

## RESUMEN

*Interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal frente a sentencia de la Audiencia que entendió no concurrir en el caso de autos - extracción de dinero de un cajero automático tras de haber obtenido la tarjeta magnética ejerciendo violencia sobre su dueño- delito de robo con fuerza en las cosas, al no haber constancia de que dicho cajero estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni de que hubiese sido necesario abrir alguna puerta mediante el empleo de aquél instrumento. Difiere el recurrente alegando que el Código Penal asimila las tarjetas magnéticas a las llaves falsas y así lo entiende el TS que estima el recurso al señalar que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél. Formula voto particular el magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez.*

En el recurso de Casación por infracción de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quince) con fecha veintiuno de junio de dos mil tres en causa seguida por delitos de robo con fuerza en las cosas y otros, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el citado Ministerio Fiscal y parte recurrida Isidro, representado por la Procuradora Dª María Luisa Bermejo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Leganés instruyó procedimiento abreviado 2111/2001 por delitos de robo con violencia, detención ilegal, falsedad en documento mercantil, estafa, delito continuado de robo con fuerza en las cosas y falta de lesiones contra Isidro y abierto el juicio oral lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quince) que, con fecha 21 de junio de 2003, dictó sentencia con los siguientes Hechos Probados:

“El día 9 de diciembre de 2001, por la mañana, el acusado Isidro, de 27 años de edad, y otra persona que le acompañaba y que no ha sido identificada, contactaron con Bruno, en la puerta de un pub ubicado junto a la plaza de toros conocida como “La Cubierta”, en la localidad de Leganés (Madrid). Y después de tomar unas copas juntos, Bruno extrajo de un cajero automático con su tarjeta de crédito de Caja Castilla-La Mancha la suma de 10.000 pesetas (60`10 euros).

El acusado y su compañero le convencieron entonces para que les acompañara a una zona de casas con aspecto de abandonadas ubicadas en las inmediaciones, accediendo a ir con ellos el denunciante. Y una vez en el interior de una de las viviendas, le exigieron que les entregara la tarjeta de crédito. Y como Bruno se negara comenzaron a propinarle patadas y puñetazos hasta que les entregó la tarjeta, el carnet de identidad y 14.000 pesetas, viéndose también obligado a proporcionarles el número secreto de la tarjeta bancaria.

Seguidamente, el acusado se quedó vigilando y controlando al denunciante en el interior de la vivienda sin dejarle salir, mientras que su compañero se marchaba con los documentos con el fin de conseguir algún dinero en los cajeros bancarios más próximos a la zona. En primer lugar se dirigió a tres cajeros automáticos, donde extrajo, entre las 14`25 y las 14`39 horas las sumas de 25.000 (150,25 euros), 5.000 y 5.000 pesetas (30,05 euros), respectivamente. Y a continuación se trasladó hasta la gasolinera Geservicio S.L., en la que, a las 14`46 horas, realizó una compra por la suma de 14.715 pesetas (85,19 euros), pagando con la tarjeta y firmando el correspondiente talón de compra como si fuera su titular. Después regresó a la casa donde se hallaba el acusado con el denunciante, y, tras obligar a éste a que se lavara el rostro ensangrentado, le dejaron marchar. Lo tuvieron así retenido en la vivienda una media hora, aproximadamente.

A consecuencia de la agresión de que fue objeto por el acusado y su compañero, Bruno sufrió una herida incisa de pequeño tamaño sobre el labio superior, cerca de la comisura, y una contusión con pequeño eritema en el glúteo derecho. Requirió limpieza de herida y aplicación de hielo y se le dio un punto de sutura, que se lo retiró el propio paciente ocho días más tarde. Tardó en curar ocho días y no estuvo impedido para sus ocupaciones ni precisó ingreso hospitalario.

Le queda como secuela un punto cicatricial en el labio superior, cerca de la comisura, poco visible, con ligero cambio de coloración.

El acusado ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia dictada el 5 de febrero de 2002, firme el mismo día, como autor de robo y hurto de uso de vehículo de motor, en grado de tentativa, a la pena de tres meses de multa, con una cuota diaria de 250 pesetas.”.(sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

“Fallo.- Condenamos a Isidro como autor responsable de un delito de robo con violencia, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del art. 849,1º Lecrim, por inaplicación de los arts. 237, 238,4º y 239,2º Cpenal.

La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, ha entendido que no concurrió delito de robo con fuerza en las cosas, debido a que no hay constancia de que el cajero del que se extrajo el dinero -tras de haber obtenido la tarjeta magnética ejerciendo violencia sobre su dueño- estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni de que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o compuerta mediante el empleo de aquél instrumento.

El recurrente, citando jurisprudencia de esta sala, discrepa de tal criterio y considera resuelta la cuestión aquí planteada, merced a la interpretación del art. 237 en relación con el art. 239 in fine del Código Penal, que asimila “las tarjetas magnéticas o perforadas” a las llaves, cuando se trata de delitos de robo.

**SEGUNDO.- El artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín “accedere”, acercarse. Entre los significados del término, según el DRAE, está “entrar en un lugar o pasar a él”. Acceso, por su parte, significa “acción de llegar o acercarse” y también “entrada o paso”. A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados “tocar o alcanzar algo”. Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en un lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas.**

La decisión cuestionada se apoya en que la tarjeta no fue usada “para acceder al lugar donde se encontraba el dinero, sino que es el dinero el que resultó expulsado al exterior de forma mecánica una vez accionado el número secreto en el teclado”. De este modo, aquella, no fue “utilizada como llave para abrir el continente en cuyo interior se hallaba depositado el dinero. No concurre así el supuesto legal de acceso al interior de un espacio cerrado, contingencia que, con arreglo al principio de legalidad, desplaza la conducta enjuiciada fuera de la norma punitiva” tomada en consideración.

**TERCERO.- Al razonar así, centrándose de la manera en que lo hace en la consideración del artículo 237 del Código Penal y en la formulación típica “acceder a un lugar”, la sala de instancia no tiene en cuenta además las prescripciones del artículo 239 y del 238 del mismo texto legal. En efecto, el artículo 238 considera reos del delito de robo con fuerza, entre otros, a quienes ejecuten el hecho sirviéndose de llaves falsas. El artículo 239, último párrafo, asimila las tarjetas magnéticas a las llaves convencionales. Y el mismo artículo 238, en su número tercero considera fuerza típica el descubrimiento de las claves de objetos cerrados o sellados para sustraer su contenido.**

Siendo así, y teniendo en cuenta los posibles significados del término “acceder” empleado en el artículo 237, hay que entender que la propia ley penal prescribe que **actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo**, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél.

De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en STS núm. 257/2000, de 18 de febrero y las que en ella se citan; STS núm. 2016/2000, de 26 de diciembre y STS núm. 1313/2001, de 25 de junio.

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por el representante del Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quince), con fecha veintiuno de junio de dos mil tres, en causa seguida contra Isidro por delitos de robo con violencia, detención ilegal, falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa, delito continuado de robo con fuerza en las cosas y falta de lesiones, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial y procediendo a dictar segunda sentencia conforme a Derecho. Con declaración de oficio de las costas procesales.

## **SEGUNDA SENTENCIA**

El Juzgado de Instrucción número 1 de Leganés (Madrid) incoó Procedimiento Abreviado 2111/2001 por delito continuado de robo con fuerza en las cosas y otros contra Isidro, con DNI núm. 000, nacido en Madrid el 8 de diciembre de 1973, hijo de Tomás y de Soledad, con domicilio en Alcorcón, también Madrid, y en libertad provisional por esta causa según consta en los antecedentes obrantes en esta Sala, y una vez abierto el juicio oral lo remitió a la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha veintiuno de junio de dos mil tres dictó Sentencia absolviéndole de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas y condenándole como autor de una falta continuada de hurto a la pena de cuatro fines de semana de arresto y a las costas correspondientes a un juicio de faltas, entre otros pronunciamientos no discutidos en esta fase procesal. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el Ministerio Fiscal y que ha sido casada y anulada, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, en sustitución del ponente originariamente designado Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez que formula voto particular, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** Por lo razonado en la sentencia de casación, la acción de extraer dinero en tres ocasiones de otros tantos cajeros automáticos, de la forma descrita en los hechos y mediante la tarjeta obtenida del modo que también consta en ellos, es constitutiva de delito continuado de robo con fuerza en las cosas, de los arts. 237, 238,4º y 239,2º en relación con el art. 74, todos del Código Penal.

### **FALLO**

Que debemos condenar y condenamos a Isidro como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal,

## **VOTO PARTICULAR**

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 35/2004, de 22 de enero, dictada en resolución del recurso de casación número 1932/2003.

A mi entender -y en esto radica la base de mi discrepancia del criterio de la mayoría- el examen de la impugnación obliga a realizar la lectura sistemática de las disposiciones legales que constituyen el referente normativo de los hechos en presencia, en los términos que expondré a continuación.

PRIMERO.- El art. 237 Cpenal usa el término “cosas” para denotar:

- a) Las que son objeto de apropiación.
- b) Las que son objeto de fuerza.

En un precepto en el que la “fuerza” debe ser el medio para “acceder al lugar donde éstas se encuentran”. Contexto de significado en el que, en realidad, “éstas” son más bien aquéllas, esto es, las primeras. Pues, en la economía del texto, lo que ha de violentarse es el continente -o incluso el continente de otro posible continente- de los bienes cuya obtención se persigue, que aquí son, siempre, un contenido, inmediato o mediato.

El art. 239 in fine, como se ha dicho, considera “llaves las tarjetas magnéticas”. Éstas, como las llaves en general, adquirirán la calidad legal de “falsas” (art. 238,4º Cpenal) cuando hubieran sido “obtenidas por un medio que constituya infracción penal” (art. 239,3º Cpenal). Y, al respecto, el art. 238,3º Cpenal tiene por autores del delito de robo con fuerza en las cosas a quienes hubieran realizado un acto de apoderamiento mediante el “descubrimiento de (las) claves” de acceso al lugar en que se hallen los bienes de que se trate. Y, claramente, concibe estas últimas, asimismo, como las propias de “armarios, arcas, muebles...”. dotados de “cerraduras” que sea preciso franquear (en el sentido de pasar a través de) para tomar las cosas del interior del lugar en que se encuentran. Así, en definitiva, incluso esas claves están pensadas como obstáculo o mecanismo de clausura que es preciso vencer o traspasar, y no como procedimiento de uso para la obtención de algún bien, dinero, por ejemplo, a través de un ingenio electrónico de expendición.

SEGUNDO.- Del marco prescriptivo configurado por los preceptos que acaba de citarse resulta lo siguiente:

- a) Es un elemento sine qua non del tipo objetivo del delito de robo con fuerza que la acción verse sobre cosas que se hallen dentro de un “lugar”. Es decir, de un espacio diferenciado y protegido de algún modo, de manera que no cabe apoderamiento sin entrada en el interior del mismo.
- b) Las tarjetas magnéticas tienen la consideración de llaves falsas a los efectos del art. 239 Cpenal.
- c) Las “claves” que contempla la ley son las propias de las cerraduras o mecanismos equivalentes de clausura, es decir, de los que cierran el acceso y no de los proyectados como cauce de distribución.

En vista de lo que acaba de exponerse hay que concluir que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún “lugar”. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro.

TERCERO.- En el caso a examen y como se lee en la sentencia de instancia, es claro que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de esa circunstancia. Pues no consta que hubiera existido -mediante el empleo de la tarjeta- previo ingreso en un recinto cerrado en el que estuviera el cajero y tampoco que el propio teclado se hallase protegido por una cubierta que previamente tuviera que ser franqueada de esa misma forma.

De este modo, lo que realmente se produjo fue la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima.

Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 Cpenal.

CUARTO.- Tiene razón el Fiscal cuando afirma que existe alguna jurisprudencia reconociendo a las tarjetas la consideración de llaves. Algo por demás obvio, a tenor de lo que prescribe el art. 239 in fine Cpenal. Pero sucede que la sala de instancia no cuestiona esa calificación legal. Lo que dice es que no basta cualquier uso de alguna de aquéllas para integrar el delito del robo del art. 237 Cpenal, sino que se requiere un uso dotado de rasgos específicos que en el caso de la causa no concurrieron.

El recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de este tribunal de 1656/2001, de 26 de septiembre. Pero en ella se sostiene, **primero, la asimilación de las tarjetas a las llaves, en los términos del art. 239 Cpenal. En segundo lugar, algo también descontado: que para que se dé el robo con fuerza en las cosas es preciso “acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble”. Y, en fin, que en el caso de referencia la tarjeta fue utilizada “para acceder a varios cajeros automáticos”. Donde “acceder”, según el Diccionario de la RAE es “tener acceso, paso o entrada a un lugar”; y conforme al Diccionario del español actual (Seco-Andrés-Ramos) “llegar a un lugar”.**

De este modo, lo que esa resolución dice en la más recta inteligencia textual de sus propios términos, no difiere en modo alguno de lo sostenido en la ahora recurrida.

Es por todo lo que entiendo que el recurso tendría que haber sido desestimado.