



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

Reg. n°

En la ciudad de Buenos Aires, en la fecha que surge de la constancia de firma electrónica inserta al pie, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio L. Días, Daniel Morin y Gustavo Bruzzone (de conformidad con la Acordada n° 7/2022 de esta cámara), asistidos por el secretario actuante, Joaquín Marcet, resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensa en el marco de esta causa n° CCC 80.626/2019/TO1/CNC2, caratulada, “**SCHMIDT DUARTES, _____s/ recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. El pasado 6 de agosto de 2021, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 9 de la Capital Federal dio a conocer los fundamentos por los cuales resolvió: “...I.- **CONDENAR** a _____ **SCHMIDT DUARTES**, cuyos datos personales se consignaron al inicio, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y al pago de las costas del proceso, por ser autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma en perjuicio de _____, en concurso real con robo, en grado de tentativa, en perjuicio de _____ (arts. 12, 29, inc. 3°, 40, 41, 42, 44, 45, 55, 164, 166, inc. 2°, primer párrafo, del Código Penal; y 401, 403, 530, 531 y 533, del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II. Contra esa decisión, la asistencia técnica de _____ Schmidt Duarte interpuso un recurso de casación, el cual fue oportunamente concedido por el tribunal de mérito y mantenido ante esta instancia.

III. La Sala de Turno de esta cámara asignó al recurso el trámite previsto en el art. 465, CPPN.



IV. Ya sorteada esta Sala II, se pusieron las actuaciones en términos de oficina, conforme lo establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN; ocasión en la cual el defensor Claudio Martín Armando presentó un escrito, remitiéndose a los agravios expuestos por su colega en la instancia anterior.

Además, insistió en que la resolución impugnada lucía arbitraria en lo relativo a la mensuración de la sanción impuesta. Al respecto, sostuvo que si bien la fiscalía solicitó la pena de seis años de prisión, mismo monto impuesto a Schmidt Duarte, lo cierto era que ese *quantum* punitivo obedeció a una calificación legal más gravosa de los hechos. Por ello, entendió que la pena impuesta al nombrado resultó proporcionalmente más perjudicial que lo petitionado por el representante del Ministerio Público Fiscal, en clara transgresión al principio acusatorio.

A su vez, argumentó que el tribunal *a quo* tampoco fundamentó por qué se imponía una pena superior a la requerida por el acusador público, frente al cambio de calificación más favorable.

De otra parte, señaló que *“la pena impuesta conculca los principios de proporcionalidad y culpabilidad, pues, más allá de la genérica referencia que efectuó el a quo, no se aprecia un correcto análisis de la incidencia de las circunstancias atenuantes en la individualización del quantum punitivo, ello así, en tanto, de haber sido efectivamente ponderadas debieron tener un efecto favorable en la pena, la cual no debió superar su mínima expresión”*. Esto, en razón de que la condición de vulnerabilidad del imputado ameritaba un reproche jurídico menor.

Por último, pidió que en caso de una resolución adversa se exima a esa parte del pago de las costas procesales en esta instancia, en tanto la defensa “tuvo razón plausible para litigar” y dado que una interpretación en contrario implicaría una violación al





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

derecho de defensa en juicio, al derecho de propiedad y al derecho al recurso.

En virtud de lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso y que, en caso de no prosperar los restantes agravios introducidos, se determine una nueva pena, de acuerdo con las pautas legales mencionadas más arriba, la que no se aleje del mínimo.

V. Con posterioridad, se hizo saber a las partes que se concedía un plazo para la presentación de un memorial o para solicitar la realización de la audiencia del trámite establecida en el art. 465, CPPN; oportunidad en la cual no se efectuaron presentaciones.

VI. Luego, el 7 de junio de 2023 se celebró, por medios digitales, la audiencia de conocimiento personal, en los términos del art. 41, CP, con el imputado _____Schmidt Duarte.

VII. Superada la etapa prevista por el art. 468, CPPN, tuvo lugar la deliberación, tras lo cual las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos establecidos por el art. 456, CPPN (de conformidad con la sentencia “Casal” – *Fallos* 328:3399) y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por la parte impugnante, es preciso recordar que el tribunal oral tuvo por probado el siguiente hecho delictivo: “...a) El 30 de octubre de 2019, cerca de las 17.00 horas, _____Schmidt Duarte ingresó a la obra en construcción ubicada en _____de esta Ciudad con la excusa de querer hablar con el sereno.



Una vez en el interior agredió a éste y ante la intervención del operario _____, tomó una pala de albañil y le asestó dos violentos golpes dirigidos a la cabeza de este último, que pudieron ser parcialmente desviados por el agredido anteponiendo su brazo donde recibió la mayor violencia de la descarga. Intimidado así _____, el imputado ingresó libremente al vestuario de los obreros y sustrajo de allí una mochila y la campera del mismo _____, con su documentación personal, la tarjeta SUBE y la suma de \$ 100. b) Seguidamente, _____ Schmidt Duarte se dirigió a _____ donde increpó a los gritos al hermano de _____ quien, ante el escándalo que se producía en la vía pública, salió y le pidió al imputado que se retirara. Lejos de ello, éste se dirigió en malos términos a la mujer y se acercó a ella de modo amenazante por lo que _____, amigo de la familia ___y que se hallaba ocasionalmente en el lugar, se interpuso para calmar la situación. De esta manera, el imputado, luego de un intercambio con _____ le solicitó el teléfono y cuando éste lo extrajo se lo arrebató de las manos y huyó por _____ hasta _____ donde alcanzó a subir a un taxi. No obstante ello, _____ lo persiguió y abriendo la puerta del taxi intentó obligar a bajar al imputado que le asestó un golpe en el rostro que le produjo una herida en el arco superciliar derecho que requirió dos puntos de sutura. La intervención de otros vecinos impidió la fuga de Schmidt Duarte que fue finalmente detenido”.

III. Dicho ello, estimo oportuno recordar aquí que mi intervención en esta instancia se encuentra limitada por el principio dispositivo, en razón de los cuales mi labor revisora no puede ir – salvo supuestos excepcionales– más allá de lo expresamente requerido por la parte recurrente, ni tampoco puede brindarse una solución más gravosa cuando sólo el imputado ha impugnado la resolución judicial. Con esos alcances, pasaré a abordar los agravios presentados por la defensa del imputado.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

1. Agravio relativo a la no aplicación del art. 34 inc.

1°, CP.

I. Como primer punto de agravio, la defensa de Schmidt Duartes solicitó la aplicación del art. 34, inc. 1°, CP en base al estado de intoxicación en que se encontraba el nombrado al momento de los hechos, motivo por el que no se podía afirmar que comprendió la criminalidad de los actos.

Puso de resalto la declaración brindada por Schmidt Duartes en la que manifestó que el mes previo a los hechos denunciados estaba en un periodo de consumo *muy malo* de estupefacientes (pastillas, pasta base, clonazepam, rivotril, cocaína, alcohol).

En ese sentido, puntualizó que los exámenes médicos realizados arrojaron como resultado 0.68 de alcohol en sangre de acuerdo con el informe a fs. 78 y el informe toxicológico en orina que luce a fs. 88 dio resultado positivo de cocaína, THC y benzodiacepinas.

Destacó, además, el informe médico legal (fs. 34) realizado cuatro horas después de su detención en el cual se dejó asentado que el nombrado se encontraba pseudo vigil mientras que el informe a fs. 60/61 suscripto por la Dra. Ana María Arias expuso que ya estaba vigil y presentaba sus facultades compensadas psiquiátricamente al examinarlo. Asimismo, entendió relevante el tiempo transcurrido desde los hechos imputados, esto es, al día siguiente.

En cuanto a la conducta desplegada por Schmidt Duartes en el hecho I, la asistencia técnica sostuvo que ésta daba cuenta que no se encontraba en un estado normal. Así, puso de resalto que el nombrado ingresó a una obra en construcción que está a una cuadra y media de su casa sin que nada lo justificara, empujó al sereno de la



obra y lo invitó a pelear para luego darle un golpe en la cabeza e invitar a las restantes personas que se encontraban en el lugar a pelear.

En apoyo a su postura, citó las manifestaciones brindadas por el testigo _____ quien refirió que “...para mí que estaba drogado, por la cara que tenía. Estaba muy colorado. No sé por qué entró a una obra en construcción”. La defensa también destacó que el aquí imputado huyó del lugar con la campera puesta que le sustrajo al damnificado, circunstancia que adunaba al carácter irreflexivo de las acciones emprendidas por Schmidt Duarte.

Asimismo, con relación a la conducta durante el hecho II señaló que inicialmente se trató de una discusión entre Schmidt Duarte y la Sra. _____, a quién el nombrado se le acercó sin motivo alguno refiriéndole todo tipo de insultos. A su vez, destacó que de acuerdo con la versión brindada por la testigo el imputado durante el suceso no estaba físicamente bien, sino que parecía estar bajo los efectos del alcohol y las drogas. Continuó explicando que “de un momento a otro” Schmidt Duarte tomó el teléfono de _____ quién intervino en la discusión inicial con ____.

Expuso que ambos testigos eran conocidos del imputado, por lo tanto ese conocimiento previo da cuenta de la irreflexión de su conducta.

Seguidamente, señaló que la conducta posterior de Schmidt Duarte corroboraba que no dominaba su psiquis en ese momento. Al respecto, hizo hincapié en el testimonio del oficial Carlos Alberto Iñiguez quién dijo “...estaba muy agresivo, muy alterado a los gritos en la calle. Y cuando lo metimos en el patrullero golpeaba todo, se golpeaba la cabeza adentro del patrullero” y quién señaló que tal vez estaba bajo el efecto de algo, de alcohol o drogas; a su vez, expuso las afirmaciones de _____ que dijo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

que al momento de la detención estaba *fuera de control* y pateaba el patrullero.

De esta manera, sostuvo que la descripción de los hechos, a lo que se sumaban las declaraciones de los testigos eran claros indicadores de que Schmidt Duarte actuó de un modo irracional en tanto no contaba con capacidad para comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones.

II. En primer lugar, corresponde decir que sobre este punto he fijado un criterio en materia de inimputabilidad en el acápite V) de mi voto, emitido el 10 de noviembre de 2017 como magistrado integrante de esta misma sala, en la causa n° 73.980/2013, caratulada “**Osuna, _____ s/ recurso de casación**” (Reg. n° 1145/2017)”.

Toda vez que el recurrente indica que su asistido se vio impedido tanto de comprender la criminalidad del acto como de dirigir su conducta, cabe precisar que cuando la norma en cuestión sostiene que “*el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”, ésta alude a dos supuestos diferentes: en el primero se contempla la hipótesis que el sujeto no haya podido, en el momento del hecho, comprender la criminalidad de su conducta; mientras que en el segundo la norma prevé aquellos supuestos en los que, pese a comprender la criminalidad de su acto, el sujeto se encuentra impedido de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.

También se ha sostenido que los supuestos de inexigibilidad se distinguen, de los de inimputabilidad. Ello es así, dado que existe un sujeto motivado de igual modo en sus rasgos esenciales, por lo que la culpabilidad depende del rigor del baremo que se le aplique. El problema de la imputabilidad se refiere entonces



a la igualdad del sujeto actuante con respecto a cualquiera. En cambio, el problema de la exigibilidad, afecta a casos de condicionamiento de la motivación y por ello de medida de la pena reducida a cero en el caso de inexigibilidad.

Asimismo, recientemente en el precedente “**Monserrat Ruíz Díaz**”¹ he tenido oportunidad de desarrollar en profundidad aquellos conceptos arriba descriptos.

Allí, sostuve que hay acuerdo en que el reproche de culpabilidad presupone que el autor concreto tuvo la posibilidad de motivarse conforme a derecho, lo que implica que el sujeto haya sido capaz de motivación normal, y que esa motivación normal permita en él no sólo la comprensión de la criminalidad de su propósito concreto, sino también una adecuada dirección de sus acciones, conforme a esa comprensión.

Sobre la imposibilidad de dirección de las acciones, precisa Donna (Derecho Penal, t. IV, p.212), que es decisivo si el autor era capaz de contrarrestar los impulsos mediante las inhibiciones, y con cita de Stratenwerth añade “*la capacidad de comprensión e inhibición no deben ser confundidas con la facultad de actuar racionalmente en dirección a fines, la que no queda excluida sin más por la presencia de perturbaciones psíquicas. Dirigir el curso de los acontecimientos según determinadas reglas de la experiencia es algo básicamente distinto a orientarse según reglas jurídicas o sociales. Ello debe ser tenido en cuenta, especialmente, en el caso de la ebriedad que elimina frenos inhibitorios: en este sentido, de la mera constatación de una conducta planificadora y dirigida a una meta, no cabrá inferir sin más la existencia de imputabilidad – BGHSt. t. I, p. 384*”.

En efecto, quien no sea capaz de vivenciar su condición de persona no podrá comprender un desvalor jurídico en el marco de

¹ Sentencia del 24.08.2022, sala II, jueces Morin, Días y Sarabayrouse, reg. n° 1274/2022.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

una comunidad de individuos, por lo que no es posible formularle requerimiento alguno.

En la misma dirección, Vicente Cabello (El concepto de alienación ha caducado, La Ley 123-1127) distinguía entre la conciencia perceptiva, que nos permite orientarnos en tiempo y espacio, y la conciencia discriminativa, que nos permite distinguir entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Y por último de la conciencia moral, el campo de la auto rendición de cuentas, conforme el cumplimiento o incumplimiento de las normas señaladas por la conciencia discriminativa.

Pues entonces, para nuestro código penal, sólo comprenden, en función de la imputabilidad, aquellos que poseen los atributos psicológicos inherentes a la conciencia superior discriminativa. Se trata de una conciencia ética que le permite vivenciar los valores sociales e internalizarlos en su personalidad.

Así, a juicio de Norberto Spolansky (Imputabilidad y comprensión de la criminalidad, Revista de Derecho Penal y Criminología, enero-marzo, nro. 1, 1968, p. 83), comprender significa vivenciar los valores. Mucho tiempo después, el nombrado Cabello retoma el tema en 1981 (Psiquiatría Forense, t.1, p. 138), y explica que el comprender emana de la esfera que captamos y sentimos el mundo de los valores.

Así puede comprender sólo el que puede valorar. De igual modo, la imposibilidad de dirigir las acciones significa restar, a la cualidad de la acción final humana, la facultad de ejercitar el dominio de la acción para conducirla hacia un objetivo previsto, conforme a aquellos valores (Cf. Vicente Cabello, Imputabilidad criminal, La Ley 119 1255).

III. Aclarado ello, debe examinarse si, por los motivos señalados por el recurrente, podría sostenerse que el imputado no pudo comprender la criminalidad de su acto, o si –pese a haber podido



comprenderla-, no pudo dirigir sus acciones conforme a ese entendimiento.

Así, debo adelantar mi opinión en cuanto a que en el planteo de absolución formulado en los términos del art. 34, inc. 1°, CP, la defensa insiste ante esta instancia con alegaciones que no resultan idóneas para desvirtuar la clara explicación ofrecida por el tribunal de juicio para desechar el estado de inimputabilidad pretendido.

Al respecto, resulta pertinente recordar lo dicho por los jueces del tribunal de la instancia para así decidir: *“...La defensa partió de la afirmación del imputado en su versión brindada al inicio del debate en la que se limitó a señalar que para la fecha del hecho se encontraba “muy perdido en las pastillas y la pasta base”, agregando que consumía Clonazepan, Rivotril, alcohol, cocaína y otras sustancias. Lo primero que debe señalarse es que la mera afirmación en punto a que realizaba tales consumos para la fecha del hecho, resulta genérica e indeterminada como para asegurar que efectivamente las hubiera consumido de manera inmediata o cercana al 30 de octubre de 2019. Es cierto que el informe de fs. 107 da cuenta de que el rastreo mediante la utilización de las tiras reactivas (Rapid Drug Screen) arrojó un resultado positivo respecto de cocaína, THC, y benzodiazepinas. Sin embargo, ni el resultado del análisis ni el propio imputado, han precisado ni el momento, ni la cantidad, ni la sustancia precisa que se consumió. El tema no es menor por cuanto la presencia en la orina de estas sustancias, es detectable tras un largo tiempo posterior al consumo que puede llegar a ser superior a la semana en el caso del THC (marihuana) y de las benzodiazepinas y superior a las 24 horas en el caso de la cocaína. Tampoco ayuda a la hipótesis de la defensa el resultado de alcohol en sangre pues aún considerando el incremento retroactivo, difícilmente pudiera considerarse una cifra superior a 1,25 grs de alcoholemia [...] Sin dudas son cifras altas que explican el grado de*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

agresividad y hasta de desinhibición en las conductas que se atribuyen pero no determinan ni falta de comprensión ni impedimento para dirigir las acciones. Así pues, faltó tanto una adecuada determinación del consumo efectivamente realizado, como una razonable y efectiva determinación del efecto que tal consumo pudo tener en la concreta persona del imputado. Lejos de ello, el peritaje efectuado al día siguiente del hecho, antes de transcurridas las 24 horas, concluyó que "SCHMIDT DUARTES _____ presenta en el aquí y ahora sus facultades mentales compensadas psiquiátricamente." Tampoco ayuda a la defensa la sola mención en el informe de fs. 34, respecto a que el imputado se encuentra "pseudovigil", por cuanto seguidamente refiere que tiene conciencia de estado y situación, activo, tranquilo y colaborador, pues de aquella sola expresión no puede concluirse nada en concreto".

Con relación a la alegada conducta irracional del imputado efectuaron las siguientes observaciones: "...respecto del hecho a), el imputado se propuso apoderarse de elementos de valor en el interior de una obra en construcción, entró a ella, logró dominar mediante amenazas y violencia a las dos personas que intentaron detenerlo y se llevó el botín. Tuvo el percance de caer en un pozo de la obra y cierta dificultad para incorporarse, pero ello no le impidió mantener el claro dominio de la situación, a punto tal que advirtió que _____ intentaba llamar a la policía y logró neutralizarlo. Resultó tan exitoso en su maniobra que de no haber sido detenido por el hecho posterior, hubiera podido disfrutar plenamente de lo sustraído en esa ocasión. ¿Dónde encuentra la irracionalidad la defensa? Sostuvo que resultaba una torpeza llevar adelante el robo en una obra que quedaba a "la vuelta" de su casa. No es exacto. La obra en cuestión se localiza sobre una paralela a la calle donde se encuentra el domicilio de la madre de Schmidt Duarte. Domicilio que ocupó en su infancia pero del que partió cuando inició la convivencia con su pareja meses antes y a la que



había regresado unos días previos al hecho. También señaló el imputado en su informe social incorporado, que su centro de reunión con los amigos giraba en torno a la Plaza Marcos Sastre, a un kilómetro y medio de su domicilio y de la obra, por lo que la posibilidad de cruzarse con sus víctimas estaba suficientemente relativizada. De hecho, los obreros de la obra no lo conocían y pudo ser reconocido pues fue detenido de manera casi inmediata vistiendo la campera robada y llevando consigo los objetos sustraídos. Es cierto que _____ indicó que cuando cayó en el pozo de la obra, tuvo dificultades para reincorporarse, pero tal torpeza no permite concluir ningún grado de inconsciencia. El mismo examen que cita la defensa describe un conjunto de lesiones en el cuerpo del imputado, en particular en codo y rodilla que bien pudieron responder a esta caída y explicar las dificultades en reincorporarse. En cualquier caso, pese a esa situación, el imputado percibió rápidamente que _____ manipulaba el teléfono para llamar a la policía y aceleró su actuación para lograr escapar a tiempo”.

Y, con relación al hecho b) precisaron que:
“..._____ no ha podido o querido recordar los motivos por los que el imputado recriminaba a su hermano que permanecía impávido y sin reaccionar. Lo que describen tanto ella como _____ no es a una persona incoherente y errática sino a una persona ofuscada y agresiva, que finalmente cedió ante la intervención de terceros. El arrebato del teléfono celular de _____, llevado a cabo cuando la agresividad parecía disminuir, y precedido de la maniobra ardidosa de solicitar el aparato, aparece como una clara represalia a la intromisión de éste en la disputa. Se lo podrá tildar de inmaduro pero no de incoherente. Ejecutó la maniobra con habilidad y estuvo a punto de lograr fugarse. La destreza con la que actuó, corrió y se defendió en el interior del taxi pone en evidencia que no presentaba ninguna dificultad motriz ni





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

obnubilación de la conciencia. No obsta a lo antedicho que el robo lo llevara adelante en perjuicio de quien lo conocía y ante testigos que podían identificarlo. No es la primera vez que esto ocurre y los hechos de violencia y despojo a cara descubierta y en perjuicio de vecinos son habituales y no puede, de esa simple circunstancia, sacarse conclusión alguna [...] Sólo resta señalar que las supuestas conductas autolesivas que el imputado habría llevado a cabo cuando fue detenido, no son más que meras demostraciones de frustración ante el desenlace de los hechos que truncaron su camino poco antes de alcanzar su meta. La prueba de que hasta el momento de ser conducido al patrullero se encontraba lúcido y orientado, lo constituye el acta de detención de fs. 4, labrada por el Inspector Iñiguez. En ella se consignan los datos que sólo pudo brindar el imputado. Adviértase que tanto el apellido paterno como el apellido materno del imputado se encuentran mal escritos, respondiendo a la fonética que interpretó el policía y no a la grafía de un texto leído”.

Así las cosas, la valoración de los colegas de la anterior instancia, quienes reseñaron todos los elementos que le permitieron arribar a la determinación que la parte recurrente cuestiona, me exime de mayores consideraciones, toda vez que, lejos de lucir arbitraria, la resolución revela un análisis ajustado a las constancias reunidas en el debate y debidamente fundado.

En particular, cobra relevancia, tal como sostiene el tribunal de grado, que Schmidt Duartes se presentó a la obra en construcción con la excusa de hablar con el sereno para luego, una vez dentro del lugar, abordar a la víctima y desapoderarla de sus pertenencias.

Nótese respecto a ello, que cuando el damnificado advirtió las verdaderas intenciones del imputado quiso realizar una llamada a la policía, circunstancia observada por el propio Schmidt Duartes quién con el empleo de una pala de albañil que se encontraba



en el lugar procuró tener el suficiente control de la situación para continuar ejerciendo un poder intimidante sobre la víctima.

Que, con posterioridad a la sustracción del celular, la campera y la mochila, se dirigió a _____ donde tomó similar actitud al suceso antes descrito, replicando la modalidad y el objeto del desapoderamiento.

Ello así puesto que en este hecho -al igual que el anterior- todo comenzó con una conducta agresiva en tanto insultó a la Sra. Conde, en sus palabras el imputado le dijo "*cosas que no van*" relativas a su aspecto físico, e incluso sugirió agredirla físicamente cuando "*se le fue encima*" de modo amenazante. Y fue allí que a raíz de la intervención del Sr. _____, vecino del lugar, quién intentó calmar la situación el imputado, en consecuencia, le arrebató el teléfono celular de aquél para huir a bordo de un taxi.

Tampoco se puede soslayar que una vez subido al taxi, _____ al intentar hacer descender al imputado fue agredido por éste con la finalidad de no ser detenido. Y que luego, al arribar personal policial se mostró reticente a la orden de detención en cuanto ingresó al móvil policial, medida a la cual quiso resistirse golpeando el patrullero.

Frente a estas circunstancias, los avatares propios de la personalidad del imputado y la dificultad que tuvo a lo largo de su vida, los cuales se vieron reflejados en el consumo de sustancias estupefacientes para el momento de los hechos a las que hizo referencia en su declaración indagatoria no se vinculan con la materia central de discusión propuesta por el recurrente: la capacidad del sujeto de comprensión y dirección de los actos al momento de los hechos.

Es que, la adicción al consumo de sustancias no implica en sí misma alienación mental ni alteración morbosa de facultades,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

pese a haber desencadenado una postura agresiva en el accionar del imputado.

Por tanto, si bien al momento del hecho Schmidt Duarte podría haberse encontrado sumido en un consumo tóxico de sustancias y alcohol, lo cierto es que no es un dato que permita, por sí mismo, afirmar la falta de capacidad de comprensión y de dirección de las acciones, pues de acuerdo al examen de los testimonios y los informes médicos previamente recabados se presentaba como verosímil que en el momento del hecho el nombrado tuviera aptitud para comprender y/o dirigir sus acciones.

En este caso, a diferencia de lo sostenido por la defensa, el análisis del comportamiento del imputado durante el hecho revela un grado de planificación de la conducta –que se encontraba guiada por una motivación específica–, que permite concluir que aquél, sin dudas, comprendía su ilicitud. En efecto, concretar los actos criminales que el imputado se propuso emprender así como también su modalidad y los objetos sustraídos no dan cuenta de una actitud irreflexiva como argumenta la defensa.

Por lo demás, cabe destacar que aun considerando que algunos de los testigos refirieron al estado de intoxicación, aquello no desvirtúa la conclusión aquí propuesta, pues no se desconoce que Schmidt Duarte se encontraba intoxicado el día del suceso -tal como los informes médicos dieron cuenta-, sin embargo, ello, conforme se expuso, no es una circunstancia que determine por sí misma su capacidad para comprender y dirigir sus acciones.

Así las cosas, las observaciones efectuadas en cuanto al resultado de los informes toxicológicos que arrojaron un resultado positivo sobre un 0.68/1 de alcohol y presencia de cocaína, THC y benzodiazepinas no logran el grado de relevancia para la solución del caso que la parte recurrente pretender asignarle en el recurso interpuesto.



En ese sentido, el estado “*pseudo vigil*” sobre el cual se funda la tesis defensiva nada quita ni agrega a lo ya expuesto en tanto en ese mismo informe a fs. 34, y tal como se destacó en la sentencia impugnada, se dejó asentado que al momento del examen se encontraba “...*orientado, con conciencia de estado y situación, activo, tranquilo y colaborador*”.

IV. Sobre la base de todo lo expuesto se observa que, efectivamente, Schmidt Duarte comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones conforme a esa comprensión, por lo que no advirtiendo una errónea aplicación del derecho sustantivo ni una arbitrariedad en la fundamentación tocante a este punto de la sentencia recurrida propongo al acuerdo rechazar también este planteo de la defensa.

2. Agravio relativo a la errónea aplicación de la figura de robo agravado por el empleo de un arma.

I. En segundo lugar, el recurrente consideró que el tribunal *a quo* realizó una interpretación errónea respecto del concepto de arma al escoger la calificación legal del hecho I.

Sostuvo que el elemento empleado en el hecho -en este caso una pala de albañil- no tiene la finalidad de ataque o defensa ya que no fue creado con ese propósito y en todo caso el mayor poder ofensivo que podría representar para la víctima resulta una circunstancia a valorar al momento de la mensuración de la pena.

Argumentó que equiparar ese tipo de objetos, como lo es una pala, con el concepto de arma resulta una interpretación que lesiona el principio de legalidad, máxima taxatividad interpretativa de la ley penal, y prohibición de analogía *in malam partem* ya que carece de sustento legal en el art. 166.2.1, CP.

Para abonar a su postura citó antecedentes jurisprudenciales de las Sala I y II de esta Cámara.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

En consecuencia, solicitó se descarte la agravante de arma y se encuadre el hecho en el delito de robo simple (art. 164, CP).

II. Sentado ello, respecto de este punto, para fundar la calificación escogida el tribunal sostuvo que: *“...para lograr su objetivo debió quebrar la resistencia de los afectados y ello lo hizo atacando con inusual agresividad al dueño de parte de los objetos robados, empleando una pala de albañil [...] Claramente el imputado escogió un instrumento (la pala) que dirigió eficazmente para atacar al damnificado y, al hacerlo, convirtió en arma a la pala. No fue muy original. La pala, que integra familia de herramientas con azadones, azadas y hachas posee una estructura elemental de un palo a modo de asta con un componente de hierro en su extremo que la constituye en un elemento, apto, aunque primitivo, para lesionar –como efectivamente lo hizo- a una persona e incluso hacerlo de manera sumamente gravosa, lo que en el caso pudo evitar el casco de seguridad pero que quedó objetivado en la inflamación que impidió a _____ trabajar por tres días. Schmidt Duarte no amenazó con utilizar la pala para golpear a _____, la utilizó como instrumento ofensivo para asestar dos fuertes golpes en dirección a la cabeza de la víctima convirtiendo en arma ese instrumento”.*

Ahora bien, tengo opinión formada en cuanto a que el concepto de arma que señala la ley penal no es un elemento normativo de la tipicidad, sino antes bien empírico cultural. Es decir, su concepto no habrá que procurarlo en la ley de armas y explosivos, sino que tiene un sentido social, y su delimitación es tópica, atendiendo a cada caso en concreto, y juzgando el verdadero poder ofensivo del instrumento seleccionado por el atacante para el acometimiento al sujeto pasivo, siendo de particular relevancia el modo en el que lo hubiese empleado.

El planteo incoado en torno a esta temática, remite al concepto de arma impropia que sostuve al momento de tener que fallar en la causa n° CCC 58860/2013/TO1/CNC1, caratulada



“Aranda, _____ y Barla, _____ s/robo de automotor o vehículo en la vía pública” (Reg. n° 546/2016, resuelta con fecha 14 de julio de 2016 por la Sala III de este tribunal de casación); precedente a partir del cual he mantenido invariable mi postura relativa a esta problemática.

En efecto, en dicho proceso sostuve que “arma” es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa, como el que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse con ese fin. Así, considero que por arma debe entenderse, en consecuencia, tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona (v.gr. arma de fuego) como cualquier otro objeto que, sin tener esa aplicación, se ha transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente.

Asimismo, la agravante de la figura básica del robo resulta procedente cuando el elemento en cuestión es efectivamente empleado durante la ejecución del hecho.

Sobre el particular sigo en esto a Edgardo DONNA (Tratado, Parte Especial, t. II.B, Rubinzal, Bs. As., p, 163), cuando señala que nuestro código cuando agrava el robo por su comisión con armas, se refiere tanto a las propias como a las impropias.

Así las cosas, conforme fuera destacado en la sentencia impugnada, se encuentra fuera de toda duda razonable que el condenado Schmidt Duarte empleó una pala de albañil que encontró en la obra en construcción para atacar en la cabeza al damnificado _____.

En ese marco, recuérdese que conforme a la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada, el imputado _____ Schmidt Duarte golpeó la puerta de la calle _____, donde lo atendió _____ a quién le preguntó por el sereno de la obra en construcción. Una vez en el interior del lugar, el nombrado Schmidt Duarte comenzó a ponerse violento, invitó a pelear al resto





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

de los operarios que se encontraban en el lugar y tras ello agredió de un golpe en la cabeza a _____. Y que frente a esa situación, _____ intentó llamar por teléfono celular a la línea de emergencias 911, oportunidad en la cual sólo alcanzó a aportar el lugar del hecho ya que Schmidt Duartes al advertir esa circunstancia intentó sustraer el teléfono con el que estaba comunicándose para evitar que le diera aviso al personal policial; al no conseguirlo, tomó una pala de albañil que encontró en el lugar -y cuyas imágenes se encuentran agregadas a fs. 22- y le dio dos golpes en el brazo al Sr. _____ (quien lo antepuso con el fin de evitar que le impactara en su cabeza) para finalmente quitarle el celular y dirigirse al vestuario de los operarios y sustraer otras pertenencias.

En este contexto, se advierte que en el caso la utilización de la pala de albañil se dio en el contexto previo al desapoderamiento del celular del damnificado que intentaba pedir auxilio a la policía, y una vez neutralizado prosiguió con la sustracción de la campera y la mochila que se encontraban en el vestuario de los albañiles.

Así se observa que esta conducta -anterior- desplegada por el autor sin dudas resultó lo suficientemente peligrosa para herir o dañar al damnificado _____, y así no sólo poner en riesgo su integridad física -al respecto, recuérdese que durante su declaración refirió que “lo salvó el casco”- sino, a su vez, fue un intento por procurar la impunidad del plan criminal emprendido. Es decir, aquí el empleo del objeto no se trató de un peligro meramente potencial, por el contrario, la pala fue utilizada efectivamente contra el operario.

Con relación a esta conducta previa al desapoderamiento, dicha posibilidad se encuentra contemplada en tanto el art. 164, CP prevé que la violencia -en este caso física en las personas- “...tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”.



En esa inteligencia, las características del instrumento utilizado en el hecho aquí juzgado, con más la forma que fue empleada, satisfacen de manera suficiente a mi modo de ver las exigencias antes expuestas, en la medida que en el caso el uso de la pala de albañil resultó adecuada para incrementar el amedrentamiento a la víctima, inspirando temor.

Por lo tanto, la utilización aquí de dicho elemento, esto es una pala, como un instrumento contundente, en virtud de lo cual se le propinó sucesivos golpes en el brazo al señor _____, conlleva la correcta aplicación al presente caso de la figura contenida en el art. 166, inciso segundo, primer párrafo, del Código Penal (CP), tal y como lo dispuso el tribunal oral; razón por la cual, en lo que hace a este punto, la sentencia también deberá ser confirmada.

3. Agravio relativo a la errónea mensuración de la pena impuesta en el caso.

I. La defensa estimó infundado el monto de la pena establecido por considerar que las consideraciones vertidas respecto de las pautas de mensuración sopesadas por los jueces de la instancia anterior no satisfacían el requisito de motivación suficiente exigido en la norma (art. 123, CPPN).

En ese marco, criticó la mensuración realizada por el tribunal de mérito en tanto valoró circunstancias agravantes que no fueron solicitadas por el representante del Ministerio Público Fiscal, lo que, a su criterio, transgredió el principio acusatorio.

Además, adujo que el tribunal efectuó una errónea valoración al considerar como pauta agravante que se traten de dos hechos delictivos puesto que esa circunstancia ya se encuentra comprendida al momento de concursar en forma real los hechos imputados.

En cuanto a lo señalado por el tribunal *a quo* respecto a que “...el objeto del delito debe ser considerado en ambos casos”,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

sostuvo que esas consideraciones resultaban irrazonables ya que no se comprendía a que hacía referencia con esa expresión, si intentaba destacarse que en ambos casos fueron delitos contra la propiedad ni tampoco se encontraba justificado por qué agravaba la pena.

Expuso que se valoró también que Schmidt Duarte *“...despojó de sus pertenencias a dos obreros de la construcción construcción a uno de los cuales, al robarle la campera, le quitó la documentación personal su tarjeta de transporte y el escaso dinero que tenía”*, lo que no solo afectaba el principio acusatorio al no ser solicitado por el fiscal, sino que tampoco se comprendía porque tomaba como agravantes las pertenencias sustraídas cuando precisamente daban cuenta respecto del escaso valor que tenían, además de haber sido recuperadas con posterioridad al hecho.

Señaló que se tomó en consideración que en el hecho II *“...la tentativa de despojar del teléfono a _____, concluyó con la rotura de la pantalla del aparato, lo que implicó que su desaprensiva conducta terminara dañando el bien para su dueño”*. Entendió que esa afirmación carecía de sustento en tanto la rotura del teléfono se produjo en el marco del forcejeo entre su asistido y el damnificado

En esa línea, tachó de arbitraria las consideraciones efectuadas por el tribunal de juicio respecto a la violencia desplegada contra los damnificados puesto que el elemento típico del delito que se le reprochaba a Schmidt Duartes -robo- es la violencia, por lo tanto, se erigía en una doble valoración al no estar probado que las víctimas hayan sufrido una grave violencia.

Asimismo, la asistencia técnica de Schmidt Duartes sostuvo que si bien el tribunal de juicio mencionó las pautas atenuantes que reflejaban el estado de vulnerabilidad del imputado, lo cierto era que la pena de seis años de prisión resultaba excesiva.



En otro orden de ideas, sostuvo que el monto de pena impuesta por el tribunal -seis años- no atendía al cambio de calificación legal efectuado en el decisorio.

Argumentó que el tribunal de juicio aplicó un monto de pena desproporcionado al solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal puesto que al descartar la agravante del arma impropia en el hecho II en favor del imputado, ello debió conducir a un monto de pena menor al peticionado por la fiscalía, cercano al mínimo legal.

II. Sentado ello, cabe recordar que el representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato solicitó se tenga en consideración al momento de mensurar la pena, las siguientes circunstancias agravantes: a) el concurso entre ambos delitos, ya que, a su criterio, no resultaba lo mismo un hecho que dos; b) las características del suceso individualizado como “hecho 1” en tanto destacó que se trató de un robo con un nivel de violencia grave sobre las personas. Así, puntualizó que la utilización de la pala de albañil no fue con un grado de intimidación, sino que el autor puso en riesgo concreto la integridad física de la víctima golpeándolo, atacando de modo intenso y severo.

Al decidir, el tribunal de mérito valoró como pautas agravantes: a) *“...debe considerarse que se trata de dos hechos delictivos”*; b) el objeto del delito debe ser considerado en ambos casos. En particular, sostuvo que *“...más allá del precio objetivo de los bienes sustraídos, lo relevante es que el imputado tomó la decisión de despojar de sus pertenencias a dos obreros de la construcción a uno de los cuales, al robarle la campera, le quitó la documentación personal su tarjeta de transporte y el escaso dinero que tenía”* y respecto del segundo hecho *“...la tentativa de despojar del teléfono a _____, concluyó con la rotura de la pantalla del aparato, lo que implicó que su desaprensiva conducta terminara*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

dañando el bien para su dueño”; c) “...la violencia desplegada contra las personas en ambos casos es sumamente grave”.

Ahora bien, esta crítica no puede prosperar puesto que tal como se advierte del resumen efectuado más arriba, lo cierto es que el tribunal no se apartó de las circunstancias agravantes solicitadas por el fiscal en su alegato. Por el contrario, se observa que los magistrados de la instancia a fin de mensurar la sanción a imponer recogieron las consideraciones vertidas en la exposición de la fiscalía, las que fueron replicadas en la decisión impugnada en lo relativo a la cantidad de hechos delictivos -que se encuentran en concurso real entre sí- y la violencia desplegada por el autor en ellos.

Por ello, se observa que este cuestionamiento sólo se puede encontrar dirigido a la circunstancia agravante relativa a la selección de los damnificados, las características de los objetos sustraídos y la consecuencia en el segundo hecho.

En ese sentido, en lo que hace a la alegación de que el tribunal de mérito valoró pautas agravantes distintas de las mencionadas por el fiscal y que ello importó una situación sorpresiva, que importó un perjuicio directo para la defensa, cabe precisar, tal como lo sostuve en el precedente “**Rojas**”², en principio, no hay regla específica en el derecho positivo, ni jurisprudencia vinculante, que impida al tribunal considerar pautas agravantes que surjan de los hechos aun cuando no hubiesen sido contempladas en el alegato fiscal.

En tal sentido, se observa que un análisis de la decisión atacada revela que las pautas ponderadas por el *a quo* se refieren exclusivamente a las circunstancias de los hechos circunscriptos en la imputación -esto es que, el autor desapoderó a obreros de la construcción de sus pertenencias y en el segundo hecho el celular de la víctima quedó inutilizado-, que han sido indudablemente debatidas en la audiencia de juicio. Por ello, no puede afirmarse, como lo hizo la

² Sentencia del 26.04.2018, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, reg. n° 430.2018.



defensa, que las agravantes ponderadas por el tribunal resultaron sorprendidas para esa parte.

III. Aclarado ese extremo, no se observa que las pautas agravantes en sí resulten arbitrarias.

En lo que hace a la ponderación de la cantidad de sucesos el tribunal de juicio sostuvo que “...*debe considerarse que se trata de dos hechos delictivos lo que sugiere que la sanción debe apartarse del mínimo previsto para uno solo. Sin embargo, la proximidad temporal de ambos episodios atempera esta circunstancia, en particular atendiendo a que la decisión del segundo despojo se presenta como repentina y oportunista*”. Así, lo cierto es que no se aprecia, ni se considera que la parte recurrente logre demostrar, que haya existido arbitrariedad en el razonamiento del fallo, desproporción en la pena escogida o una errónea aplicación de los arts. 40 y 41, CP.

Es que esta ponderación no puede ser objeto de censura en tanto no es lo mismo juzgar un suceso de similares características que dos o más, pues cada uno de ellos representa una nueva lesión de bienes jurídicos y medidas e intensidad de reproche distintas. Por ello, resulta un elemento que puede valorar para ajustar la sanción aplicable dentro de una escala penal que, en el caso, por aplicación del art. 55, CP, prevé un mínimo de cinco años de prisión y se extiende a un máximo de diecinueve años.

Por lo demás, corresponde aclarar que si bien lo que la asistencia técnica del imputado intenta presentar como un agravio, lo cierto es que el tribunal de juicio consideró además que la proximidad temporal entre ambos sucesos atemperaba la mentada circunstancia agravante, pese a que fueron dos hechos delictivos.

Asimismo, a diferencia de lo sostenido por la defensa en su impugnación, tampoco luce arbitraria la pauta valorada en relación a que el objeto del delito debe ser considerado en ambos hechos. Vale





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

aclarar que, lo que pondera aquí el tribunal, es que el acusado en ambos sucesos sustrajo a los damnificados similares pertenencias personales.

Y es que su ponderación se desprende de la argumentación que a renglón seguido pasa a exponer el tribunal en cuanto a que *"...en particular, respecto del primero de los hechos, más allá del precio objetivo de los bienes sustraídos, lo relevante es que el imputado tomó la decisión de despojar de sus pertenencias a dos obreros de la construcción a uno de los cuales, al robarle la campera, le quitó la documentación personal su tarjeta de transporte y el escaso dinero que tenía. En el segundo caso, la tentativa de despojar del teléfono a _____, concluyó con la rotura de la pantalla del aparato, lo que implicó que su desaprensiva conducta terminara dañando el bien para su dueño"*.

Así, lejos de tratarse de una pauta irrazonable, este es un elemento plausible de consideración en la graduación de la pena aplicable.

A su vez, se observa que este cuestionamiento se encuentra relacionado con la siguiente crítica efectuada por la defensa en torno al escaso valor de los elementos sustraídos a los obreros de la construcción.

Así, lo que el *a quo* aquí destacó de manera razonable a mi parecer, es que con independencia del valor económico en sí que los objetos pudieran tener en el mercado, lo cierto es que no podía desatenderse el valor que los damnificados le asignaban a sus pertenencias, las cuales eran escasas y necesarias para manejarse en la vida cotidiana: un teléfono celular para comunicarse, una tarjeta SUBE para viajar, una campera para abrigarse, su documento de identidad y un poco de dinero en la billetera.

Por ello, no puede afirmarse, tal como lo hizo la defensa, que ésta agravante haya sido arbitrariamente ponderada por el tribunal.



Además, en lo que hace a la consideración de la violencia ejercida contra _____ cabe recordar que surge directamente de la descripción de la plataforma fáctica que se tuvo por probada en cuanto a que Schmidt Duarte “...ingresó a la obra en construcción ubicada en _____ de esta Ciudad con la excusa de querer hablar con el sereno” y una vez en el interior del lugar “...unavez en el interior agredió a éste y ante la intervención del operario _____, tomó una pala de albañil y le asestó dos violentos golpes dirigidos a la cabeza de este último”. Al respecto, en el debate oral y público el damnificado manifestó que en dado el ingreso de Schmidt Duarte a la obra en construcción, intentó llamar a la policía para pedir auxilio, momento en que el nombrado lo increpó preguntándole a quien llamaba y exigiendo que le entregara el teléfono, el cual resguardó; frente a esa circunstancia, Schmidt Duarte tomó una pala de albañil y le arrojó dos fuertes golpes en dirección a la cabeza, que pudo amortiguar con el brazo y el casco de protección que llevaba puesto.

El despliegue llevado a cabo por el imputado configura un exceso que rebasa los límites del tipo penal endilgado, a diferencia de lo que aduce la asistencia técnica. Por lo tanto, lo dicho revela un *plus* de violencia en la acción desplegada por Schmidt Duarte, que torna plausible su valoración como circunstancia agravante (cfr. Art. 41, inc. CP).

Por último, la consideración como agravante de la circunstancia de que el celular del damnificado _____ terminó con la pantalla rota resulta plausible, pues, en definitiva, remite a la extensión del daño causado con el accionar del justiciable, extremo que se encuentra expresamente comprendido dentro de las pautas establecidas en el art. 41, CP.

Por lo demás, la posibilidad de ponderar las circunstancias relativas a la naturaleza y modalidad de los hechos,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

como las mencionadas anteriormente, se encuentra expresamente comprendida en el art. 41, inc. 1°, CP. Dicho precepto establece que a los efectos de fijar la pena se tendrá en cuenta “[L]a naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligros causados”.

Por ello, más allá de lo alegado por la defensa, lo cierto es que su ponderación no importó una errónea interpretación de la ley sustantiva.

IV. Con relación al agravio concerniente al cambio de calificación legal del hecho 2 imputado, no se advierte cómo éste repercutiría en el monto de la sanción impuesta dada la pertinencia de las pautas agravantes valoradas en la sentencia.

En ese sentido, debe recordarse que sobre este tema en el precedente “**Perazzo**”³ en el cual adherí al voto del colega Sarrabayrouse se dijo, con remisión al precedente “**Habiaga**”⁴, que el cambio en la calificación legal no se traduce *necesariamente* en la reducción de la pena sino que ello deberá ser analizado en cada caso.

En el caso de autos, no se aprecia cómo un cambio de la calificación legal de los sucesos imputados deba traducirse necesariamente en la disminución de la pena impuesta. Ello, máxime cuando el tribunal de juicio fijó la pena a imponer en seis años de prisión, es decir, el mismo monto solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato final; y por ende, recogiendo su pretensión y no excediéndose del pedido solicitado.

Por lo cual, la circunstancia sola que el tribunal, en el caso particular, haya elegido una calificación jurídica diferente del hecho (menos gravosa) no implica necesariamente que deba disminuirse la pena determinada en la proporción equivalente a la solicitud de la fiscalía.

³ Sentencia del 14.10.2021, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, reg. n° 1533/2021.

⁴ Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 934/16.



V. En lo que hace a las circunstancias atenuantes, el tribunal interviniente consideró aquellas condiciones personales de Schmidt Duarte que entendió relevantes a los fines de graduar la pena, las que coinciden, en gran medida, con las mencionadas por la defensa.

Así la sentencia valoró como circunstancias atenuantes que: a) “..._____Schmidt Duarte, es una persona joven, que no parece haber tenido una contención familiar adecuada lo que lo llevó a dejar prematuramente sus estudios y consumir sustancias desde niño”; b) “...no ha tenido trabajos formales ni constantes, atravesando momentos de extrema vulnerabilidad, viviendo en situación de calle”; c) “...no obstante que se ha descartado de plano que el imputado haya actuado en estado de inimputabilidad, lo cierto es que se registra un efectivo consumo de alcohol previo a los hechos que pudo haber facilitado la acción”.

Así planteadas las cosas, lo primero que debe decirse es que la pena escogida por el tribunal *a quo*, por demás cercana al mínimo legal, no resulta desproporcionada a las circunstancias agravantes del injusto típico relevadas en los hechos probados en la sentencia.

Sin perjuicio de ello, también es cierto que la adicción a los estupefacientes así como también su situación de vulnerabilidad socioeconómica no necesariamente habrá de significar en todos los casos una razón aminorante de la pena a imponerse, aunque en este caso las razones exteriorizadas en la sentencia debieron conducir a una reducción mayor de la graduación del castigo.

Ello así, puesto que no se trata de justificar conductas delictivas a causa de las condiciones económicas y el consumo adictivo de drogas en la medida en que el injusto no se exonera ni se mengua por ello, sino de medir la reprochabilidad de ese mismo injusto, en cuya labor no pueden dejarse de lado las circunstancias





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

personales del justiciable, entre ellas, a no dudar, el consumo adictivo de estupefacientes y la situación de vulnerabilidad. Por estas razones, entiendo que estas pautas atenuantes debieron tener una indulgencia concreta mayor en la medición del castigo por parte de los magistrados.

En virtud de todas las consideraciones realizadas estimo adecuado imponerle al nombrado _____Schmidt Duarte la pena de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, por el delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de un arma en concurso real con robo, en grado de tentativa (arts. 164 y 166, inc. 2°, 1° párrafo, ambos CP).

IV. En consecuencia, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de _____Schmidt Duarte, casar el punto VI de la decisión impugnada en lo que respecta a la pena de seis años impuesta al nombrado y fijarla, en cambio, en cinco (5) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, sin costas en esta instancia; debiendo rechazarse el recurso de casación intentado respecto de los restantes puntos de agravios (arts. 40, 41, 45, 55, 164, 166 inc. 2°, párrafo 1°, CP y arts. 456, 463, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

Tal es mi voto.

El juez Bruzzone dijo:

1. En lo atinente al agravio relativo a la aplicación del art. 34, inc. 1°, CP, coincido con el análisis y la propuesta del colega Días. En efecto y tal como lo puso de resalto, el tribunal de mérito valoró -con relación a ambos hechos- que el alcohol y los estupefacientes hallados en el organismo del imputado -cocaína, THC, y benzodiazepinas- en todo caso pudieron mermar su capacidad de culpabilidad -motivo por el cual su consumo fue considerado como atenuante a la hora de graduar la pena- mas no eliminarla. En



esa dirección, se valoró que el peritaje efectuado antes de transcurridas veinticuatro horas desde los hechos concluyó que Schmidt Duarte *“presenta en el aquí y ahora sus facultades mentales compensadas psiquiátricamente”*. Asimismo, aclaró que si bien en el informe de fs. 34 figura que se encontraba *“pseudovigil”*, seguidamente se asentó que *“tiene conciencia de estado y situación”* y que, al ser examinado, se encontraba *“activo, tranquilo y colaborador”*. Además, se destacó que de la propia secuencia de los hechos podía colegirse que aquel comprendió los alcances de su accionar, en tanto, para lograr su cometido en el primero de los hechos investigados, distrajo al sereno de la obra en construcción en la que entró a robar, como así también se resaltó *“la destreza con la que actuó, corrió y se defendió en el interior del taxi”* al que se subió para huir tras la comisión del segundo de los hechos investigados, en tanto *“pone en evidencia que no presentaba ninguna dificultad motriz ni obnubilación de la conciencia”*. Por último, al ser detenido por personal policial, brindó sus datos para completar las actas respectivas.

Considerando tales premisas, entiendo que el razonamiento desarrollado en la sentencia ha observado las reglas de la valoración de la sana crítica racional, de modo que resulta suficiente para descartar la inimputabilidad alegada por la defensa.

2. Con relación al agravio dirigido contra la calificación legal del hecho “a”, debo decir que en numerosas ocasiones he tenido oportunidad de expedirme en relación con distintos elementos respecto de los cuales se discutía si podían ser considerados *“arma”* a los fines de la agravante del art. 166, inc. 2, del CP⁵.

Desde que fui integrante de la Cámara del Crimen vengo sosteniendo, a modo de ejemplo, que no son armas: un palo de

⁵ Véase, a modo de ejemplo, *“Aranda”*, Reg. n° 673/2022; Rta. el 17/05/2022; jueces Bruzzone, Rimondi y Divito.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

madera⁶, una baldosa⁷, el pico de una botella de vidrio⁸, un cinturón ni un trozo de alambre⁹; entre otros.

En el presente caso, la discusión gira en torno a decidir si una *pala de albañil* ingresa dentro del concepto de arma. La justificación de por qué este elemento, blandido para concretar un desapoderamiento, no puede ser considerado un “*robo con armas*” es de sencilla explicación: ese objeto no es técnicamente un arma, sino que se trata de una herramienta fabricada para otra finalidad que la de atacar personas.

A modo de síntesis, corresponde citar el caso “**Castañeda Chávez**”¹⁰, a cuyos argumentos me remito y doy por reproducidos en honor a la brevedad, donde se discutía algo similar, específicamente, si la pata de una silla (un palo) podía ingresar dentro de los márgenes de lo que es un arma.

Allí, se dijo que, si bien se trata de elementos que, utilizados de la manera en que lo hizo el imputado, le otorgan al agresor una mayor capacidad ofensiva, por ese solo hecho no pueden ser incluidos en el concepto de arma. La extensión, para casos como el presente, de la agravante del art. 166, primera parte del inc. 2°, del C.P., excede los alcances de lo que podemos considerar interpretación extensiva, para ubicarse en el plano de la interpretación analógica *in malam parte* que se encuentra vedada, conforme se desprende, de los efectos y consecuencias, del mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos de la parte especial de acuerdo al principio de legalidad (art. 18 de la CN).

6 C. N. Crim. Corr., Sala I, “*Cortez*”, c. 25.345, rta. 31/3/05; C. N. Crim. Corr., Sala de FERIA C, “*Wallace*”, c. 39, rta. 7/1/05; C. N. Crim. Corr., Sala I, “*Ovejero*”, c. 27.136, rta. 19/9/05.

7 C. N. Crim. Corr., Sala VI, “*Ragonosa*”, c. 35.315, rta. 10/7/08; C. N. Crim. Corr., Sala I, “*Álvarez*”, c. 23.368 bis, rta. 6/5/04.

8 C. N. Crim. Corr., Sala V, “*C., P. D.*”, c. 8780, rta. 16/4/13; C. N. Crim. Corr., Sala I, “*Velazco*”, c. 27.102, rta. 15/9/05.

9 C. N. Crim. Corr., Sala V, “*Chambi Choque*”, c. 24.863, rta. 6/8/04.

10 CNCCC, Sala 2, “*Castañeda Chávez*”, reg. 670/15, c. 59.245/13, rta. 18/11/15; votos de los jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse.



Así las cosas, disiento en este aspecto de la solución propuesta en el voto que encabeza este acuerdo y, en consecuencia, voto por hacer lugar al planteo de la recurrente y encuadrar jurídicamente el hecho en el delito de robo simple (art. 164, CP).

3. Ahora bien, la propuesta efectuada en el punto anterior, impone revisar la pena impuesta a Schmidt Duarte en función del cambio en la calificación legal. En esta dirección, si bien coincido con el juez Días en cuanto a que el análisis efectuado por el tribunal de grado en lo relativo a las agravantes del caso no fue arbitrario ni tampoco lo fue el hecho de aplicarle la misma pena que pidió el fiscal pese a haber subsumido el hecho “b” bajo una calificación legal más benigna –robo simple en grado de tentativa, frente al robo agravado por su comisión con armas, en tentativa, propiciado por la fiscalía– (nótese que la pena impuesta se alejó en tan solo un año del mínimo previsto para el concurso de delitos por el que el imputado fue condenado), todo ello debe ahora ser nuevamente ponderado –al igual que el valor asignado al atenuante relativo al consumo de estupefacientes por parte del imputado, que la defensa reclama–, tras haberse llevado a cabo ante este tribunal, la audiencia de *visu* estipulada en el art. 41, CP.

Así las cosas, estimo que una pena de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas resulta proporcional a su grado de culpabilidad (teniendo en cuenta la nueva escala aplicable en función de las modificaciones propuestas, que oscila entre el mes y los diez años de prisión), al tiempo que resulta adecuada a los fines preventivo-especiales que deben regir la ejecución de toda pena privativa de la libertad.

4. En conclusión, voto por hacer lugar parcialmente al recurso, casar el punto I de la sentencia impugnada, reemplazar la calificación legal del hecho “a” por la de robo simple y la pena





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 80626/2019/TO1/CNC2

impuesta por la de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas, y rechazar el recurso intentado en todos los restantes puntos que fueron motivo de agravio, sin costas en atención al resultado (arts. 40, 41, CP; arts. 456, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez Morin dijo:

1. En lo que se refiere a los reproches de la defensa dirigidos a evidenciar una arbitrariedad en el razonamiento probatorio desplegado por el tribunal de grado al descartar la aplicación al caso del art. 34 inc. 1, CP, comparto -en lo sustancial- las valoraciones efectuadas por mis colegas preopinantes y, por lo tanto, la solución que a este respecto propician.

2. Por otra parte, en punto a la calificación legal aplicable al hecho “a”, concuerdo con la conclusión a la que arribó el juez Bruzzone en el punto 2 de su voto, de conformidad con los parámetros definidos en el caso “**Maltez y Engler**”¹¹.

3. Asimismo, y tal como lo destaca el colega mencionado en último término, el cambio de calificación decidido conduce a establecer un nuevo *quantum* punitivo a Schmidt Duarte.

A estos efectos, partiendo de las pautas valoradas por el *a quo* -que a mi criterio se adecuan a los lineamientos dados en el caso “**Bazán**”¹²- y de la impresión causada por el nombrado en la audiencia prevista en el art. 41, CP celebrada en esta instancia, estimo razonable el monto propuesto por el juez Bruzzone en el punto 4 de su voto.

4. Sobre esta base, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Schmidt Duarte, casar el punto I del pronunciamiento impugnado, reemplazar la calificación legal del hecho “a” por la de robo simple y la pena impuesta por la de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas, y rechazar el recurso intentado en lo que se refiere a los

¹¹ Causa n° 3447/2016/TO1/CNC2, rta. el 23/8/17, registro n° 706/17.

¹² Cfr. causa n° 22490/2018/TO1/CNC1, rta. el 24/11/21, reg. n° 1799/21.



restantes motivos de agravio; sin costas en la instancia, atento al resultado (arts. 456, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de _____ Schmidt Duarte, **CASAR** el punto I del pronunciamiento impugnado y, en consecuencia, **REEMPLAZAR** la calificación legal del hecho “a” por la de robo simple y la pena impuesta por la de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas, y **RECHAZAR** el recurso intentado en lo que se refiere a los restantes motivos de agravio; **sin costas en la instancia**, atento al resultado (arts. 456, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, comuníquese mediante medios electrónicos al tribunal de la instancia –el cual deberá notificar personalmente al imputado lo aquí decidido–, notifíquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase la causa oportunamente.

Sirva la presente de atenta nota de estilo.

DANIEL MORIN

HORACIO L. DÍAS
-en disidencia parcial –

GUSTAVO BRUZZONE

JOAQUIN MARCET
PROSECRETARIO DE CAMARA

