resoluciones que, a la hora de abordar la calificación penal de una conducta, limitan el esfuerzo motivador a “cortapegar” primero una suerte de *corpus doctrinalis* jurisprudencial sobre el concreto delito, construido con retales de otras sentencias. El tribunal, cada vez que se enfrenta a un delito de cierta tipología, reproduce la misma “copia en bloque”, independientemente de cuál sea la cuestión litigiosa que se está abordando en el recurso.

Esto significa que buena parte de la motivación de la sentencia se construye a espaldas de las cuestiones suscitadas en el procedimiento. En los casos más problemáticos, esto puede redundar en que la motivación preste menos atención al caso concreto. En supuestos extremos, tras el “coppypaste” la resolución concluye -sin suficiente argumentación- que, *“conforme a lo expuesto anteriormente, la conducta es típica”*.

### **8.4. Oscurecimiento mediante acumulación.**

Cuando el volumen del *collage* jurisprudencial o del mosaico de “coppypastes” es muy extenso y heterogéneo, en vez de ilustrar el argumento puede acabar dificultando la comprensión de la motivación de la sentencia. Si en los Fundamentos de derecho de la resolución el tribunal, en vez de proceder a calificar el hecho conforme al Derecho vigente, se lanza a una acumulación no articulada de distintas visiones de una institución o de un tipo penal, la argumentación se torna difícil de seguir.

Por lo demás, la práctica de hacer “pequeños tratados jurídicos” sobre la figura penal en cuestión antes de abordar la calificación de los hechos termina plagando las sentencias de *obiter dicta*, de párrafos que no tienen relación directa con la cuestión que se puede estar discutiendo en un recurso. Todo ello hace menos accesible la *ratio decidendi* a quien lee la sentencia (máxime, cuando alguno de los *obiter dicta* puede ocasionalmente entrar en contradicción con la *ratio decidendi*).

### **8.5. Arrastre inconsciente de interpretaciones cuyo origen ya no se recuerda, pero que se sigue perpetuando mediante el automatismo del “cortapega”.**

Este efecto se produce cuando el órgano sentenciador sigue aplicando una regla o una interpretación que está recogida en un “cortapega” jurisprudencial, pero *ya no guarda memoria de por qué aplica esa regla o interpretación*. Por ello, es posible que su aplicación al caso quizá no sea correcta y él no se percate. Puede ocurrir, por ejemplo, que esté aplicando una regla que ya no se debe seguir empleando, porque era una construcción doctrinal basada en un precepto que ya ha sido derogado.

Esto último es lo que, como hemos visto, ocurría en el grupo de casos relativos a la “consumación subjetiva anticipada” en el robo con fractura interior. Probablemente, si la referencia principal en la motivación de la norma hubiese sido el texto legal y no el “cortapega” jurisprudencial, no se habría caído en este error.

Un curioso ejemplo de “arrastre inconsciente” lo hallamos en la historia del concepto de “dosis terapéutica” de drogas tóxicas, que se ha usado incorrectamente en la jurisprudencia sobre tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas como consecuencia de una larga y poco comprensible cadena de “coppypastes”. Sigamos esa cadena desde su origen para comprender su dinámica y las erróneas consecuencias a las que condujo<sup>39</sup>:

1. En un viejo manual sobre drogas de abuso (AGUAR, 1982, p. 61) se contenía un cuadro sinóptico sobre farmacometría, donde se recogían diferentes drogas y unas columnas donde se reflejaban las dosis que tomaban consumidores moderados o altos, así como las “dosis terapéuticas” de algunas de estas drogas. Recordemos que una dosis terapéutica es la dosis efectiva para producir un efecto terapéutico, sin causar efectos tóxicos que la contraindiquen<sup>40</sup>. Así, por ejemplo, las dosis terapéuticas de cocaína son en su mayoría cómputos en desuso (la cocaína no es un fármaco de uso habitual para lograr efectos terapéuticos), pero la historia farmacéutica nos muestra que variaban según la finalidad terapéutica que se le pretendiese dar (por ejemplo: anestésico odontológico, anestésico oftalmológico, etc.). Lo mismo podemos hallar en relación con la heroína (antitusígeno para tuberculosos en fase muy avanzada, por ejemplo).
2. La Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado copió ese cuadro incluyendo la referencia a la “dosis terapéutica”, pero sin explicar en ningún momento qué significación jurídica tenía esta referencia. Debe notarse que en el cuadro sinóptico en cuestión la “dosis terapéutica” de heroína era aproximadamente 1/40 (es decir, un

<sup>39</sup> Sobre toda esta cuestión, más en extenso, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 87-91

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ CHÁVEZ, 2018, p. 103.

2,5%) de la dosis diaria de un consumidor alto. Un consumidor alto se inyectaba, pues, aproximadamente 40 de estas “dosis terapéuticas”.

3. A caballo del cambio de siglo comenzó a usarse este concepto de “dosis terapéutica” de un modo inesperado y difícilmente explicable. Como es sabido, el Tribunal Supremo entendía que las “donaciones compasivas” de droga (cuando un familiar suministraba gratuitamente a un adicto una dosis de droga para calmarle el síndrome de abstinencia o evitarle algún otro tipo de mal) eran atípicas. Pues bien: resoluciones como, por todas, la STS 837/1997, de 11 de junio, comenzaron a afirmar que no procedía absolver a los familiares si la cantidad donada era superior a la “dosis terapéutica”. Esto era algo totalmente irrazonable, pues una cantidad tan ínfima como la “dosis terapéutica” a la que se refería la Circular FGE 1/1984 -una cuarentava parte de la dosis diaria de un alto consumidor- jamás podría conseguir los objetivos de una donación compasiva, como son paliar el síndrome de abstinencia, conseguir un consumo en condiciones menos insalubres, etc. Por ello, establecer esta “dosis terapéutica” como requisito para la atipicidad de las donaciones compasivas de droga era tanto como negar dicha atipicidad<sup>41</sup>.

La principal pregunta ante una situación como esta es: ¿cómo es posible que el concepto de “dosis terapéutica” fuese saltando de documento en documento (del viejo manual de 1982 de Octavio AGUAR a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1984; de la Circular a la jurisprudencia) olvidando cuál era su función y aplicándola a contextos absolutamente inadecuados? ¿Cómo es posible que una vez incorporado al arsenal conceptual jurisprudencial, ganase legitimidad simplemente por el hecho de que era aplicado por los tribunales? Como avanzábamos, se trata de otro de los efectos destructivos del “copypaste” jurisprudencial.

## 8.6. Una importante cuestión de fondo: la ley penal en el sistema de fuentes.

Más allá de la concreta anécdota, este proceder pone sobre la mesa una de las consecuencias más preocupantes de los vicios *copypasteprudenciales*, que afecta de modo fundamental al sistema de fuentes y, con ello, a las bases del ordenamiento: priorizar el acervo jurisprudencial sobre la ley penal (en los casos más llamativos, como los que hemos visto aquí, no ya *con prescindencia* de lo dispuesto en la ley, sino incluso *contra* lo dispuesto en la ley). Y es que la *copypasteprudencia* puede terminar por otorgar al precedente jurisprudencial un papel más central que el de la propia ley penal. Esa “inversión de rango” es lo que produce los efectos indeseados que aquí se señalan.

Como ha señalado la doctrina, la cita jurisprudencial, en su uso adecuado, cumple cierto efecto autolegitimador. Por decirlo así, la cita literal refuerza la idea de que no habla la

---

<sup>41</sup> Por lo demás: para el principal uso terapéutico que a día de hoy se le da a la heroína, conforme a la comunidad científica, es el de propiciar la deshabitación, mediante el suministro de dosis cada vez más espaciadas y reducidas. Como muestran los principales estudios, las dosis que se suministran a un paciente con adicción activa son muchísimo más altas que esa exigua *cuarentava parte* que se contenía en la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado (sobre este tipo de estudios, véase [DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2013, p. 89 y ss.](#)). La misma respuesta se habría obtenido si se preguntase por cuál era la dosis terapéutica (rectius: paliativa) útil para evitar un síndrome de abstinencia en un adicto con un deterioro de salud tan avanzado que no puede salir a comprar por sí mismo la dosis.

persona del ponente sino la voz del tribunal; no habla el concreto órgano jurisdiccional sino una Jurisprudencia de los tribunales largamente reposada; se eliminan las particularidades de la persona que dicta la sentencia y se subraya su papel institucional<sup>42</sup>. Pero el exceso o abuso de este expediente puede hacer perder de vista que la referencia superior en la legitimación de la actividad jurisprudencial es la ley penal.

Lamentablemente la acumulación excesiva de “cortapegas” jurisprudenciales ha ido avanzando en los últimos tiempos hacia convertirse en el modo estándar (o, al menos, uno de los modos estándar) de redacción de fundamentos de Derecho. No ya en casos en que la cuestión litigiosa es un problema de interpretación de un pasaje legal oscuro que requiere una compleja labor interpretativa, sino por defecto: de modo general. A esta vertiente excesiva o inadecuada de la cita jurisprudencial subyace cierto riesgo de sustituir la referencia a la ley vigente por la invocación del precedente jurisprudencial como fuente de legitimación: algo que, como es fácil comprender, supera con mucho el nivel del problema técnico para adentrarse en terrenos más trascendentes e inquietantes.

Los efectos negativos de este vicio en la redacción de sentencias son suficientemente graves y se encuentran ya suficientemente arraigados como para reclamar la preocupación no solo de la judicatura sino también de la academia. Procede, pues, suscitar la atención sobre este conjunto de problemas: debe acabarse con la *copypasteprudencia*.

## 9. RESOLUCIONES CITADAS

### Tribunal Constitucional

STC 70/2007, de 16 de abril (ECLI:ES:TC:2007:70).

STC 157/1998, de 13 de julio (ECLI:ES:TC:1998:157)

### Tribunal Supremo

STS 300/2023, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1734)

STS 207/2023, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1401)

ATS 191/2023, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:2536A)

STS 752/2022, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3309)

STS 684/2021 de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3374)

STS 398/2022, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1641)

STS 345/2021, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1490)

STS 559/2020, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3655)

STS 423/2020, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2911)

STS 148/2020, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1079)

STS 526/2019, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3434)

STS 458/2019, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3124)

STS 336/2019, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2310)

STS 223/2019, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1415)

ATS 73/2018, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:14249A)

STS 621/2018, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4122)

STS 293/2018, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2379)

---

<sup>42</sup> Véase la anterior referencia de [ITZCOVICH \(2017\)](#), p. 309-310.

STS 161/2017, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:969)  
STS 353/2014, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2370)  
STS 852/2011, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5519)  
STS 922/2011, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5753)  
STS 780/2004, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4283)  
STS 1658/1998, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7829)  
STS 47/1998, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:1998:184)  
STS 837/1997, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:1997:4126)  
STS 1153/1997, de 24 de septiembre (ECLI:ES:TS:1997:5615)  
STS de 27 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5373)  
STS de 4 de febrero de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:665)  
STS de 21 de abril de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:13853)  
STS de 19 de enero de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:5216)

### **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ Madrid 51/2023, de 7 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2023:1380).  
STSJ Madrid 85/2018, de 19 de junio (ECLI:ES:TSJM:2018:7679).

### **Audiencias Provinciales**

SAP Badajoz, Sec. 3ª, 174/2019, de 8 de octubre (ECLI:ES:APBA:2019:1143)  
SAP Málaga, Sec. 9ª, 186/2017, de 10 de mayo (ECLI:ES:APMA:2017:1356)  
SAP Madrid, Sec. 1ª, 79/2017, de 6 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:2901)  
SAP Valencia, Sec. 3ª, 869/2014, de 17 de diciembre (ECLI:ES:APV:2014:5318)  
SAP Valencia, Sec. 2, 668/2013, de 16 de septiembre (ECLI:ES:APV:2013:4130)  
SAP Asturias, Sec. 8, 129/2012, de 11 de julio (ECLI:ES:APO:2012:1980).  
AAP Barcelona, Sec. 5ª, 294/2009, de 5 de mayo (ECLI:ES:APB:2009:2991A).  
SAP Barcelona, Sec. 10ª, 78/2007, de 19 de diciembre (ECLI:ES:APB:2007:14248).  
SAP Murcia, Sec. 2ª, 27/2006, de 6 de junio (ECLI:ES:APMU:2006:1412)  
SAP Barcelona, Sec. 8ª, 29/2005, de 11 de enero (ECLI:ES:APB:2005:167)  
SAP Girona, Sec. 3, 894/2004, de 28 de octubre (ECLI:ES:APGI:2004:1464)  
SAP Castellón, Sec. 1ª, 277/2004, de 24 de septiembre (ECLI:ES:APCS:2004:657)  
SAP Tarragona, Sec. 2, de 5 de abril de 2004 (ECLI:ES:APT:2004:546)  
SAP Tarragona, Sec. 2ª, de 23 de febrero de 2004 (ECLI:ES:APT:2004:286).  
SAP Girona, Sec. 3ª, 117/2002, de 18 de marzo (ECLI:ES:APGI:2002:445)  
SAP Burgos, Sec. 1ª, de 16 de diciembre de 2001 (ECLI:ES:APBU:2001:1488)  
SAP Vizcaya, Sec. 6ª, 452/2001, de 3 de octubre (ECLI:ES:APBI:2001:3657)

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

AGUAR, Octavio (1982). *Drogas y fármacos de abuso*. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2022), en ROMEO CASABONA *et al.* (dirs.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Granada: Comares.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (2011), en ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (director) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coordinadores). *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BATTAGLIA, Federico (2012). *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*. Milano: CEDAM
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Comentario al artículo 238, en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal director), Tomo VIII, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. Madrid: Edersa.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. Vol. IV (traducción de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero). Reimpr. de la 4ª edición. Bogotá: Temis, 1987.
- CARPZOV, Benedictus (1646), *Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium Pars I*, Editio secunda, Wittebergae, 1646 (accesible en <https://books.google.es/books?id=2HtEAAAACAAJ>).
- CHAVES GARCÍA, José Ramón. “Sentencias matrioshka: cortar y pegar”, en el blog *Delajusticia.com*, blogpost de 16 de octubre de 2017 (<https://delajusticia.com/2017/10/16/sentencias-matrioska-cortar-y-pegar/>).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2011). *Los delitos de robo*. Barcelona: Bosch.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (1999). *El delito de robo con fuerza en las cosas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2023). “Ensañamiento”, en *Memento Práctico Penal*. Madrid: Francis Lefebvre.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2013). *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2000). “La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995”, en *Revista Derecho y Proceso Penal* 2000 (4), p. 61 y ss.
- FARINACIUS, Prosperus (1614), *Opera Criminalium. Pars Septima*, Francofurti, (accesible en <https://books.google.es/books?id=OnxEAAAACAAJ>).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel (2004). “El robo con fuerza en las cosas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial XIII-2004*, p. 79 y ss.
- FLETCHER, George P. (1997). *Conceptos básicos de Derecho Penal* (trad. F. Muñoz Conde), Valencia: Tirant lo Blanch.
- FUNDACIÓN DEL ESPAÑOL URGENTE (FUNDEU) (2014), “Copipega y copipegar, neologismos válidos”, 9 de febrero de 2014: <https://www.fundeu.es/recomendacion/copipega-y-copipegar/>
- GARCÍA ALBERO, Ramón (2016), en QUINTERO OLIVARES (director), *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (2004), en CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN (directores), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo I. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2005), “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (III). Los robos” en COBO DEL ROSAL (coordinador), *Derecho penal español*. 2ª ed. Madrid: Dykinson.

- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1896), Alejandro. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Tomo VI. Salamanca: Esteban hermanos (accesible en <http://bdh.bne.es/bnearch/detalle/bdh0000152719>).
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Abel (2018). *Farmacología general. Una guía de estudio*. McGrawHill.
- ITZCOVICH, Giulio. "The European Court of Justice", en JAKAB; DYEUVRE; ITZCOVICH (coordinadores), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 277 y ss. <https://doi.org/10.1017/9781316084281.010>
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2021). "Robo con fuerza en las cosas", en *Memento Penal 2021*, n. m. 10790 y ss.
- LUZÓN CUESTA, José María; LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro; LUZÓN CÁNOVAS, María (2021). *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. 23ª ed. Madrid: Dykinson.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (1999). Comentario al artículo 238, en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal director), Tomo VIII, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*. Madrid: Edersa.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel; MORENO VERDEJO, Jaime (1998). *El delito de robo en el Código Penal de 1995*. Madrid: Colex.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (1997). "Observaciones sobre la nueva regulación del robo con fuerza en las cosas", en *Actualidad Penal 1997*, p. 133 y ss.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (1996-1997), "Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas", en *Ius Fugit* nº 5-6, p. 277 y ss.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (1995). *El delito de robo con fuerza en las cosas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2022). *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CUESTA, Javier (1998), "El robo con fuerza en las cosas", en MUÑOZ CUESTA (coordinador), *El hurto, el robo y el hurto y robo de uso de vehículos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (2015). En GÓMEZ RIVERO (directora), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. Madrid: Tecnos.
- PUIG PEÑA, Federico (1988). *Derecho Penal. Parte especial*. 7ª ed. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (1998), en BAJO FERNÁNDEZ (director), *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*. Vol. II, Madrid: CEURA.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª ed. (1ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1963). *Curso de Derecho Penal. II*. Madrid: Editorial de Derecho Privado.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1977). *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, *Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, 2ª. ed., puesta al día por Carlos GARCÍA VALDÉS, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas.

- RAGUÉS i VALLÈS, Ramon (2002), “La comisión del robo con fuerza en las cosas en edificio o local abiertos al público. A propósito de la STS de 16 de junio de 1997”, en *Revista del Poder Judicial* nº 47 (1997), pp. 449-469 (también publicado en SILVA SÁNCHEZ -director-, *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2022).
- ROBLES PLANAS (2021), en SILVA SÁNCHEZ (director) / RAGUÉS I VALLÈS (coordinador), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. 7ª ed. Barcelona: Atelier.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José Luis; SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1995). *Derecho Penal Español. Parte especial*, 18ª ed. Madrid: Dykinson.
- SOUCEK, Brian (2012). “Copy-Paste Precedent”, en *Journal of Appellate Practice and Process* vol. 13, p. 153 y ss. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2113917>
- SOUTO GARCÍA, Eva María (2017). *Los delitos de hurto y robo: análisis de su regulación tras la reforma operada por la L.O. 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TARUFFO, Michele (2008). “Precedente e giurisprudenza”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. V. Juez y sentencia constitucional*. México: UNAM / IMDPC / Marcial Pons, pp. 795 y ss.
- VALMAÑA OCHAÍTA (1993), *El tipo objetivo de robo con fuerza en las cosas*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos (2012), en SERRANO GÓMEZ et al., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid: Dykinson.
- VIADA Y VILASECA, Salvador (1890). *Código Penal reformado de 1870*, Tomo III. Madrid, 1890.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993 (1ª ed.); 2010 (3ª ed).
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (1996), en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch.