

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-07169456-3/1((038601-136409))
FC/ CAMARGO GARAY JONATHAN DANIEL P/ ROBO AGRAVADO
(136409) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los trece días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07169456-3/1 caratulada “**F. c/ CAMARGO GARAY, JONATHAN DANIEL P/ ROBO AGRAVADO (...) s/ CASACIÓN**”.

En las presentes actuaciones, la defensa de Jonathan Daniel Camargo Garay interpone recurso de casación contra la sentencia n° 2.836 y sus fundamentos, emitida por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial. Ello, en tanto se lo condenó a la pena de cuatro años de prisión, demás accesorias legales y pago de costas, tras declararlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto y 42 del CP; y arts. 414/415 y ss., 557, 558 del CPP), en la causa n° P-136.409/21.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. OMAR A. PALERMO**, segundo **DR. JOSÉ V. VALERIO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

En función del recurso interpuesto y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, este Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia antes referida y en lo que aquí resulta relevante, la jueza de la instancia anterior tuvo por acreditados los hechos tal como fueron intimados por el Ministerio Público Fiscal –véase audiencia del día 19 de diciembre de 2022, video 2, min. 01:52 a 05:31–. Según el requerimiento de citación a juicio, estos hechos son los siguientes: «[...] *el día 30 de diciembre de 2.021, alrededor de la 11:00 horas, en calle Pellegrini, Barrio Nueva Esperanza, San Martín, Mendoza, JONATHAN DANIEL CAMARGO GARAY, se constituyó en la ventanilla del conductor del vehículo marca Renault modelo 11 dominio RPZ961 que se hallaba estacionado en el lugar y en el que se encontraba, ALEJANDRA ELIZABETH RODRÍGUEZ y FABIO MARTÍN RODRÍGUEZ, a quienes intentó sustraer una cartera y un teléfono celular, no logrando su cometido ya que la víctima comenzó a gritar y agarró de la mano al agresor, quien se dio a la fuga corriendo del lugar. Asimismo, en las inmediaciones se encontraban HÉCTOR DANIEL RODRÍGUEZ y JOSÉ LUCAS ORTÍZ CABEZA, quienes salieron en su persecución, logrando acorralarlo entre una pilastra y un gabinete de gas. Inmediatamente, JONATHAN DANIEL CAMARGO GARAY, sacó de sus prendas de vestir un cuchillo con la inscripción “Tramontina” con mango de plástico de color negro con una hoja plateada de 14 centímetros aproximadamente con un ancho de cuatro centímetros en su parte trasera terminando en punta, con el que les amedrentó largándoles puñaladas, procurando de ese modo darse a la fuga nuevamente, oportunidad en la que CAMARGO GARAY se introdujo por un pasillo, se subió a los techos de las viviendas que se ubicaban en el lugar, arrojó el arma en el patio de la morada sita en Pedro Vargas 50 metros antes de llegar a Carril Norte y descendió en jardín del domicilio ubicado en la manzana A casa 4 del mencionado barrio, escondiéndose debajo de un nylon que tapaba un vehículo en estado de abandono al lado de una rueda delantera derecha, donde finalmente fue aprehendido [...]*»

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

–ver, al respecto, p. 52 del legajo digital–.

Para así resolver, la jueza tuvo en consideración que la plataforma fáctica reseñada en el párrafo anterior fue reconocida en su totalidad por el señor Camargo Garay y, además, que todos los testimonios rendidos durante el debate daban cuenta de la veracidad de los hechos tal y como fueron intimados por el Ministerio Público Fiscal –véase audiencia del día 19 de diciembre de 2022, video 2, min. 01:52 a 05:31–.

2.- El recurso de casación interpuesto por la defensa

La defensa de Jonathan Daniel Camargo Garay plantea recurso de casación contra la sentencia antes reseñada, fundado en el art. 474 inc. 1 del CPP, es decir, por considerar que la misma incurre en vicios en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo.

Concretamente, cuestiona que se calificara el hecho como robo cometido con el uso de armas, previsto por el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP. Explica que, sin perjuicio de que coincida con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se tuvieron por acreditadas, el tribunal le ha dado a dos hechos distintos el sentido jurídico de un solo hecho, y en función de ello, ha agravado erróneamente la calificación. A su entender, por un lado, existió una conducta del acusado dirigida a desapoderar de sus bienes a la Alejandra Rodríguez –para lo cual utilizó exclusivamente su fuerza física– y, por otro lado, el empleo de un arma para repeler una agresión de dos hombres que lo amenazaba con palos y piedras y le decían que lo iban a matar.

Discrepa con la jueza, quien consideró que tener el arma en el momento del robo implicaba que tenía también la intención de usarla para cometer ese delito. La defensa en este punto plantea dos argumentos claramente diferenciados.

El primero de ellos versa sobre el momento en que concluyó la

tentativa de robo. Razona que, dado que la víctima impidió el robo contraponiendo su propia fuerza física a la del acusado para no ser despojada de sus bienes, allí cesó la ejecución del acto, tramo del hecho en el que no se empleó ningún arma. El arma tampoco fue utilizada luego del robo para lograr la impunidad, porque el robo no llegó a consumarse. Distinto sería el caso, afirma la defensa, si el acusado hubiera logrado despojarse a la víctima y blandía el arma blanca mientras no lograba apoderarse (por no tener asegurada su propia esfera de custodia del bien). En ese supuesto, el robo aún no habría concluido, por lo que el arma habría sido empleada para el robo. Pero no es lo que ocurre en el caso, en el que el arma no se usó para cometer el robo.

Sobre esto, resalta la defensa que lo que la norma penal agrava es el uso de un arma para la «comisión» del robo, por lo que el arma debe ser un instrumento para la ejecución del delito, es decir, un elemento de la violencia física ejercida por el autor. Sólo si el arma es empleada para vencer la resistencia de la víctima, estaríamos ante un supuesto alcanzado por la agravante en cuestión. Pero, en el caso, el robo fue intentado sin emplear más que la fuerza física, sin usar ni exhibir armas. Así, considera que no fue empleada con el propósito que exige esa norma, que es como medio intimidatorio o violento para lograr el despojamiento.

El segundo argumento de la defensa versa sobre el dolo requerido por la agravante legal cuestionada. En este sentido, explica que el análisis del dolo en este caso permite concluir que se trató de dos hechos distintos y que el uso del cuchillo no tuvo conexión con el intento de despojamiento de la víctima.

Afirma que la norma aplicada (esto es, el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP) no puede interpretarse en el sentido de que toda violencia posterior al intento de robo, ejercida para lograr la impunidad, integre la violencia propia del intento de despojamiento. Explica que el dolo que requiere esa figura agravada es el dolo de utilizar el arma en el despojamiento, lo que no ocurrió en este caso, dado que la violencia que el acusado ejerció con el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

cuchillo no estaba ordenada subjetivamente a lograr cometer el robo, tal como surge con claridad de las pruebas producidas en el debate.

Las circunstancias que permiten concluir esto son, por un lado, el hecho de que, aun teniendo consigo el arma al momento de intentar el robo, no la haya empleado o siquiera exhibido. Por otro, el hecho de que tampoco lo hizo luego de recibir resistencia física por parte de la víctima, para doblegar su firme voluntad de resistirse. Por ello, no puede afirmarse que el uso del arma formara parte del plan delictivo, por lo que corresponde concluir que el dolo presente en la conducta del acusado es el de robo simple, y que el uso que le dio luego al arma no fue para lograr el desapoderamiento.

Como conclusión, solicita la defensa que se califique al hecho que se tuvo por acreditado como tentativa de robo simple (arts. 164 y 42 del CP), en concurso real con abuso de armas (art. 104, último párrafo, del CP).

Efectúa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista de ley conferida, el señor Procurador General considera que el recurso resulta formalmente admisible, aunque debe ser rechazado en el fondo.

Considera que el hecho consistió en un único suceso que quedó subsumido en la figura de robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa. Refiere que la jueza le explicó al acusado que la calificación de abuso de armas puede aplicarse cuando no hay otro delito posible en el Código Penal, lo que no ocurre en el caso. También refirió la jueza que, si se escindiera el hecho, el delito aplicable sería el de amenazas con armas, toda vez que el acusado blandió el arma y con ella amedrentó a las personas que intentaban evitar su fuga, por lo que le correspondería más pena.

Agrega que la jueza también explicó su posición según la cual el

uso de arma en el robo no sólo se verifica en el momento de perpetrar el hecho, sino también al momento de irse, porque todo junto completa el *iter criminis*. Agregó además que ello era lo más beneficioso para la situación del acusado, quien escapaba porque había querido robar y había llevado consigo de antemano el arma, que usó para lograr su impunidad.

Cita doctrina para afirmar que la violencia física propia del robo puede tener lugar después de cometido el robo, para procurar la impunidad, y que no es necesario que la violencia recaiga sobre la víctima, ni que importe un serio riesgo para la salud o vida de las personas. Según el autor que cita, no hay dudas de que el uso de violencia con posterioridad al apoderamiento ilegítimo y con el fin de procurar la impunidad transforma en robo a un hurto. Ello, lleva a la pregunta sobre hasta qué momento puede ocurrir esa transformación, sobre lo cual la doctrina alude a los momentos inmediatos posteriores a la comisión. Agrega el autor citado que «[...] [l]a violencia posterior, ejecutada para conseguir la impunidad, es aquella cumplida con posterioridad a la consumación del injusto y corresponde al supuesto en el que el sujeto activo, en orden a evitar la inminente aprehensión lesiona a quien intercepta su paso [...]».

En definitiva, a criterio del titular del Ministerio Público Fiscal no hay duda de que la conducta desplegada por Camargo Garay encuentra su adecuación a la norma prevista en el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto y 42 del CP, toda vez que intentó sustraer elementos a la víctima sin lograr su cometido por la resistencia opuesta, y en su fuga, amenazó con un arma blanca a quienes habían comenzado a seguirlo y acorralarlo, para lograr su impunidad.

A su criterio, el hecho de haber blandido el arma al momento de huir y contra los terceros que habían iniciado su persecución subsume la plataforma fáctica en la figura en que fue calificada por la jueza, pues constituye un solo hecho que comenzó con el intento de apoderamiento y continuó en forma inmediata con la amenaza con el fin de lograr su impunidad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por esas razones, considera que la sentencia impugnada no adolece de falencias y debe ser confirmada mediante el rechazo del recurso de casación.

4.- La solución del caso

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que, en base a los motivos que seguidamente se exponen, corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Jonathan Daniel Camargo Garay.

A efectos de brindar un tratamiento claro al recurso y satisfacer adecuadamente el deber de fundamentación de esta decisión (sobre la justificación y alcances de este deber, véase «Farres Paluj», «Duarte Actis», «Álvarez Castillo», entre otros), en primer lugar reconstruiré problema planteado (a), luego describiré las razones aportadas por la jueza de la instancia anterior para resolver en el sentido que lo hizo (b) y, finalmente, explicaré las razones por las que entiendo que el hecho ha sido erróneamente calificado (c).

a.- En su recurso, la defensa no ha impugnado la plataforma fáctica que la jueza ha tenido por acreditada, sino el significado jurídico que la magistrada le ha atribuido. En este sentido, afirma que, en la medida en que el acusado no empleó el arma para cometer el robo sino en un momento posterior –mientras era perseguido en su huida y fue alcanzado por dos personas que querían atacarlo con palos y piedras y amenazaban con matarlo–, el hecho no puede ser calificado como tentativa de robo con arma (art. 166 inc. 2º, primer párrafo, primer supuesto del CP), sino como tentativa de robo simple (arts. 164 y 42 del CP), en concurso real con abuso de armas (art. 104, último párrafo, del CP).

Para sostener este planteo, el recurrente utilizó cuatro argumentos: i) tener un arma al momento de intentar un robo y no usarla, demuestra la ausencia de dolo de emplearla para el robo; ii) la tentativa de robo cesó cuando el atacante comenzó a huir sin poder lograr el desapoderamiento intentado, y que el arma no fue empleada «para procurar su impunidad», puesto que el robo no llegó

a cometerse y no tenía bienes cuyo desapoderamiento asegurar; iii) la norma aplicada tipifica la «comisión» de un robo con un arma, con fundamento en la mayor facilidad para vencer la resistencia de la víctima que genera en tanto medio intimidatorio o violento, lo que en este caso no ocurrió; y, iv) el acusado no tenía el dolo que requiere figura agravada aplicada –dolo de utilizar el arma en el desapoderamiento–, dado que la violencia que ejerció con el cuchillo no estaba ordenada subjetivamente a lograr cometer el robo.

b.- Por su parte, el tribunal de la instancia anterior aportó diversos argumentos para justificar la calificación impuesta. En primer lugar, señaló que el abuso de armas debe aplicarse cuando no hay ningún otro delito aplicable en el Código Penal –audiencia antes citada, min. 07:00 a 07:55– y que, si la plataforma fáctica debiera escindirse en dos hechos como propone la defensa, el segundo tramo debería considerarse una amenaza agravada por el uso de armas; escenario en el cual le correspondería más pena al acusado –min. 07:55 a 8:12–.

En segundo término, el tribunal tomó posición en cuanto a que el uso de arma en el robo no sólo alcanza el uso en el momento de perpetrar el hecho –es decir, de cometerlo–, sino también al momento de huir, porque todo junto completa un *iter criminis*, que definió como «*los pasos procesales que se llevan adelante para cometer un delito*» –min. 08:12 a 08:40–. También afirmó que esto era lo más beneficioso para el acusado, porque, de adoptar una posición diversa, era posible incluso que el delito no quedara en grado de tentativa, «*porque yo no debería contemplar esa parte del hecho que es donde vos [dirigiéndose al acusado] no lograste el cometido del robo*» –min. 08:40 a 09:04–.

Por último, explicó que dentro del concepto de robo agravado por el uso de armas se encuentra el momento en el que el autor se va del lugar, que no deja de ser parte del robo. Refirió que, en el caso, el acusado no huía sin razón de la gente que lo perseguía, sino porque había intentado un robo –min. 09:04 a 09:40–. Resultó particularmente relevante en este sentido para el tribunal el hecho de que el acusado no encontró el arma luego de intentar el robo, sino que ya la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tenía, es decir, «*estaba dentro de tu intención [dirigiéndose al acusado] tener un arma en el momento de cometer este hecho*» –min. 09:40 a 10:15–.

c.- El presente caso plantea los siguientes problemas: ¿qué papel juega la violencia en la configuración del tipo de robo?; ¿en qué momentos del *iter criminis* debe concurrir la violencia para que la conducta pueda ser calificada como robo?; ¿se agrava el robo siempre que exista «*uso de arma*», sin importar el momento del *iter criminis* en que aquella sea utilizada?; ¿es relevante para ello la circunstancia de que el injusto culpable se encuentre todavía en estadio ejecutivo, haya sido consumado o haya fracasado la tentativa iniciada?; ¿qué consecuencias acarrea lo anterior para la calificación legal en este caso?

A fin de dar respuesta a los interrogantes planteados, entiendo que el punto de partida del análisis debe situarse en los textos legales contenidos en los dos tipos penales que entran en juego aquí.

Por una parte, el texto del art. 164 del CP define el robo como el *apoderamiento* ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, *con fuerza* en las cosas o *violencia física* en las personas. Así las cosas, no resulta discutido que la fuerza en las cosas o la violencia sobre las personas constituye un elemento consustancial al tipo de robo; de hecho, es aquello que lo distingue de la figura de base en los delitos patrimoniales, el hurto. Sin embargo, no todo *apoderamiento* ilegítimo de cosa mueble en cuyo contexto haya existido violencia puede considerarse típico de robo, pues el propio art. 164 del CP se encarga de precisar los momentos del *iter criminis* en los que esa violencia debe concurrir y los fines a los que debe estar dirigida. En efecto, el legislador ha establecido que la violencia típica del robo debe ser ejercida «[...] *antes del robo para facilitar*lo, *en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad* [...]».

A los fines de delimitar los momentos en que puede concurrir la violencia típica, dado que el robo consiste en una conducta lesiva del patrimonio ajeno, entiendo que solo es posible tomar como punto de cesura al

desapoderamiento de la víctima. En este sentido, es necesario distinguir aquí entre el elemento nuclear del *comportamiento desaprobado* por la norma de conducta –el *desapoderamiento* con fuerza o violencia– y la consumación del tipo legal del robo. Tal y como he afirmado en otra oportunidad, esta última sólo tiene lugar cuando el autor se encuentra en condiciones pacíficas de disponer materialmente sobre los bienes muebles objeto del ilícito (ver, al respecto, «González Araya»).

Con base en dicho punto de cesura, la conducta puede calificarse como robo, en primer lugar, cuando la violencia es ejercida por el autor una vez comenzada la ejecución de la tentativa pero antes y con el objeto de facilitar el *desapoderamiento*. El segundo, y más evidente, es cuando el *desapoderamiento* tiene lugar *a través* de un comportamiento violento contra la víctima. El último y más controversial supuesto legal prevé que la violencia consustancial al delito de robo puede tener lugar incluso después de haberse cometido el *desapoderamiento*. La particularidad radica en que, a través de esta última frase de la disposición legal, el *desapoderamiento* que ha tenido lugar sin violencia alguna –un hurto– se califica como robo cuando el autor, con violencia, pretende consumarlo –asegurar la pacífica disponibilidad material de la *res furtiva*–. En definitiva, la última parte del art. 164 del CP tiene un campo de aplicación autónomo estrictamente limitado: solo resulta aplicable en aquellos casos en que, una vez comenzada la ejecución de un *hurto*, el autor utiliza la violencia para consumarlo y antes de fracasar en su tentativa.

La premisa anterior tiene dos consecuencias centrales. En primer lugar, si la tentativa ha fracasado o el hurto ya ha sido consumado, la violencia posterior no puede alterar su calificación legal, transformándolo en un robo. Un ejemplo ilustra lo referido: si la policía allana la morada del carterista –en busca de la *res furtiva*– y el autor reacciona con violencia frente al personal policial, eso no transforma el hurto precedente en un robo. En segundo lugar, si la utilización de la violencia es previa o concomitante al *desapoderamiento*, la violencia posterior poco importa a los fines del art. 164 del CP pues, en definitiva, el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

comportamiento constituye ya, en sí mismo, un hecho de robo. La utilización reiterada de la violencia característica del robo puede elevar el grado de injusto, pero no modifica su calificación legal.

En el presente caso, el imputado efectivamente utilizó violencia en dos momentos distintos. Primero, durante la ejecución de la tentativa de desapoderamiento contra la víctima, Alejandra Rodríguez –quien neutralizó, mediante su resistencia, la agresión de Camargo Garay–; segundo, para evitar ser detenido por los transeúntes que interrumpieron su escape. Con base en las consideraciones precedentes, la primera conclusión que debemos extraer es que, a los fines de calificar este hecho como un robo, la violencia posterior no ha tenido incidencia alguna. En efecto, antes de recurrir a la violencia contra los transeúntes –que pretendían detenerlo y golpearlo–, el comportamiento precedente de Camargo Garay contra Alejandra Rodríguez puede considerarse, en sí mismo, una tentativa fracasada de robo. A modo conclusión: no estamos ante un caso en el que resulte aplicable la última parte del art. 164 CP, pues no se trata aquí de un hurto susceptible de convertirse en robo por la violencia posterior al desapoderamiento.

Ahora bien, la particularidad del presente caso radica en que la violencia ejercida por Camargo Garay contra los transeúntes está caracterizada por la utilización de un arma blanca, en concreto, su exhibición para evitar ser detenido y golpeado. Por esa razón, una vez aclarado ya el concepto del robo y la interpretación que entiendo razonable del texto legal contenido en el art. 164, debemos ocuparnos del texto legal contenido en el art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP, esto es, el tipo legal que agrava la pena eventualmente imponible cuando el robo sea cometido «*con armas*».

En relación con la aplicación de esta agravante, existen tres grandes posturas. La primera, y más amplia, afirma que el objeto de referencia de la agravante es toda violencia típica del robo y, por tanto, la utilización de un arma – en cualquiera de los tres momentos que especifica el art. 164 CP– termina por agravar el delito de robo. La segunda, y más restrictiva, entiende que la aplicación

del agravante únicamente es posible cuando el arma se emplea durante la ejecución de la conducta desaprobada, esto es, sólo para el caso en que el desapoderamiento haya tenido lugar *a través* de la violencia armada. Una tercera postura, intermedia, sostiene que la agravante puede aplicarse siempre que el arma sea utilizada durante los dos primeros momentos que prevé el art. 164, incluyendo también los casos en que dicha violencia se utiliza *para facilitar* el desapoderamiento, pero excluyendo los casos en que se utiliza para garantizar la impunidad del mismo.

En mi opinión, el primer supuesto en el que corresponde aplicar la agravante prevista en el art. 166, inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP –tal y como sostuve en el precedente «Pereira Soria»– es cuando el autor, una vez comenzada la ejecución de la tentativa del delito de robo –ya sea de forma previa o concomitante al desapoderamiento, en tanto es éste el comportamiento prohibido por la norma–, utiliza armas con las finalidades previstas en el texto legal del art. 164 del CP.

La consecuencia más importante que acarrea la adopción de esta postura es generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia: si el autor solo lleva consigo sin exhibir el arma en los momentos previos o concomitantes al desapoderamiento de la víctima, no por ello el hecho queda automáticamente agravado, pues el agente no ha incrementado el riesgo generado por el comportamiento prohibido mediante la utilización de la misma. Por esa razón, no comparto el razonamiento de la jueza de la instancia anterior cuando afirma que, en el presente caso, la mera portación del arma durante el intento de robo hace aplicable la agravante prevista en el art. 166, inc. 2, primer párrafo del CP.

No obstante, habida cuenta de la previsión contenida en la parte final del art. 164 CP, aún queda por responder qué ocurre cuando el uso del arma por parte del agente es posterior al desapoderamiento o su tentativa, esto es, durante el despliegue de conductas destinadas a lograr la consumación material del tipo legal o lograr la impunidad del agente. En mi opinión, dado que el texto

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

legal del art. 166 inc. 2 establece que el robo se agrava cuando sea «*cometido con armas*», es preciso que el injusto culpable del agente todavía se encuentre en curso. Dicho a la inversa: no es posible aplicar la agravante una vez que el hecho ha concluido. La pregunta clave es, entonces, cuándo puede afirmarse que el injusto culpable del robo sigue en curso o, por el contrario, ha concluido.

Al respecto, una delimitación negativa conduce a afirmar que el hecho se encuentra concluido en, al menos, los dos supuestos siguientes. En primer lugar, una vez que el sujeto ha adquirido la posesión pacífica de la cosa mueble y, por tanto, el robo ha sido consumado. Una vez producida la consumación, la plataforma fáctica que sustenta la calificación jurídica queda fija y no puede ser modificada por el comportamiento posterior –ni para favorecer, por ejemplo, mediante el desistimiento, ni para perjudicar la situación del autor, por ejemplo, por aplicación de una agravante–. La violencia armada posterior a la consumación y generalmente dirigida a conservar la posesión ilegítima de la cosa, entonces, no puede agravar el delito de robo precedente, sea esta ejercida contra la víctima o un tercero; a lo sumo, podrá tratarse de un auto-encubrimiento o de un delito distinto, más no agravará el robo ya consumado. En definitiva: la utilización post-consumativa de un arma no puede re-significar la violencia típica de un robo que no se cometió «*con armas*». En un ejemplo ligeramente distinto al anterior: si se allana la morada del autor en busca de la *res furtiva* y aquél reacciona con violencia armada, así como el hurto precedente no se transforma en robo, tampoco el robo precedente puede considerarse agravado por el uso de arma. En puridad, no parece discutible que el robo –mediante el cual el autor se apropió ilegítimamente de la cosa mueble– no fue cometido «*con armas*».

En segundo lugar, el hecho puede considerarse concluido también en los casos de *tentativa fracasada*, esto es, cuando el delito queda trunco y ya no es posible consumarlo ni desistirlo. En efecto, una vez que el intento de desapoderamiento ha fracasado, el autor pierde la posibilidad de consumarlo o desistirlo y, con ello, decae también la posibilidad de agravar esa tentativa

precedente por la utilización posterior de un arma. En esos supuestos, el injusto culpable ha concluido y toda violencia armada posterior no puede ser normativamente vinculada al delito precedente, de modo tal que no estamos ante conductas que puedan interpretarse como «*unidad de sentido delictual*», por lo que el uso del arma sólo podrá constituir, en su caso, un injusto culpable diferente que concurre con el robo. Respecto del interrogante planteado se concluye, entonces, que el robo sólo puede considerarse agravado por haber sido cometido «*con armas*» siempre que la utilización de la misma haya tenido lugar antes de que fracase la tentativa o que el delito quede consumado.

Con base en las consideraciones anteriores debemos afrontar ahora la resolución definitiva del caso. Para ello, cabe recordar aquí lo ya manifestado previamente: la tentativa de robo atribuida a Camargo Garay –el intento de desapoderar a la víctima de su billetera y celular– fracasó en virtud de la resistencia de la víctima. Por tanto, la utilización posterior del arma blanca –frente a un eventual linchamiento o detención por parte de los transeúntes– no puede agravar la conducta precedente, sencillamente, porque la tentativa de apoderamiento ilegítimo, típica del delito robo, había fracasado como tal. El fracaso de la tentativa, en virtud de operar como límite máximo de la oportunidad normativa para desistir, también petrifica la plataforma fáctica del injusto culpable atribuido a Camargo Garay. Así las cosas, cuando la conducta delictiva constituye una tentativa fracasada, la plataforma fáctica no admite ser modificada, ni en perjuicio del imputado por la violencia armada posterior –en puridad, aquella tentativa no fue realizada con arma alguna–, ni en beneficio del mismo por desistimiento. En definitiva, el primer hecho punible que se atribuye a Camargo Garay es una tentativa de robo simple.

Aclarada la cuestión anterior, corresponde determinar ahora la calificación legal que le cabe al segundo tramo de la plataforma fáctica. En este punto y según la defensa, el hecho de que Camargo Garay blandiera un arma blanca contra las personas que intentaban detenerlo mientras lo amenazaban con

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

palos y piedras, debe calificarse como delito de abuso de armas –art. 104, tercer párrafo, del CP–. Por su parte, el tribunal consideró que, de escindir la plataforma fáctica en dos hechos punibles diferenciados, el segundo configuraría un delito de amenazas agravadas por el uso de armas –art. 149 bis del CP–.

Sobre el particular, disiento con la argumentación vertida por la jueza de la instancia previa. En mi opinión, la conducta desplegada por el acusado no resulta típica del delito de amenazas, en tanto uno de los elementos del tipo no está presente en el caso. Concretamente, y en relación con las personas que lo habían perseguido y acorralado, el imputado no les anunció la causación de un mal con el objeto de amedrentarlas. Según la plataforma fáctica que la jueza ha tenido por acreditada, Camargo Garay sólo pretendía evitar ser capturado y eventualmente golpeado después de haber fracasado en su tentativa de robo. Dicho de otro modo: a través de la conducta posterior a la tentativa fracasada de robo –mostrar y blandir el arma blanca que portaba–, el acusado no pretendía infundir temor a las personas que lo perseguían, como requiere el tipo de amenazas, sino que estos depusieran en su actitud persecutoria y, con ello, lograr escapar.

Así las cosas, coincido con lo manifestado por la defensa y entiendo que el segundo tramo de la plataforma fáctica referida se ajusta de modo más adecuado a la descripción típica contenida en el tipo de abuso de armas del art. 104, tercer párrafo, del CP, en la medida en que allí se criminaliza y sanciona «[...] *la agresión con toda arma, aunque no se causare herida* [...]». Precisamente, la agresión es un ataque o acometimiento contra otra u otras personas, de modo tal que comprende el comportamiento de exhibir un arma blanca y blandir la misma. Es éste el sentido que corresponde asignarle, a mi juicio, al segundo tramo del hecho atribuido a Camargo Garay en los autos n° P-136.409/21, sin que el carácter subsidiario de la figura constituya impedimento alguno.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde responder de

manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Puestos en consideración los agravios del recurrente, debo decir que si bien comparto la solución que se propicia en el voto del Ministro preopinante, arribo a esa conclusión sobre la base de una argumentación parcialmente diversa.

Conforme surge de la compulsa de las presentes actuaciones, el problema que plantea el caso gira en torno al análisis jurídico del hecho que se tuvo por históricamente cierto en la sentencia impugnada, cuyas circunstancias de tiempo, lugar y modo no han sido de modo alguno puestas en crisis. A punto tal que ha sido el propio acusado quien reconoció la existencia material de esa base fáctica, así como su responsabilidad en la misma.

Esa base fáctica consistió en que Jonathan Daniel Camargo Garay intentó apoderarse ilegítima y violentamente de bienes de propiedad de la víctima, propósito que no logró por la resistencia de aquella. Asimismo, que al huir del lugar del hecho, fue perseguido por dos transeúntes que intentaron impedir su marcha, quienes lograron acorralarlo. En ese momento, el acusado extrajo de entre sus prendas de vestir un cuchillo que blandió contra aquellos, lanzando puñaladas al aire, de modo que logró evitar su captura y huyó.

Planteada en esos términos la plataforma fáctica, el tribunal de la instancia previa condenó al acusado como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, ilícito previsto y penado en el art. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, y art. 42, todos del CP. Por un lado, consideró que el uso de arma en el robo no se limita al momento de perpetrar el hecho, sino que comprende también aquel tramo fáctico

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

donde el agente emprende su huída, en una secuencia que completa el *iter criminis* del robo. Por otro lado, descartó la figura del abuso de armas al entender que sólo resultaba aplicable cuando no existe otro tipo penal al que se adecúe el comportamiento juzgado –lo que no ocurría en autos–, y porque, además, escindir en dos partes el hecho como lo proponía la defensa importaría agravar la situación del acusado, exponiéndolo a una pena en expectativa mucho mayor, dado que el segundo tramo debería considerarse una amenaza agravada por el uso del arma.

En esta etapa extraordinaria del proceso, la defensa insiste con su pretensión y, por diversos argumentos, solicita se califique al hecho que se tuvo por acreditado como una tentativa de robo simple (art. 164 y 42 del CP) en concurso real con abuso de armas (104, último párrafo, del CP).

Ahora bien, del mismo modo en que lo entiende el Ministro preopinante, considero que el hecho acreditado ha sido erróneamente calificado. En tal sentido, debe señalarse que habiéndose demostrado con certeza que la violencia ejercida por el acusado se presentó durante la ejecución de la tentativa de apoderamiento y contra Alejandra Rodríguez, quien mediante su resistencia, neutralizó la agresión del autor, es evidente que en este sentido el caso no plantea mayores inconvenientes: constituye un típico hecho configurativo del delito de tentativa de robo, en el que la violencia posterior desplegada por el imputado frente a los transeúntes que lo persiguieron, destinada a lograr escapar, no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica en ese hecho.

A mi entender, el texto de los artículos 164 y 166, segundo inciso, primer supuesto del CP son claros en la delimitación de casos que prevén. Así, conforme lo he sostenido con anterioridad, la doctrina mayoritaria considera que la violencia del robo puede tener lugar al momento de intentar el desapoderamiento, para facilitararlo, durante su desarrollo (en el acto de cometerlo) o inmediatamente después de su comisión, para procurar la impunidad (v. al respecto, «Pereira Soria»).

Queda claro y no admite discusiones interpretativas que existirá un robo siempre que una persona se apodere ilegítimamente de una cosa, que esa cosa sea total o parcialmente ajena, que ese apoderamiento sea realizado con fuerza en las cosas o violencia en las personas; aunque la violencia tenga lugar después de cometido el robo, para lograr la impunidad. Me interesa resaltar esto último: la norma es expresamente clara al afirmar que la violencia puede tener lugar después de cometido el apoderamiento, para lograr la impunidad. Esa figura es agravada posteriormente por el art. 166 del CP, que –en lo que aquí interesa– dispone en su inciso segundo que el robo se agravará si «*se cometiere con armas [...]»*.

En este caso nos encontramos ante un supuesto donde, como se dijo, el acusado ejerció violencia para intentar la sustracción del bien de la víctima, algo que no logró por circunstancias ajenas a su voluntad, esto es, por la resistencia de la víctima quien gritó y tomó la mano del agresor. Sin lograr cometer el desapoderamiento y dentro del contexto dinámico que supone emprender la huía del lugar donde se produjo el intento de robo, extrajo un cuchillo y lo usó para garantizar su escape.

De manera tal que, sin la comisión del desapoderamiento a la que alude el art. 164 del CP, la eventual violencia posterior no agrava el robo tentado. En términos claros, el uso del arma puede agravar el robo o hurto previo siempre que el agresor haya logrado el desapoderamiento de la víctima. Sin esa condición, como ocurre en el presente caso, no resulta aplicable el supuesto final del art. 164 del CP, desde que mal podría aplicarse la agravante cuando la tentativa del robo precedente no cesó, es decir, cuando el agente no continuó con actos ejecutivos dentro del *iter criminis*, ni tampoco se había consumado, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Se trata, entonces, de una tentativa que, como suceso delictivo, concluyó con la realización del último acto ejecutivo, que es anterior al momento en que el acusado utilizó el cuchillo para impedir que los transeúntes los detuvieran.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Esa afirmación encuentra sustento en la interpretación que realiza la doctrina. En ese sentido, al analizar el asunto de la oportunidad en que debe tener lugar la violencia que caracteriza al robo –y lo distingue de la figura del hurto–, Estrella y Godoy Lemos sostienen que «[...] la violencia posterior a la consumación del apoderamiento es también típica a la figura, si se despliega para procurar la impunidad del autor o sus cómplices [...]» (conf. ESTRELLA, O. A. y GODOY LEMOS, R., *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, tomo 2, p. 373, el destacado me pertenece). Del mismo modo, Creus sostiene que la violencia que se emplea con posterioridad al apoderamiento ilegítimo califica la acción de robo cuando tiene lugar inmediatamente después de cometido el hecho, es decir, de «[...] consumarse el apoderamiento [...]» (conf. CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1998, tomo 1, p. 425).

En definitiva, la posición que sustento tiene dos consecuencias que conviene aclarar. La primera, y de sustancial importancia para la solución correcta del caso, es que el desapoderamiento cometido sin violencia –hurto– puede convertirse en robo si el autor emplea violencia con posterioridad a la comisión del desapoderamiento; con lo cual, si el desapoderamiento sólo fue intentado, la violencia posterior no agrava el hecho. La segunda, es que cuando esa violencia posterior se lleva a cabo con el uso de armas, el desapoderamiento se tornará en robo agravado por el uso de armas.

Si, como en el caso que nos ocupa, el agresor no exhibió ni, por ende, utilizó el arma para ejercer violencia en el intento de desapoderamiento –tentativa de robo–, sino en un tramo fáctico posterior –y jurídicamente– diverso e independiente de aquel, el primer segmento de la conducta delictiva debe ser calificado como robo simple en grado de tentativa.

Por último, comparto las consideraciones del voto preopinante en cuanto a que el empleo del cuchillo con posterioridad al hecho, en este caso, se

adecua a la figura típica de abuso de armas prevista en el tercer párrafo del art. 104 del CP.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, comparto la solución y fundamentos expresados por el Ministro preopinante.

En particular, sobre el asunto relativo a la oportunidad en que debe ser empleada el arma para que opere como agravante del robo, entiendo que si el mayor poder intimidante y el mayor riesgo generado son motivos para agravar el robo cuando se comete –o se intenta– con armas, es lógico que el uso del arma deba estar normativamente vinculada a la violencia ejercida para el desapoderamiento (conf. CREUS, C., *Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1998, págs. 431/432, en el mismo sentido, ESTRELLA, O. A. y GODOY LEMOS, R., *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, tomo 2, p. 405).

Por otra parte, la violencia o el uso del arma posterior a la comisión del desapoderamiento debe ser analizada en función del contexto en que tenga lugar, y así he adherido a la posición según la cual «[e]l robo en su modalidad básica, supone el empleo de la violencia física desplegada sobre la víctima o un tercero con la finalidad de vencer la resistencia para oponerse al apoderamiento; ahora, debe considerarse como agravante de la figura básica el hecho de que el autor genere un peligro efectivo para la vida o la integridad física del sujeto pasivo, ya sea por el uso u ostentación de arma, sea propia o impropia [...]» (conf. «Olmedo Frigolé, el destacado me pertenece).

Esta posición ha sido mantenida de manera constante por este

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Tribunal. Así, se ha sostenido que *«[p]ara que se configure el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, debe verificarse una unidad fáctica, en la que el uso del arma de fuego esté dentro de las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar del desapoderamiento intentado [...]»* (conf. «Becerra, Rubén»). También se ha dicho, sobre este problema, que *«[e]l robo en su modalidad básica, supone el empleo de violencia física desplegada sobre la víctima o un tercero, y tiene por finalidad vencer la resistencia para oponerse al apoderamiento. No sólo comprende el acto físico que ejercitado sobre el cuerpo de la víctima vence materialmente su resistencia (vis absoluta) sino también toda forma de vis compulsiva, consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia, que sin recaer sobre el cuerpo de la víctima quebranta o paraliza la voluntad. El fundamento de la agravante prevista en el Código Penal, radica en el peligro efectivo para la vida o la integridad física del sujeto pasivo que resulta del uso u ostentación del arma, sea propia o impropia, siendo necesario que el robo sea cometido con armas. Es decir, que el arma debe ser usada en la comisión del hecho, o sea en la etapa ejecutiva que va desde el apoderamiento hasta su consumación [...]»* (conf. «Zárate, Pablo Manuel»).

La aplicación de aquellos criterios jurisprudenciales al caso me conduce a adherir a la solución planteada por el acuerdo precedente. En efecto, según los hechos que la jueza de la instancia previa tuvo por acreditados Camargo Garay tenía consigo un arma al momento de intentar cometer el robo del que se lo acusa, mas no la extrajo durante la tentativa de desapoderamiento. Esto significa que el arma blanca no significó, en ningún momento, un peligro efectivo para la vida o la integridad física de las víctimas, en tanto no tuvo por finalidad vencer su resistencia. Tampoco fue empleada dentro de las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar del desapoderamiento intentado, sino en momentos ulteriores, cuando intentaba huir del lugar del hecho. De manera tal que la calificación aplicada a este caso es ajena al fundamento de la agravante prevista en el Código Penal, y debe ser modificada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Jonathan Daniel Camargo Garay y casar la sentencia n° 2.836, cuyo resolutive III deberá decir: *«Condenar a Jonathan Daniel Camargo Garay, DNI n° 35.515.122, ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa en concurso real con abuso de armas, en la causa n° P-136.409/21 (arts. 164, 104, tercer párrafo y 42 del Código Penal y 414/415 y ss., 557 y 558 del CPP)».*

Consecuentemente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable a Jonathan Daniel Camargo Garay. Al resultar este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106 corresponde, en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos por la defensa de Jonathan Daniel Camargo Garay.

2.- Casar la sentencia n° 2.836, cuyo resolutive III) deberá decir: «Condenar a Jonathan Daniel Camargo Garay, DNI n° 35.515.122, ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa en concurso real con abuso de armas, en la causa n° P-136.409/21 (arts. 164, 104, tercer párrafo y 42 del Código Penal y 414/415 y ss., 557 y 558 del CPP)».

3.- Remitir, en función del resolutive anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley a fin de que se determine la pena aplicable a Jonathan Daniel Camargo Garay. Al resultar este caso una situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley 9.106 corresponde, en tanto resulte compatible, que se aplique el procedimiento previsto en el inc. b de la citada norma para la determinación de la pena.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

CERTIFICO que el presente instrumento concuerda fielmente con su matriz, obrante a fojas..... del Tomo.....del Libro de Protocolo de Sentencias Penales de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza (art. 412 del C.P.P.). Secretaría, 13 de marzo de 2024.-