



a la determinación de la pena. Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

1. El Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 4 de Santa Fe, condenó -en lo que aquí resulta de interés- a J.J. G. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en exceso de la legítima defensa de un tercero y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real, a la pena de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo y ... pesos (\$...) de multa más las costas (f. 455). Recurrída dicha resolución, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal confirmó parcialmente la sentencia, modificándola en cuanto a la calificación legal del hecho en el que resultara víctima Gregorio Oscar Miño, condenando en definitiva a J.J. G. como autor penalmente responsable de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y homicidio agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real, modificando la pena impuesta, que se determinó en 11 años de prisión y ... pesos (\$...) de multa (arts. 189 bis, inc. 2, primer párrafo, 79 y 41 bis, 55; 45 y 29, inc. 22, C.P., f. 474).

2. Ahora bien, conforme se desprende del auto de admisibilidad dictado por mayoría por esta Corte circunscripto al examen de la falta de realización de la "audiencia de visu" en Cámara, siendo que este tribunal al revisar la condena modificó la calificación de los hechos y determinó pena en concreto al justiciable (A. y S. T. 259, págs. 186/190), entiendo que -en las concretas circunstancias de la causa- debe proceder el recurso de inconstitucionalidad. Ello así, por cuanto parto de entender que la exigencia de "audiencia de visu" se sustenta en la intención práctica de exigir una elemental intermediación para la determinación de la pena. Es decir, el objetivo específico del "visu" es arribar a la individualización de la sanción penal más adecuada para el condenado (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 Patricia Ziffer, pág. 94). Y en el "sub examine", la Alzada revocó la subsunción legal y determinación de pena del juez de grado y recalificando el hecho determinó nueva pena que superó el mínimo legal de la escala penal sin realizar la correspondiente audiencia de visu a los efectos de fundamentar adecuadamente la individualización de la pena privativa de libertad. Conforme lo expuesto, y a los efectos de salvaguardar el derecho a una justa determinación y adecuada fundamentación judicial de la pena, resguardando la debida intermediación del justiciable, que impone el artículo 41, inc. 2, del Código Penal, entiendo debe anularse parcialmente el pronunciamiento impugnado; remitiendo los autos al tribunal subrogante que corresponda para que previa "audiencia de visu" efectúe la determinación de la pena.

Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. Tal como lo señalé al tratar la cuestión anterior, he de concluir que el interesado no cuestiona en el memorial introductor del recurso de inconstitucionalidad ni en el escrito de queja, la falta de realización de la "audiencia de visu" ante la Sala actuante, y por ende, no demuestra que dicha omisión genere cuestión constitucional. Cabe entonces analizar los alcances del artículo 41 del Código Penal, el cual 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 la determinación de la pena (remite al artículo 40 del mismo cuerpo legal 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 aún rige en nuestra provincia para las causas anteriores a la plena entrada en vigencia de la ley 12734. 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 doctores Lorenzetti y Fayt, cons. 5°). En el "sub examine", la defensa no ha

cuestionado la falta de realización de la audiencia de visu prevista en el artículo 41 del Código Penal, y por tanto, no ha quedado demostrado cual sería el perjuicio que le irrogaría en concreto. Siendo ello así, no encuentro 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 consecuencia, voto, pues por la negativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez dijo: 1. Comparto y hago propio el relato de la causa efectuado por el señor Presidente doctor Falistocco en el punto 1 de su voto y, en igual sentido, resalto que la materia recursiva a examinar -como se sostuvo al tratar la primera cuestión- ha quedado circunscripta a la falta de realización de la "audiencia de visu" en la Alzada. 2. Dicho esto, el caso presenta aristas propias que imponen efectuar precisiones respecto a la necesidad de que el Tribunal de segunda instancia realice la audiencia de conocimiento personal del artículo 41, inciso 2 del Código Penal. En ese orden, cabe memorar que en la causa "Mordini" (A. y S. T. 245, pág. 251; criterio sostenido en A. y S., T. 245, pág. 275; T. 246, págs. 24, 121 y 308; T. 250, págs. 184, 216, 253, 306, 328 y 347) me he expedido sobre la importancia de la "audiencia de visu" en sistemas de enjuiciamiento escritos. Concretamente, en el antecedente referido -y en su jurisprudencia consecuencial reseñada precedentemente- enfatice en la necesidad de realización de la audiencia de conocimiento personal, toda vez que un mínimo contacto directo e inmediato entre el imputado y el juez competente para dictar la condena resulta una exigencia que hace al debido proceso, al garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene y constituir así un estándar mínimo que en el caso de no ser respetado, conduce a descalificar el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido. Posteriormente, en la causa "Ojeda" (A. y S. T. 254, págs. 185/198) sostuve que no correspondía invalidar el decisorio de Alzada en ese aspecto, toda vez que la Sala -en el ejercicio de su función jurisdiccional y dentro del marco del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Ojeda- consideró que en el caso le asistía razón al recurrente -en orden a la falta de configuración de uno de los delitos por los que fuera condenado-, confirmó parcialmente el decisorio impugnado y, en consecuencia, redujo la pena que fuera impuesta en instancia originaria en beneficio del imputado. En la especie, por el contrario, si bien el juez de primera instancia condenó y cuantificó la pena -previa realización de la audiencia de visu (cfr. f. 452 del expediente principal)-, lo cierto es que a instancia de una apelación del fiscal, la Cámara modificó la calificación legal por la que fuera condenado G. -de autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en exceso de legítima defensa de un tercero y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real a autor de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil y homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real- elevando en consecuencia la pena de prisión de tres a once años. Tal circunstancia exigía garantizar la debida intermediación con el justiciable mediante la realización de la audiencia de conocimiento personal, pues -se insiste- la Cámara discrepó con la subsunción típica efectuada por el juez de grado y elevó la sanción penal. Ello importó -en las concretas circunstancias del caso- resolver en desmedro de la situación del imputado al haberse superado la base condenatoria fijada en primera instancia, por lo que se imponía cumplimentar en la especie con la garantía referida. En consecuencia, corresponde declarar procedente el presente recurso de inconstitucionalidad, anulándose el fallo impugnado sólo en lo relativo a la determinación de la pena. Voto, en consecuencia, por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Gutiérrez y votó en igual sentido. A la tercera cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo: Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia impugnada en lo que respecta a la determinación de la pena. Remitir la causa al tribunal que corresponda a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada con los alcances expuestos. Así voto. A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Netri, Gutiérrez y Spuler dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Presidente doctor Falistocco 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 de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia impugnada en lo que respecta a la determinación de la pena. Remitir la causa al tribunal que corresponda a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada con los alcances expuestos. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Ministros por ante mí, doy fe. FDO.: FALISTOCCO-GASTALDI (por su voto)-GUTIÉRREZ (por su voto)-NETRI (en disidencia)-SPULER (por su voto)- Fernández Riestra (Secretaria) 002566E