

Reg.: A y S t 245 p 275-286.

En la ciudad de Rosario, a los veintisiete días del mes de agosto del año dos mil doce, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbetta, Rafael Francisco Gutiérrez, M. Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia de la titular doctora M. Angélica Gastaldi, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "A., N. M. y otro -Robo calificado por uso de arma blanca- sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. N° 98, año 2011). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Erbetta, Gastaldi, Spuler, Gutiérrez y Netri.

A la primera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. Por decisión del 29 de octubre de 2009, la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario revocó lo resuelto por el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 3 de esta ciudad -que había absuelto a las imputadas- y condenó a N. M. A. y a E. V. C. como coautoras penalmente responsables del delito de robo calificado por uso de arma blanca, imponiéndoles a ambas la pena de 5 años de prisión, accesorias legales y costas (art. 166, inc. 2, párr. 1° del C.P.; arts. 402 y 168 del C.P.P.).

2. Contra dicha resolución, el Defensor de E. V. C. interpone recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/8v.).

Al fundar la procedencia de la vía intentada, afirma el impugnante que el fallo de Cámara que condena a las encartadas resulta arbitrario por distintas razones.

De este modo, invoca en primer término la presencia de "arbitrariedad normativa por falta de motivación suficiente", cuestionando que el Tribunal a quo haya justificado la contradicción entre los dichos de la víctima y lo plasmado en el acta policial (en relación al modo en que fueron detenidas las imputadas) mediante una hipótesis -diferencia entre personal policial que intervino en el procedimiento y que labró el acta- que no fue mencionada previamente en el proceso ni avalada por ninguna prueba.

Se agravia asimismo el Defensor de que se haya asignado valor probatorio a la declaración de la víctima y a su sindicación de las detenidas como las coautoras del hecho, dado que "tal como ocurrieron los acontecimientos (...) no es de extrañar que la declaración de la Sra. V. sea consistente con la exhibición ilegítima de las encartadas" (f. 4).

Agrega el impugnante que la descripción de la vestimenta que llevaban las imputadas no pudo ser confrontada con las fotografías por no ser éstas de cuerpo entero y que, además, si bien según el testimonio brindado por la víctima "una de ellas (...) vestía remera roja con pantalón negro" y la otra "una musculosa color gris con pantalón blanco a rayas turquesa", personal policial consignó que N. A. vestía "una remera de color roja, un pantalón gris y zapatillas blancas" y E. C. "una musculosa color gris, una bermuda color rosado con vivos azules y zapatillas blancas", existiendo por ende diferencias entre ambas versiones (fs. 4/v.).

Concluye, en relación a esta causal de arbitrariedad, que no se exteriorizaron las razones que llevaron al A quo a resolver la condena de las procesadas, habiendo quedado los motivos "en la esfera íntima del juzgador" (f. 5v.).

A continuación alega el compareciente la existencia de "arbitrariedad normativa por interpretación inexacta", cuestionando que la Cámara haya convalidado el accionar policial a pesar de haberse incumplido las formas previstas en el artículo 190 V, inciso 7 del Código Procesal Penal, por haberse realizado la requisita personal sin la presencia de los testigos necesarios para su validez y sin tampoco justificarse su ausencia a pesar de tratarse de un lugar, horario y época del año en el que circulan gran cantidad de rodados y peatones.

En tercer término, invoca el recurrente la "arbitrariedad por ilogicidad" del fallo, por cuanto -manifiesta- si bien se reconoce allí la existencia de contradicciones entre los dichos de la víctima y el acta de procedimiento policial, se asigna luego veracidad a ambos, desconociéndose el axioma lógico de no contradicción. Concluye que no se probó cuál de las versiones es cierta, pudiéndose especular que la policía y la víctima mintieron o que tuvieron una apreciación errónea de los hechos, entendiéndose que en todo caso no se alcanzó la certeza necesaria para el dictado de una condena (fs. 6v./7v.).

En cuarto lugar, alega que incurrió la sentencia de la Sala en arbitrariedad fáctica por prescindir de pruebas válidamente incorporadas y de hechos notorios, por basarse en probanzas inexistentes o no agregadas legalmente y por soslayar la falta de otras que no se produjeron (como el reconocimiento en rueda de personas y el examen médico a la víctima).

3. El A quo, por auto 563 fecha 23 de diciembre de 2009, resuelve denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/15v.).

Tal denegación motiva la presentación directa del impugnante ante esta Corte, momento en el cual agrega que el fallo del A quo viola la garantía de doble conforme jurisdiccional (arts. 8.2.h C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P. en función del art. 75 inc. 22 C.N.), ya que ante la absolución por el Juez de grado y la condena en Cámara, esta última sentencia carece de una instancia superior que posibilite el reexamen de su legalidad, solicitando a esta Corte que habilite la instancia declarando

inconstitucional cualquier limitación al acceso del condenado al doble conforme. (fs. 33/43, expte. C.S.J. N° 18/10).

4. Este Tribunal, en fecha 03.08.2010, como medida para mejor proveer, dispone la elevación de los autos principales (f. 50, expte. C.S.J. N° 18/10) y recibidos, vuelve la causa a estudio.

5. Mediante resolución registrada en A. y S. T. 239, págs. 81/83 esta Corte admite la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de E. V. C..

En el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, estimo que corresponde ratificar tal conclusión, ello de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 18/20).

Por ello, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Spuler, Gutiérrez y Netri expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. En primer término debe destacarse una circunstancia particular de la presente causa: la resolución atacada, al revocar la absolución pronunciada en baja instancia, constituye la primera sentencia de condena que se dicta en contra de la imputada impugnante E. V. C.. Siendo ello así, se impone dar andamiaje a la garantía consagrada en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional-.

De este modo, y de conformidad con el criterio adoptado por este Tribunal en casos como el de autos (A. y S. T. 229, pág. 352) para sentencias anteriores al dictado del fallo "Alí" (A. y S. T. 234, pág. 378), cabe efectuar la revisión de la sentencia de condena a través de los remedios contemplados en la ley 7055, pero interpretados éstos con el alcance que surge del fallo "Casal" (Fallos:328:3399) del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación y "Herrera Ulloa" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 02.07.2004, por lo que se realizará un examen amplio e integral del pronunciamiento impugnado.

2. En esa tarea, el análisis de las vicisitudes de la causa permite comprobar la existencia de un vicio en el procedimiento previo al dictado del fallo por parte de la Cámara y que determina su nulidad.

En efecto, no existe constancia de que los Jueces de Alzada que revocaran la absolución de E. V. C. y resolvieran condenarla -por considerarla coautora penalmente responsable de un hecho de robo calificado por uso de arma blanca- hayan tomado conocimiento directo y "de visu" de la imputada en algún momento del proceso, tal como prescribe el artículo 41, inciso 2 "in fine" del Código Penal.

Y tal como expusiera en mi voto en los autos "M., M. A. -Portación ilegal de armas de guerra- sobre Recurso de Inconstitucionalidad" (Expte. C.S.J. N° 106/2010) pronunciamiento de esta Corte recaído en el día de la fecha, entiendo que el artículo 41 "in fine" del Código Penal, al establecer que "... el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto...", instaura una audiencia entre el magistrado y el encartado que, al garantizar un mínimo de contacto inmediato del procesado con los jueces que han de fallar, resulta de realización ineludible previo al dictado de un fallo condenatorio en un sistema de proceso penal escrito como el que fuera empleado en este caso.

En consecuencia, en virtud de los fundamentos expuestos en el precedente referido, corresponde concluir en la descalificación del fallo de Cámara, sin que sea óbice para ello el hecho de que el agravio no haya sido planteado por la parte defensiva, al ser la aludida audiencia en casos como el presente imprescindible para garantizar al imputado el derecho a ser oído por la autoridad jurisdiccional -derecho reconocido por los arts. 14.1 del P.I.D.C.P. y 8.1 C.A.D.H., con jerarquía constitucional en función del art. 75 inc. 22 C.N.-, integrando la garantía del debido proceso y viciando su omisión de manera absoluta el procedimiento, justificándose la declaración de oficio de la nulidad.

3. Finalmente, advirtiéndose que tampoco ha efectuado la Cámara la audiencia "de visu" de la coimputada N. M. A. previo a revocar su absolución y condenarla también como coautora de robo calificado por uso de arma blanca, y considerando las particulares circunstancias del caso, corresponde extender los efectos del fallo a su respecto conforme lo prevé el artículo 410 del Código Procesal Penal.

Como consecuencia de todo lo expuesto, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi dijo:

1. En casos como el presente -de primera sentencia condenatoria en Cámara- corresponde a esta Corte garantizar la amplitud de examen a los efectos de asegurar la garantía de doble instancia (art. 8.2.h, C.A.D.H.), atendiendo los compromisos asumidos por el Estado de respetar y adoptar las medidas necesarias para tornar efectivos los derechos y libertades que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce (arts. 1 y 2 de la C.A.D.H.) en virtud de los artículos 75 inciso 22 y 31 de la Constitución nacional.

Desde tal perspectiva, deben analizarse ampliamente los reproches que deduzca la

defensa contra el pronunciamiento impugnado (cfr. precedentes "Herrera Ulloa" de la C.I.D.H., "Casal" y "Merlo" de la C.S.J.N.).

2. En este cometido, no agraviándose el impugnante ni formulado cuestionamiento a la determinación de la pena por prescindencia de la audiencia "de visu" en Cámara (art. 41, inc. 2, C.P.), no corresponde su tratamiento en exceso del marco recursivo sometido a examen. No advirtiendo -por otra parte- yerro o vicio absoluto que pudiera imponer la oficiosa anulación de la sentencia condenatoria.

Ello es así, por cuanto sabido es que los objetivos enunciados por el Proyecto de 1917, que modificó el artículo 41 del Código Penal introduciendo la audiencia "de visu" se plasmó con la intención práctica de evitar la delegación de funciones en la determinación de la pena, garantizando un mínimo de inmediación para esa etapa. En este aspecto, resultan esclarecedoras las expresiones de la Comisión redactora cuando señalara haber tenido en cuenta que "entre nosotros es frecuente la delegación de funciones, lo que da lugar que se condene a penas graves a un sujeto sin que el juez de Instrucción o de sentencia haya tenido la oportunidad de verlo porque se deja obrar a la policía, al secretario y a los empleados inferiores", creyéndose oportuno exigir la acción directa y personal del magistrado.

Así en la última parte del artículo 41, se establece que el juez deberá tomar conocimiento directo y "de visu", tanto "del sujeto", como "de la víctima" y "de las circunstancias, en la medida requerida para cada caso". Esta modificación implicó un giro significativo, permitiendo "identificar el germen de una etapa procesal cuyo objetivo específico es individualizar la sanción", con el fin de que "exista un momento dentro del proceso cuya función exclusiva sea procesar en forma racional la multiplicidad de datos que pueden ser relevantes para resolver cuál es la reacción penal más adecuada", y cuya comprobación pueda resultar de peso desde el punto de vista de la prevención especial (ver en tal sentido, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirección: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Artículos 40/41 a cargo de Ziffer, Patricia, pág. 94).

Por tanto, entiendo que "el visu" resulta una exigencia particularmente impuesta a los magistrados para una adecuada determinación de la pena, acorde con los cánones de individualización propios del artículo 41, que más allá de no considerarse taxativos, prescriben pautas de fundamentación que no deben soslayarse. Es decir, "el visu" está previsto como necesario para una adecuada fundamentación de la pena dentro de los marcos indicativos del mismo texto y para cuya determinación no pueden escudarse los jueces en la mera discrecionalidad de su elección.

Señalada la trascendencia de la cuestión, pero más allá de ello, suscitan interrogantes en orden a la declaración de nulidad, de aquellos supuestos donde la pena se impone en la cuantía mínima y cuando no se invocan circunstancias que de haber sido comprobadas y atendidas hubieran llevado como resultado a la modificación de la sanción impuesta, erosionando el límite mínimo mismo de la escala penal.

En este marco, entiendo que aun cuando corresponda remarcarse la exigencia funcional de la Judicatura de realizar la audiencia "de visu", ello no quita que su invalidación exija un expreso cuestionamiento respecto de la pena impuesta, alegándose -en concreto- circunstancias de significación que, de ser sopesadas y atendidas, incidan en la individualización de la pena.

El criterio explicitado, a mi juicio, concuerda con precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales -aun mediando expreso agravio por falta de audiencia "de visu"- fueron desestimados por inadmisibles; así en fallos "Domínguez, Ramón s/ uso de documento de identidad falso" del 10.08.2010 -D. 535.XXXIX-, "Rolich, Walter Ariel s/ homicidio simple" del 18.10.2011 -R. 1257.XLII-, "Rurak, Martín Antonio y otro s/ instigador de robo calificado por uso de arma -Expte. 8/808- s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad" del 30.08.2011. Como así también el criterio puede colegirse de las resoluciones "Argul" (Fallos:330:5212) en la cual -sin reenvío alguno- en voto disidente el señor Ministro doctor Zaffaroni hizo lugar al recurso, revocó el pronunciamiento y -sin audiencia "de visu"- condenó por el mínimo legal y de "Tejerina" (Fallos:331:636) en el voto del señor Ministro doctor Maqueda en el que mensuró la pena y sin "visu", aplicó el mínimo previsto en la respectiva escala.

Corresponde aclarar, sin embargo, que no caben descartar supuestos donde dicho déficit proyecte consecuencias anulatorias, tanto en aquellos casos en que la pena impuesta se evidencie como gravemente irrazonable (vide, "Maldonado", Fallos:328:4343), o se demuestre como carente de una adecuada fundamentación.

Con particular referencia al "sub lite", imponiéndose por la Alzada el mínimo de la escala penal a la justiciable (mayor de edad) y no agraviándose la misma de la falta de audiencia "de visu" ni demostrado el perjuicio concreto que ello se hubiera irrogado, no comparto el criterio por la oficiosa anulación no advirtiendo yerro o vicio absoluto.

3. En el cometido de examinar ampliamente (cfr. art. 8.2.h de la C.A.D.H.) entiendo que asiste razón al recurrente en cuanto se advierten contradicciones en las hipótesis fácticas que sustentaron el relato de la víctima y el acta de procedimiento respecto de la aprehensión de las justiciables (vide fs. 2, 7 y 42 de los autos principales) que no lograron superarse, resultando estas hipótesis fácticamente contradictorias. Que asimismo, se encuentra también desmerecida la

requisa personal y el secuestro del arma blanca efectuados sin la presencia de testigos (art. 190 V, inc. 7 del C.P.P.) no consignándose los motivos por los cuales se omitiera tal exigencia. Asimismo, no se advierte tampoco correspondencia entre la descripción de las vestimentas sindicadas por la víctima como las que tenían las autoras del hecho, y las que lucieran A. y C. al momento de su detención, salvo la remera roja de la primera. Tampoco se constataron las lesiones que afirmara haber padecido la víctima, ni se trajo a juicio a la persona que dijo le prestó auxilio, a los efectos de apuntalar los dichos de la denunciante, que recuperó su cartera en las inmediaciones sin que le faltare nada.

El plexo probatorio descripto, sumado a la negativa ensayada por la justiciable en su defensa material, vislumbra la endeblez probatoria que el caso presenta, y en la que -oportunamente- se sustentara el "in dubio pro reo" del fallo absolutorio de primera instancia.

Por las razones expuestas, considero que la sentencia condenatoria de la Alzada resulta carente de fundamentación suficiente para superar el "in dubio pro reo" en el que se sustentó la absolución del Juez de Primera Instancia (en igual sentido, ver A. y S. T. 217, págs. 31/40) conculcándose la garantía constitucional de presunción de inocencia (art. 18 C.N., 8.2 C.A.D.H., art. 14.2 P.I.D.C.P. en virtud del art. 75 inc. 22 Constitución nacional).

Es consecuencia ineludible de lo expuesto, que el decisorio atacado debe ser anulado como acto jurisdiccional.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler dijo:

1. Liminariamente, debe destacarse una circunstancia particular de la presente causa, constituida por el hecho de que la resolución de la Cámara es revocatoria de una absolución dictada en primera instancia y se erige como la sentencia de condena contra el imputado.

Siendo ello así, se impone dar andamiaje a la garantía consagrada en los artículos 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que -de conformidad con el criterio adoptado por este Tribunal en casos similares antes del dictado del fallo "Alí" (A. y S. T. 234, pág. 378)- cabe efectuar a través de los remedios contemplados en la ley 7055, interpretados éstos -dada la especificidad del "sub iudice"- con el alcance que surge del precedente "Casal" (Fallos:328:3399) del máximo Tribunal de Justicia de la Nación.

En suma, corresponde a esta Corte -como "tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica" al que emitió la condena ("Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", del 02.07.2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)- realizar un examen amplio del decisorio impugnado a fin de satisfacer el derecho constitucional a recurrir la sentencia condenatoria.

2. En esa tarea, el análisis de las vicisitudes de la causa permite comprobar la existencia de un vicio en el procedimiento previo al dictado del fallo por parte de la Cámara y que determina su nulidad.

En efecto, no existe constancia de que los Jueces que emitieron la condena -en este caso, quienes integraron la Cámara- hayan tomado conocimiento directo y "de visu" de la imputada en algún momento del proceso, tal como prescribe el artículo 41, inciso 2° "in fine" del Código Penal.

Esta norma establece que "el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto", disposición que tiende a asegurar un mínimo de intermediación entre el juez y el justiciable, particularmente en sistemas de enjuiciamiento escritos -como los vigentes en el país al tiempo de sanción del Código Penal y que subsiste, en gran medida, en la Provincia-.

En orden a ello, tal como expongo en mi voto en autos "M., M. A. -Portación ilegal de arma de guerra- sobre Recurso de Inconstitucionalidad" (Expte. C.S.J. N° 106/2010) pronunciamiento de esta Corte recaído en el día de la fecha a cuyos fundamentos remito "in extenso", considero que un mínimo contacto directo e inmediato entre la imputada y el juez competente para dictar la condena resulta una exigencia que hace al debido proceso, al constituir un estándar mínimo que en el caso de no ser respetado, conduce a descalificar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

En el "sub examine", si bien es cierto que el Juez de Primera Instancia celebró la audiencia "de visu" (f. 111 de los principales), su pronunciamiento fue absolutorio y la apelación del fallo por parte de la fiscalía, habilitó a la Cámara a pronunciarse por la condena o la absolución, por lo que ésta no podía obviar -en el ejercicio de la función jurisdiccional- tomar el conocimiento directo de la persona de la imputada antes de dictar la sentencia y determinar la pena, ni ignorar el derecho de aquella a conocer a los jueces que la podían condenar y a expresarse frente a ellos.

3. En orden a lo antes señalado, como sostengo en el precedente citado, el hecho de que el agravio no haya sido planteado por la parte defensiva, no impide decidir así en la medida que la audiencia "de visu" integra la garantía del debido proceso y su omisión vicia de manera absoluta el procedimiento, con lo cual la nulidad puede ser declarada de oficio por este Tribunal.

4. Por las razones expuestas, la respuesta jurisdiccional del A quo no puede ser vista como la necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa, extremo que torna procedente su anulación con sustento en el artículo 1, inciso 3° de la ley 7055.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez adhirió a lo expuesto por el señor Ministro doctor Spuler y voto, en consecuencia, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. En primer lugar, debe señalarse una circunstancia particular de la presente causa, constituida por el hecho de que la resolución atacada revocó una absolución pronunciada en primera instancia, con lo que constituye la primera sentencia de condena contra la imputada E. V. C..

Siendo ello así, se impone dar andamiaje a la garantía consagrada en los artículos 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en función del artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional-, lo que -de conformidad con el criterio adoptado por este Tribunal en casos similares antes del dictado del fallo "Alí" registrado en A. y T. 234, pág. 378- cabe efectuar a través del remedio contemplado en la ley 7055 -interpretado éste, dada la particularidad de la causa a la que se hizo alusión, con el alcance que surge del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399) del máximo Tribunal de Justicia de la Nación- (cfr. A. y S. T. 229, pág. 352).

En suma, esta Corte -como "tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica" al que emitió la primer condena (ver caso "Herrera Ulloa Vs. Costa Rica", sentencia del 02.07.2004 de la Corte I.D.H.)- debe realizar un examen amplio del decisorio impugnado, en lo que ha sido motivo de agravio y en los términos precisados en los fallos citados.

2. En esa tarea, se observa que el recurrente cuestiona la labor de la Alzada afirmando que es nula por apreciar los elementos arrojados al proceso de un modo arbitrario.

Sin embargo, la lectura de la resolución atacada permite comprobar que el A quo sí suministró los fundamentos por los cuales consideró que E. V. C. había sido coautora de robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2, párr. 1, del C.P.), ocurrido el 22 de febrero de 2007, siendo las 7,45 horas en perjuicio de J. del V. V., señalando prueba y exponiendo razones suficientes para justificar su conclusión.

Vale recordar que la mencionada V. relató que mientras esperaba el colectivo en San Lorenzo y Colombres de la ciudad de Rosario fue abordada por "dos chicas", quienes con un cuchillo tipo "tramontina" le arrebataron su cartera de color negro conteniendo documentación personal; que las atacantes salieron corriendo por calle Colombres hacia el cardinal sur; que las perdió de vista "por calle Santa Fe hacia el Oeste"; que minutos después la policía las detuvo y aquélla las reconoció inmediatamente (fs. 7 y 42 de los autos principales).

Sobre esta exposición, la Cámara consideró que la declarante "muestra un relato firme, preciso y coherente, que en modo alguno puede ni siquiera hipotéticamente, tener intencionalidad o mendacidad para perjudicar a las encartadas, con las que no hay pauta o dato de conocimiento previo o intereses contrapuestos" (f. 163 de los autos principales). Una atenta lectura de las declaraciones citadas permite compartir dicha opinión.

Ante este razonamiento, el impugnante desliza una serie de agravios que, sin embargo, no logran persuadir que la Sala, al reconstruir lo sucedido, haya soslayado la aplicación de las reglas de la sana crítica o hubiera hecho una aplicación incorrecta de sus principios.

Así, el recurrente sostiene la arbitrariedad del pronunciamiento de la Alzada poniendo de resalto la contradicción entre lo consignado en el acta policial de procedimiento y lo expuesto por la víctima -ello en relación al modo en que fueron detenidas las imputadas- y el presunto incumplimiento de los requisitos formales estatuidos en el artículo 190 V inciso 7 del Código Procesal Penal para la instrumentación de determinados actos llevados a cabo por la autoridad prevencional.

Desde la óptica de la doctrina de la arbitrariedad, también ataca el pronunciamiento condenatorio por la ausencia de pruebas que debieron producirse (reconocimiento en rueda de personas y el examen médico a la víctima).

Ahora bien: cabe destacar que no se encuentra en discusión que la detención de la imputada se produjo en las inmediaciones del lugar del hecho, en tiempo cercano al mismo y que la víctima reconoció a la encartada como autora.

Si bien se aprecia una discrepancia -asumida por la Sala- en torno a la oportunidad en que V. sindicó a las encartadas -según su propia declaración o según el acta policial- lo cierto es que la Cámara consignó que dicha diferencia demostraba precisamente que no había "nada armado" en común con la policía, porque en tal caso, no se hubiera dado esa distinción (f. 163 de los autos principales).

En ese contexto -es decir con una sólida declaración de un testigo-, el impugnante no ataca con un mínimo sustento en las constancias de la causa la veracidad del secuestro encontrado, en particular, de un cuchillo "Tramontina" y el recupero de la cartera de color negro sustraída; circunstancias que hacen perder de decisividad a la ausencia de testigos en el acta de procedimiento respectiva (cfr. f. 2 de los autos principales).

Todo ello hizo razonar a la Sala preguntándose: "Cómo es posible, si no es real y veraz el relato y la sindicación de la Sra. V., que ésta describa a unas personas que son encontradas a varias cuadras, cómo es que las descriptas estaban juntas como lo ha mencionado la víctima, cómo es que la Sra. V. sabía o podía saber que una de ellas llevaba un cuchillo y cómo es posible

que la cartera haya llegado hasta ese lugar". La única respuesta -continúan los Sentenciantes- es que Cassieles participó en el hecho (cfr. f. 163v. de los autos principales).

Repárese en que el acta fue suscripta no sólo por los empleados policiales que detuvieron a las imputadas sino también por la agente M. S. M., ajena inicialmente al procedimiento, y que, en definitiva, practicó la requisita que derivó en el secuestro del cuchillo de mención (cfr. fs. 2 y 43 de los autos principales).

Tampoco alcanza a poner en crisis la conclusión condenatoria la endilgada contradicción entre la descripción de la vestimenta de las atacantes efectuada por la víctima y la expuesta por la preventora. Así el recurrente pone de relieve que la respectiva acta de procedimiento se expuso que E. C. vestía con musculosa color gris y una bermuda color rosado con vivos azules y zapatillas blancas y que A. tenía remera roja y pantalón gris, mientras que V. expresó que una de sus atacantes tenía puesta una musculosa color gris y pantalón blanco a rayas turquesa y la otra vestía remera roja (fs. 7 y 42 de los principales).

En contraste con ello, el único elemento de convicción desincriminante que aparece estriba en la misma declaración indagatoria de Cassiselles cuando sostuvo "que lo que dice la señora es mentira, que en la cartera yo tenía 95 o 100 pesos, que estudio, estoy en tercer año de nivel inicial y trabajo en el club Fisherton, que soy de buena familia, no tengo necesidad de robarle nada a nadie", descargo que no alcanza para poner en duda el contundente plexo probatorio antes referido y para hacer aplicable el principio del "in dubio pro reo" (f. 32 de los autos principales).

En suma, el examen de la resolución atacada a la luz de los agravios defensivos y el exhaustivo análisis de las constancias obrantes en los autos principales -con el alcance exigido por el precedente "Casal" del Máximo Tribunal de la Nación- no permite entrever un supuesto de irrazonabilidad de la decisión atacada por la vía del recurso de inconstitucionalidad, ni conmover sus fundamentos normativos y, principalmente, sus antecedentes fácticos.

3. Por último, las apreciaciones de los señores Ministros doctores Erbetta (punto 2), Spuler (punto 2) y las vertidas por la señora Presidenta doctora Gastaldi (punto 2), me conducen a reflexionar acerca de los alcances del artículo 41 del Código Penal.

Allí se establece la necesidad de tomar conocimiento "de visu" de la víctima y del sujeto en la medida requerida para cada caso.

Esta disposición se encuentra ubicada en el ámbito de determinación de la pena (remite al artículo 40 que alude a las penas divisibles). Se trata de un procedimiento previo y necesario a su individualización. La realización de este acto adquiere mayor relevancia en el sistema procesal penal escrito que rige en nuestra provincia -en gran parte todavía vigente- si bien en tránsito hacia un modelo oral.

Sobre esta norma la Corte federal ha establecido: "Que se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada" (cons. 19, Fallos:328:4343, "Maldonado").

Ahora bien, más allá de que no puede existir una adecuada determinación de la pena sin audiencia "de visu", considero que se trata de un acto procesal sujeto a los presupuestos tradicionales de nulidad.

Vale decir, además de resultar un apartamiento formal del rito previsto en la ley, debe observarse un perjuicio ocasionado y, a su vez, la acusación temporánea del vicio de la parte interesada, pues, de otro modo, habrá existido convalidación de una actividad procesal irregular. Todo ello, conforme los artículos 161 y siguientes del ordenamiento procesal penal.

Sobre el tópico, el Máximo Tribunal de la Nación tiene dicho que en materia de nulidades procesales "prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia" (Fallos:331:994).

Considero que se impone el traslado de estos conceptos, comunes a la invalidación de los actos procesales y que esta interpretación -vinculando la audiencia referida a la determinación de la pena- tiene asidero en precedentes del Máximo Tribunal de la Nación sobre el alcance de la omisión de realización de la audiencia "de visu".

En efecto, en el citado "Maldonado" se refería al cuestionamiento de la imposición de una pena de prisión perpetua a un imputado que había cometido el delito siendo menor.

En esta línea, también puede recordarse que en "Domínguez" (del 10.08.2010) se puso de relieve que para que la omisión de la diligencia resulte atendible, debe demostrar el perjuicio que irroga al imputado mayor de edad siendo que se le había impuesto el mínimo de la escala penal prevista para la calificación legal seleccionada (voto de los señores Ministros Lorenzetti y Fayt, cons. 5°).

Siendo ello así y habiéndose impuesto en el caso el mínimo de la pena prevista, entiendo que no aparecen configurados los presupuestos procesales para declarar de oficio la nulidad de la sentencia atacada por vía del recurso de inconstitucionalidad ni tampoco advierto una

jurisprudencia constitucional consecuente que imponga únicamente esa solución.

En definitiva, voto, pues, por la negativa.

A la tercera cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pronunciamiento impugnado. Remitir los autos al tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa conforme las pautas sentadas por esta Corte en la presente decisión. Con costas a la vencida (art. 12, ley 7055).

Así voto.

A la misma cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Spuler, Gutiérrez y Netri dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia **RESOLVIÓ**: Declarar procedente el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pronunciamiento impugnado. Remitir los autos al tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa conforme las pautas sentadas por esta Corte en la presente decisión. Con costas a la vencida (art. 12, ley 7055).

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando la señora Presidenta y los señores Ministros por ante mí, doy fe.

Fdo.: GASTALDI-ERBETTA-GUTIÉRREZ-NETRI-SPULER- Fernández Riestra (Secretaria)