

En la ciudad de Córdoba, a los veintisiete días del mes de mayo de dos mil once, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio, a los fines de dictar sentencia en los autos "Baracchi, Guillermo Oscar p.s.a. homicidio con exceso en la legítima defensa -Recurso de Casación-" (Expte. "B", 46/2010), con motivo de los recursos de casación interpuestos por el Dr. Carlos Hairabedián, defensor del imputado Guillermo Oscar Baracchi y por los doctores Rogelio E. Rojo Rouviere y Javier Rojo, apoderados de los actores civiles y querellantes particulares, Norma Beatriz Cressatti y Francisco Rogelio Heredia, en contra del auto número trece, dictado con fecha dos de julio de dos mil diez por la Excm. Cámara en lo Criminal de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1° ¿Ha aplicado erróneamente la resolución impugnada el art. 76 bis del C.P., al haber denegado la suspensión del juicio a prueba, por falta de consentimiento del fiscal?

2° ¿Es nulo el auto impugnado al haber incurrido en indebida fundamentación?

3° ¿Es nula la decisión atacada, al no haber dado razones por las que entiende que la oferta realizada por el acusado resulta razonable?

4° En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Por auto n° 13, del 02/07/2010, la Cámara Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad resolvió: "I) Rechazar el pedido de suspensión de juicio a prueba solicitada por el imputado Guillermo Oscar Baracchi (art. 76 cuarto párrafo C.P., T.S.J., Sala Penal "Oliva" S. n° 23 del 18/4/2002; T.S.J., Sala Penal; S. n° 7, 3/8/2005 "Ludueña"). II) Conceder la suspensión de juicio a prueba al imputado Rubén Oscar Baracchi, por el término de dos años (24 meses) (art. 76 C.P.), debiendo: a) En concepto de reparación social del daño, realizar tareas comunitarias en Caritas Arquidiocesana; a computar desde que quede firme el presente resolutorio. Concurrirá en los días, horarios y lugares que indique la institución, debiendo cada jornada comunitaria ser de cuatro horas; de forma quincenal; exceptuándose los meses de feria judicial (julio y enero); a cuyo fin oficiase a través de la Dirección del Patronato de Presos y Liberados (art. 76 bis C.P.). b) En concepto de reparación del daño causado abonar la suma de \$100.000 (cien mil pesos) a los damnificados (actor civil). Lo hará en diez (10) cuotas mensuales y consecutivas, mediante depósito en cuenta de caja de ahorro en el Banco de Córdoba - Sucursal Tribunales, dentro de los diez días de quedar firme la presente resolución. A ello agregará en concepto de inflación un seis por ciento anual (6% anual) (art. 76 bis C.P.). c) A los fines del cumplimiento de la presente medida, el imputado Guillermo Oscar Baracchi, también deberá: I) Fijar y mantener residencia y comunicar cambio o ausencia prolongada,

debiendo comparecer ante el Juzgado de Ejecución que corresponda, dentro de los diez primeros días de cada mes y en horario de 9:00 hs. a 13:00 hs. II) No cometer nuevos delitos. Todo ello bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de revocarse el beneficio otorgado y proseguirse la tramitación del juicio (art. 27 bis inc.1 y 2 , 76 bis y 76 ter del C.P.)" (fs. 39/42).

II. El Dr. Carlos Hairabedián, abogado defensor del imputado Guillermo Oscar Baracchi, interpone recurso de casación invocando el motivo sustancial (art. 468 inc. 1 ) del C.P.P.), por cuanto considera que el a quo ha inobservado lo prescripto por el art. 76 bis, 4to. párrafo del C.P. al haber considerado vinculante un dictamen fiscal denegatorio infundado.

Previo a desarrollar sus agravios, el impugnante realiza ciertas consideraciones sobre la impugnabilidad objetiva y subjetiva y cita doctrina de esta Sala relacionada con el dictamen fiscal negativo.

Se agravia de que la Cámara para denegar el beneficio ha considerado que Guillermo Oscar Baracchi "no cuenta con dictamen favorable del Ministerio Público" y que el mismo se encuentra fundado.

En concreto, cuestiona que, el dictamen fiscal, cuyos argumentos hace suyos el Tribunal, ha sustentado su posición denegatoria del beneficio en que del análisis del pronóstico punitivo surge la improcedencia de la condena de ejecución condicional, pues, en el caso de recaer condena la misma sería de cumplimiento efectivo, toda vez que "de la Planilla Prontuarial de Guillermo Oscar Baracchi surge la posible comisión de un delito de homicidio culposo con fecha posterior al auto de elevación a juicio".

Razona que éste "antecedente no computable", se erige en el fundamento de un pronóstico de peligrosidad negativo, respecto a la posible recaída en el delito.

A los fines de fundamentar su queja, el recurrente explica los motivos por los cuales considera erróneo, infundado y arbitrario el dictamen fiscal denegatorio:

Que a la fecha Baracchi no ha sido condenado por delito alguno;

Que corresponde la acumulación de las causas de conformidad a los arts. 55 y 56  del C.P. y, aún en dicho supuesto, la escala penal (de dos a diez años de prisión) también permitiría en abstracto el beneficio del art.26  del C.P.;

Que no se ha efectuado un pronóstico de pena superior a los tres años de prisión;

Si bien el "antecedente no computable" es posterior al hecho motivo de la petición, Baracchi no ha violado ninguna regla de conducta, desde que todavía no se encuentra sujeto a las condiciones de la probation.

Señala que si bien el dictamen fiscal intenta dejar a salvo el principio de inocencia del que goza el imputado, considera que tal propósito no ha sido logrado. Cita jurisprudencia de este Tribunal.

Se queja de que el Sr. Fiscal ha omitido considerar otras circunstancias de carácter objetivo y subjetivo que demuestran la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad, a saber: que se trata de la primera condena, que la misma es de corta duración y que además Baracchi es una persona joven, con grandes posibilidades de recuperación

desde que tiene toda una vida por delante, que posee trabajo estable, realiza tareas agrícolas junto a su grupo familiar, que ha tenido una conducta intachable luego del delito; presentándose a todos y cada uno de los llamados de los distintos tribunales, ofreciendo reparar el daño causado y realizar tareas comunitarias.

Por todo lo expuesto, el recurrente entiende que no se encuentra debidamente fundada la afirmación de que Baracchi sea acreedor de un pronóstico de peligrosidad delictiva futura que le impida acceder a una condena condicional y por ende al beneficio de la probation.

Para finalizar, hace reserva del Caso Federal (art. 14  de la ley 48).

III.1. A los fines de dar respuesta al agravio traído por el impugnante, resulta necesario examinar si la resolución que rechaza el beneficio de la probation ha interpretado erróneamente el requisito contenido en el art. 76 bis, 4to.párrafo, del C.P., en cuanto ha considerado vinculante un dictamen fiscal denegatorio infundado.

En función de lo anterior, debemos recordar, previamente, los fundamentos que hemos vertido en precedentes anteriores, acerca de los presupuestos requeridos para que la opinión negativa del Fiscal tenga carácter vinculante.

2. En reiteradas oportunidades este Tribunal Superior ha señalado que el consentimiento del Fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. (T.S.J., Sala Penal, "Oliva", S. n° 23, 18/4/02, "Quintana", S. n° 91, 22/10/2002; "Pérez", S. n° 5, 25/2/2003; "Caccialupi", S. n° 130, 30/12/2003; "Benítez", S. n° 58, 2/07/2004; "Peña", S. n° 57, 21/06/2005; "Erguanti", S. n° 42, 23/05/2005; "Melchior", S. n° 2, 10/2/2006; "Gómez", S. n° 160, 7/11/2006; "López", S. n° 1, 16/02/2007; "Alvarez", S. n° 360, 27/12/2007; "Godoy Martorelli", S. n° 184, 25/07/2008; "Smit", S. n° 38, 14/03/2008; "Moreno", S. n° 249, 17/09/2008; "Benítez", S. n° 83, 22/04/2008).

Sin embargo, a tal efecto esta Sala también ha considerado que el dictamen fiscal negativo, para vincular al juez en el trámite para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, debe reunir determinadas condiciones (T.S.J., Sala Penal, "Quintana", S. n° 91, 22/10/02; "Pérez", S. n° 82, 12/9/03; "Rodríguez", S.n° 46, 31/05/04). En este sentido, se sostuvo que para que la opinión negativa vinculara al juez, resultaba ineludible que el dictamen se encontrara debidamente fundado ("Pérez", cit.).

Al respecto, se ha dicho que el análisis del representante del Ministerio Público Fiscal deberá versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio -v.gr., por el monto y clase de pena, o por la calidad de funcionario público del peticionante-, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional. En tal caso, deberá igualmente dar las razones en la que sustenta su aserto.

Cumplidos tales requisitos de fundamentación y verificados por el tribunal los extremos invocados por el Fiscal, el dictamen se erige en vinculante para el órgano jurisdiccional (T.S.J., Sala Penal, "Fumero", S. n° 96, 28/05/2007).

3.- Entonces, a la luz de la doctrina sustentada, debemos examinar si el dictamen fiscal denegatorio se encuentra debidamente fundado.

a. Para ello, resulta necesario analizar los argumentos esgrimidos por el Fiscal de Cámara al negar la concesión del beneficio solicitado por la defensa del imputado. En prieta síntesis, la opinión desfavorable se sustenta en que no resulta fact ible que el imputado

Guillermo Oscar Baracchi sea acreedor de una condena condicional toda vez que de la planilla prontuarial surge la posible comisión de un delito de Homicidio Culposo de fecha 10/01/2010, cuya investigación se encuentra radicada en la Fiscalía de Instrucción del Distrito II, turno 4 (fs. 1121/1123).

b. Por su parte, el Tribunal conforme a lo dictaminado por el Fiscal, resolvió no hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por Guillermo Oscar Baracchi, por cuanto entendió que la opinión Fiscal contraria a la procedencia del beneficio, debidamente fundada, vincula al tribunal.

c. Del cotejo de las razones expuestas por el Sr. Fiscal de Cámara y la doctrina sostenida por esta Sala, estimo que le asiste razón al quejoso. Ya se ha consignado que para sostener la improcedencia de la condena condicional el a quo ponderó un antecedente sin condena -homicidio culposo- por un hecho acaecido en enero del dos mil diez, es decir con posterioridad al hecho que se investiga en la presente causa.

Sin embargo, el antecedente ponderado no puede ser valorado en virtud del principio de inocencia que le asiste al imputado (art. 11, 1er. párr., D.U.D.H.; art. 8vo., 2do. párr. C.A.D.H.; art. 14, 2do. Párr C, P.I.D.C.P., en función del art. 75 inc. 22 C.Nac.; art. 39 C.Prov.; y art. 1 C.P.P.). Ello así, pues, no puede tomarse como base fáctica de peligrosidad una mera imputación, toda vez que el antecedente que registra el imputado se encuentra aún en etapa de investigación.

Si bien el hecho que pretende valorar el juzgador podría permitir inferir una posible recaída en el delito desde que el mismo aconteció con posterioridad al hecho que se investiga en la presente causa, lo cierto es que, tal como se consignara supra, al no haberse dictado condena y encontrarnos sólo frente a una simple imputación, dicha valoración resulta insostenible a la luz del principio de inocencia.

A más de ello, no se puede soslayar que el antecedente penal que registra el encartado no contiene en si misma una conducta dolosa, ya que se trata de un homicidio culposo.

En conclusión, el antecedente valorado no puede ser ponderado para un pronóstico de peligrosidad del encartado, a la luz del principio de inocencia, habida cuenta que se trata de un hecho que aún se encuentra en la etapa de investigación.

En consecuencia, resulta arbitraria la razón esgrimida por el Fiscal interviniente para fundar la improcedencia de la condena de ejecución condicional. Por lo demás, debe tenerse presente que el antecedente valorado funcionó como una valla al momento de realizar el juicio hipotético sobre la condicionalidad de la pena a imponer en el caso de recaer condena, sin que se haya ingresado al análisis de las demás circunstancias objetivas y subjetivas exigidas por el art. 26 del C.P. y que fueran tomadas como pautas por este Tribunal en numerosos precedentes (T.S.J., Sala Penal, "Flamini", S. n° 50, 8/6/2005; "Vega" S. n° 23, 12/3/07, "Alvarez" S. n° 140, 28/6/07; "Rovai", S n° 147, 3/07/07).

Por todo lo dicho, el dictamen fiscal no resulta vinculante para el tribunal a los fines de conceder la probation.

A la presente cuestión, voto, pues, afirmativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aida Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal, doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aida Tarditti, dijo:

I. Bajo el amparo del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2 del C.P.P.), los Dres. Rogelio E. Rojo Rouviere y Javier Rojo, apoderados de los actores civiles y querellantes particulares, Norma Beatriz Cressatti y Francisco Rogelio Heredia denuncian que la resolución atacada ha sido dictada violando los principios de congruencia y de fundamentación lógica y legal toda vez que el decisorio de marras no se encuentra debidamente fundado.

Repasan los argumentos esgrimidos al momento de evacuar la vista que le fuera corrida con motivo de la probation solicitada por los imputados. Sintéticamente, reclaman la realización del juicio, pues el mismo deviene indispensable para elucidar la verdadera calificación legal del hecho imputado, pues, a su juicio, de ningún modo puede sostenerse que haya existido legítima defensa por parte de los Baracchi. Insisten en que están frente a un homicidio agravado con alevosía y ensañamiento y no a un homicidio con exceso en la legítima defensa, tal como ha sido calificado.

Explican que el iudex para otorgar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, se ha basado, entre otros aspectos, equivocadamente, en el consentimiento prestado por el Sr. Fiscal de Cámara.

Realizan consideraciones teóricas relacionadas con la acusación, señalando que el Ministerio Público, siendo el dueño de la acusación, tiene la posibilidad de variar fundadamente la calificación legal del hecho si advierte la existencia de una situación fáctica que difiere en su encuadre. En efecto, denuncian que el Fiscal de Cámara no ha valorado fundadamente si compartía o no la calificación del Fiscal de Instrucción, que ha sido cuestionada, limitándose a referir que ".el hecho que el juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba es el descrito en la pieza acusatoria y . las circunstancias a las que remite al cuarto párrafo de la citada regla, con las relativas al hecho descrito en la acusación".

Insisten en que siendo el soberano de la acusación el Ministerio Público, tiene no solo la facultad sino la obligación de analizar si los hechos se corresponden con la calificación que el derecho prescribe.

Denuncian, que el sentenciante al no apartarse de dicho dictamen, ha incurrido en el mismo defecto pues debería haber advertido que sólo contenía una fundamentación aparente. Ello así, pues, el Tribunal se limita a acogerse a lo mencionado por el Fiscal de Cámara sin razonar con argumentos propios.

Luego citan el precedente "Gómez", en el cual este Tribunal confirmó el rechazo de

solicitud de probation, aún contando con el consentimiento del Fiscal por entender que la consideración de las circunstancias consignadas en la acusación hacían necesaria la realización del juicio oral.

Indican que como consecuencia del defecto de la fundamentación lógica, el sentenciante incurre en una errónea interpretación de la ley, pues el instituto de la probation ha sido creado para poner fin, de un modo alternativo, a delitos menores. Refieren que es evidente que la presente causa no es de menor gravedad, prueba de ello son los numerosos cuestionamientos que se han ido suscitando en cuanto a su calificación legal. Por ello, la calificación legal se convierte en piedra angular a los fines de arribar a una justa resolución.

Por todo lo expuesto, solicitan se revoque el fallo recurrido, denegando el beneficio concedido a Rubén Oscar Baracchi.

II.- Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, mediante Dictamen P n° 763 de fecha 6/09/2010, resuelve mantener el recurso de casación incoado por los apoderados de los querellantes particulares (fs. 99).

III.1.- Antes de ingresar al análisis de los agravios traídos por los recurrentes, es preciso recordar lo dicho en numerosos antecedentes acerca de la legitimidad subjetiva del querellante particular que resiste la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

2.- En lo que respecta a la impugnabilidad de las decisiones que resuelven rechazar una solicitud de suspensión del juicio a prueba, este Tribunal sostiene desde el precedente "Gobetto" (A. n° 27, del 24/4/1996) que la suspensión del juicio a prueba, permite suspender el proceso penal, evitando el dictado de una condena, mediante la asunción por parte del peticionante (imputado) de obligaciones cuyo cumplimiento, durante el lapso por el cual se impongan, determinará la extinción de la acción penal. Así las cosas, toda resolución que deniegue el ejercicio del derecho a solicitar la suspensión del juicio a prueba, reconocido por la ley (CP. arts. 76 bis y ss.) al imputado, es impugnabile a través del recurso de casación (CPP. art. 469) al encuadrar en el supuesto contemplado en el art. 469, por tratarse de un auto interlocutorio cuyo propósito es poner fin a la acción tornando por tanto imposible la imposición de la pena.

Dentro del referido marco, resulta plausible reconocer legitimidad subjetiva al querellante particular para resistir la resolución contraria a la anteriormente expuesta, vale decir, la que concede la suspensión del juicio a prueba. Es que, tal decisión tiene suficiente entidad para constituirse en un límite infranqueable a su actuación en el proceso penal para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (C.P.P. art. 7 ) , toda vez que - como ya lo hemos dicho- la probation da inicio a una etapa que, de cumplirse las reglas impuestas por parte del acusado, extinguirá la acción penal.

A esta altura del presente examen cabe aclarar que, la expresa condición por la cual el querellante particular participa en el proceso y la interdicción de la arbitrariedad que consagra el artículo 25 de la C.A.D.H., circunscribe la materia que puede ser objeto de agravio en la impugnación casatoria deducida por el referido sujeto eventual del proceso penal, la cual -evidentemente- no tiene idéntica amplitud que el recurso deducido por el imputado contra el auto que no hace lugar al beneficio bajo análisis.

Es que, el querellante particular sólo se va a encontrar legitimado para discutir la decisión que concede la suspensión del juicio a prueba, cuando sus agravios se dirijan a denunciar que el Tribunal inobservó el cumplimiento de las condiciones legales que el legislador ha

establecido como requisitos para su procedencia (art.76 bis del Código Penal).

3.- Los mencionados supuestos se verifican en el caso bajo análisis, toda vez que los impugnantes dirigen su crítica a cuestionar que el fallo de marras no ha sido debidamente fundado en cuanto a los requisitos exigidos por el art. 76 bis CP, como se desarrollará infra.

IV.1. Si bien a priori surge que los recurrentes se quejan de la calificación legal dada al hecho consignado, de una atenta lectura del libelo recursivo, surge claro, a partir de los argumentos allí vertidos, que en realidad su agravio se encuentra íntimamente relacionado al incumplimiento del requisito establecido en el 4to párrafo del art. 76 bis del C.P. Ello es así, pues, en definitiva, el cambio de calificación legal solicitada por los impugnantes, impediría lisa y llanamente la concesión del beneficio toda vez que al momento de realizar el pronóstico hipotético de la pena no sería posible dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable.

2.- De manera que deberá examinarse si el decisorio de marras se ha pronunciado sobre si las circunstancias del caso hubiesen permitido realizar un pronóstico positivo de condicionalidad de la eventual condena.

a.- El sentenciante, en el fallo bajo análisis, valoró que en el caso concreto concurren los requisitos de la probation respecto de Rubén Oscar Baracchi, remitiéndose al dictamen fiscal favorable con el que cuenta el nombrado.

No resulta ocioso recordar aquí que la remisión resulta un método válido para fundar una resolución, en tanto sean asequibles las razones de las que se dispone (T.S.J., Sala Penal, "Rivero", S. n° 33, 9/11/1984; "González", S. n° 90, 16/10/2002; "Mié", S. n° 27/04/2007, "Kammerath", S. n° 299, 12/11/2009, entre otros; C.S.J.N., "Macasa S.A.v/ Caja Popular de Ahorro, Seguro y Crédito de la Provincia de Santiago del Estero y/o Presidente del Directorio y/o Responsable" , Fallos 319:308).

b.- Por su parte, el Fiscal de Cámara, al evacuar la vista que le fuera corrida con motivo de la probation solicitada por los imputados, en lo que respecta a la condicionalidad de la pena a imponer en caso de recaer condena al prevenido Rubén Oscar Baracchi, sostuvo que "teniendo en cuenta la escala penal del delito atribuido -art. 35 en función de los arts. 79  y 84 C.P.- así como el informe de RNR y la Planilla Prontuarial del imputado Rubén Oscar Baracchi, de donde surge que el único delito imputado es el que nos ocupa, resulta factible la imposición de una condena condicional." (fs. 27 vta).

De manera que, el Fiscal de Cámara -aunque sea de manera lacónica- realizó un pronóstico hipotético de la pena a aplicar en el caso de recaer condena, concluyendo que la misma sería de ejecución condicional.

Es que, conforme la "tesis amplia" adoptada por este Tribunal Superior de Justicia, primeramente, por mayoría ("Balboa", S. n° 10, 19/3/2004), y luego, de manera unánime ("Gallo", S. n° 155, 24/6/2008)", la procedencia de la probation (C.P., 76 bis, cuarto párrafo) siempre exige una hipotética pena en concreto no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional (art. 26  C.P.).

3. La crítica traída por los impugnantes se focaliza en cuestionar los extremos fácticos fijados en el documento requirente, propugnando -a partir de allí- una mutación de la calificación legal (homicidio por exceso en legítima defensa) a otra diferente y notablemente más gravosa (homicidio agravado por el 41 bis).

Sin embargo, los quejosos soslayan, por un lado, los sobrados argumentos brindados por el juez de control al momento de resolver las oposiciones a la requisitoria de elevación a juicio (fs.835/863), como así también que la mutación de los hechos contenidos en la referida resolución no resulta posible en la solicitud de la suspensión del juicio a prueba.

a. Respecto a los argumentos dados por el Juez de Control, en lo que aquí interesa, cabe destacar que el mismo elevó la causa a juicio en contra de Guillermo Oscar Baracchi y Rubén Oscar Baracchi como supuestos co-autores del delito de Homicidio por Exceso en la Legítima Defensa (arts. 45, 79 en función del art. 35 del C.P.).

En el referido decisorio se consideró que en el desenvolvimiento de los hechos, mediaron circunstancias previas y concomitantes que no podían ser soslayadas y que determinaron que los imputados al causar la muerte a Heredia lo hicieran excediéndose en los límites impuestos por la necesidad.

Para ello, valoró la causa "Heredia Damián Fernando p.s.a. Robo Calificado", en la que el titular de la investigación fiscal formuló instancia de sobreseimiento a favor de Heredia -por muerte-, teniendo por acreditada la existencia del hecho y la participación del imputado en un hecho de robo, cometido el día 20 de junio del 2004 aproximadamente a las 9:00 hs., en perjuicio de Javier Pedro Baracchi. Estimó también que no resulta correcto afirmar que los Baracchi iniciaron una persecución y atacaron a Heredia, primero con su camioneta y después con un arma "sin motivo alguno", ya que conforme al material probatorio se infiere lógicamente la cronología de los sucesos; Heredia fue quien desapoderó de su bicicleta al menor de los Baracchi, valiéndose para ello de un arma de fuego -la misma que utilizó en contra de los Baracchi-, circunstancia que dio origen a su persecución, desencadenándose luego los acontecimientos que terminaron con su vida.

Es, bajo este contexto fáctico, que el Juez de Control entendió que correspondía analizar la conducta de los imputados Baracchi, determinando en base a ello la calificación legal correspondiente y si concurrió o no la eximente de responsabilidad y en caso afirmativo, si lo hicieron dentro de los límites de justificación admitidos.

Para ello analizó si en el caso concurrieron los presupuestos exigidos por el art. 34 inc. 6 C.P.

a.- La agresión ilegítima consistió en el robo con arma de fuego efectuado ese día por Damián Fernando Heredia a Javier Baracchi, oportunidad en la que Heredia no solo puso en peligro la vida del menor (amenazó con arma de fuego, lo maniató, le ató el cuello a los pies, le colocó una media en la boca y luego lo arrojó al Canal) sino también atentó contra los derechos patrimoniales, toda vez que lo desapoderó de la bicicleta de su propiedad.

b.- Respecto a la "falta de provocación", sostuvo que la situación de agresión padecida por los Baracchi de ninguna manera puede considerarse provocada por ellos, pues contextualiza su acción en la persecución del autor del robo, con el objeto de aprehenderlo para ponerlo a disposición de la autoridad y recuperar la bicicleta.

c.El Juez de Control advierte en el desenvolvimiento de los hechos, un exceso en los límites que impone la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima, toda vez que conforme a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, duración de la persecución y las condiciones y medios con los que contaban los imputados pudieron razonablemente haber optado por un medio defensivo menos lesivo.

4. En suma, eran los referidos hechos los que quedaron fijados al hacer el mérito conclusivo de la investigación penal preparatoria y el que debió tener en cuenta tanto al momento de evaluarse la procedencia de la probation, como así también al tratar de conmovir la decisión que la concede.

Recuérdese que esta Sala sostiene de manera reiterada que el hecho que el juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba es el descrito en la pieza acusatoria. Entonces, las "circunstancias" a las que remite el art. 76 bis, 4to. párr., del C.P., son las relativas al hecho descrito en el documento requirente en su consideración integral ("Pittatore", S. nº 11, 6/3/2002; "Becerra" , S. nº 63, 8/07/2004; "Lucich", S. nº 81, 9/09/2004; "Aldeco", S. nº 101, 30/05/2007; "Cubría", S. nº 103, 31/05/2007).

Por todo lo expuesto, a la presente cuestión voto negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel , dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal, doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo: I.- Bajo el acápite "Monto y Plazo Reparatorio" los quejosos muestran su disconformidad con el plazo y monto ordenado a pagar por el tribunal, pues, a su juicio, resultan antojadizos.

Sostienen que en este aspecto, el a quo ha omitido nuevamente fundar su resolución toda vez que se ha conformado con los dichos falaces de los imputados, quienes intentan aparentar precariedad, cuando existen numerosos e importantes inmuebles que le fueron embargados. Entienden que el sentenciante debió investigar si los dichos de los imputados eran ciertos, solicitando informes a los organismos oficiales (D.G.R.; D.G.I., Municipalidad, Registro General de Rentas) y debió, además, tener en cuenta los rubros y montos reclamados por los actores civiles, quienes cuantificaron el monto con base a la vasta experiencia que sobre cada uno de los rubros brindan las matemáticas, la jurisprudencia y los informes médicos de los peritos oficiales. Agregan que la suma ofrecida por los imputados está muy por debajo de lo que se ha reclamado y es una simple repetición de lo que fue materia de mediación y que fue rechazada unánimemente por los actores civiles.

Insisten en que la ausencia de razones impide verificar cuáles fueron las variables tenidas en cuenta para considerar como razonables el monto reparatorio.

Por otra parte, se quejan de que el juzgador tampoco indicó los rubros indemnizados y al haber sido esa suma ofrecida abarcativa de todo concepto, se preguntan si dentro de ese monto quedan incluidos los honorarios profesionales de quienes actuaron en la causa.

Por ello, entienden que el decisorio atacado adolece de serias falencias de fundamentación.

Finalmente, hacen reserva del caso federal y dejan planteada la inconstitucionalidad de la ley 24.316 por encontrarse la misma en evidente contradicción con los arts. 16 y 18(REF:LEG1280.189 de la Constitución Nacional).

II.- Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, mediante Dictamen P n° 763 de fecha 6/09/2010, resuelve mantener el recurso de casación incoado por los apoderados de los querellantes particulares (fs.99).

III.- En lo que respecta a la legitimación subjetiva del querellante particular que resiste la concesión de la suspensión del juicio a prueba, tal como se adelantara en el punto III.2 del segundo agravio, sólo se va a encontrar legitimado para discutir la decisión que concede la suspensión del juicio a prueba, cuando sus agravios se dirijan a denunciar que el Tribunal inobservó el cumplimiento de las condiciones legales que el legislador ha establecido como requisitos para su procedencia (arg. art. 76 bis del Código Penal).

Sin embargo, una especial consideración amerita la impugnación del querellante (además actor civil) ceñida sólo con la razonabilidad de la oferta reparatoria. Su legitimación es admisible cuando el cuestionamiento se orienta a demostrar que el juicio de razonabilidad del Tribunal es arbitrario porque la oferta reparatoria no ha incluido a todos los damnificados o aquella ponderación se efectuó considerando exclusivamente las condiciones económicas del imputado, a pesar de existir otras partes civiles actuando en el proceso penal. Va de suyo que, el referido estándar, legitima también la impugnación casatoria cuando el gravamen se dirige a evidenciar que la decisión del Tribunal de mérito, que concluye en la razonabilidad de la oferta, no considera en lo más mínimo las condiciones económicas del imputado.

IV. Delineado el marco de análisis debe señalarse que los mencionados supuestos se verifican en el caso bajo estudio.

1. Adviértase que, aún cuando esta Sala Penal ha reconocido que el juicio de razonabilidad de la oferta de reparación realizada por el acusado constituye una facultad discrecional del iudex, también se afirmó que la misma resulta controlable en casación, en caso en que el decisorio luce ausente de motivación (T.S.J., Sala Penal, S. n° 234, 18/09/09).

2. El caso bajo examen:

a. La pretensión de los damnificados, constituidos en querellantes particulares y actores civiles, si bien conforme al escrito obrante a fs.47 de la Instancia de Constitución en actor civil, ascendía a la suma de \$ 760.821,27, cabe tener en cuenta que dicho monto era reclamado no sólo por los padres de la víctima sino también por los hermanos menores, quienes han sido excluidos de oficio (fs. 57/58 y 81 de la Instancia de Constitución en Actor civil). Por ello, el monto reclamado tal como surge del oficio remitido a mediación asciende aproximadamente a la suma de \$ 651.021,27 (fs. 79 y 86 de la Instancia de Constitución en Actor Civil).

b. Los acusados ofrecieron abonar a la parte damnificada (querellantes particulares y actores civiles) la suma de \$ 100.000 pagaderos en diez cuotas mensuales y consecutivas de \$ 10.000 cada una (fs 3/5).

c. La conducta de los imputados causó la muerte de Fernando Damián Heredia.

d. El tribunal de mérito al momento de resolver la concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado entendió que la oferta realizada era razonablemente reparadora, sin brindar argumento alguno de tal conclusión.

3.a. El examen de las particulares circunstancias de la causa permiten adelantar que, más allá de la razonabilidad o no de la oferta realizada por el acusado, el Tribunal no explicitó ninguna razón para sostener la afirmación expuesta en orden a que la oferta realizada por el acusado resulta razonable.

La referida exigencia adquiere mayor trascendencia si se repara en que, la suma ofrecida (\$ 100.000) por el acusado resulta irrisoria frente al monto reclamado por los damnificados (\$ 651.021,27), siendo que dichos montos no han sido cuestionados por el oferente.

b. A más de ello, respecto a los dichos del imputado en cuanto manifiesta que es trabajador rural y la única fuente de ingreso es la explotación de una pequeña parcela agrícola-ganadera, con lo que sólo logra cubrir sus necesidades básicas, cabe reparar en que sólo contamos con sus dichos ya que de las constancias de la causa, no se desprende una situación económica de estrechez, toda vez que no surgen las condiciones de vida que lleva el encartado y su grupo familiar, ni cuales son los ingresos que percibe. Por el contrario, surge que el encartado posee ciertos bienes de valor, tales como inmuebles y automóviles los cuales han sido embargados por los damnificados (ver fs. 20, 95/103 de la Instancia de Constitución en Actor Civil).

De manera que, surge evidente, que tampoco se ha probado la estrechez económica que intenta alegar el encartado.

La acreditación de tal circunstancia luce necesaria máxime si se repara en que Rubén Oscar Baracchi es una persona de cincuenta años de edad, sin ningún impedimento físico ni psíquico, que posee bienes de valor y que contrató un abogado particular para su defensa.

Entonces, respecto a la situación económica que alega el acusado, sólo se cuenta con sus dichos, sin que se avizore que la carga de la prueba de esa condición tenga punto de contacto alguno con el principio in dubio pro reo. Ello así porque tal principio, derivación inescindible del estado de inocencia, se vincula con el desplazamiento de la carga probatoria hacia el acusador de la existencia del hecho, de la participación o de las circunstancias atenuantes o eximentes alegadas en relación a la responsabilidad penal. Ni al acusador -que ni siquiera interviene con relación a este requisito de la probation-, ni menos a la víctima les compete probar la estrechez económica simplemente invocada (T.S.J., Sala Penal, "Bataglino, Jorge Carlos" S.nº 287, 26/10/07).

Adviértase que, como ya lo ha señalado de manera reiterada esta Sala Penal, el juicio de razonabilidad que efectúe el tribunal ha de atender no sólo a la concreta suma ofrecida a título de reparación, sino también en la extensión del daño que relata el documento acusatorio, las pretensiones de la víctima y las reales posibilidades de pago del imputado. Sólo así se satisface el paradigma de "reparación a la víctima", que es uno de los ejes de la probation que se reclama.

4.- Entonces, al no haberse explicitado el juicio lógico que permite sostener la conclusión que agravia a los recurrentes, el recurso resulta de recibo.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti , por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA CUARTA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento el resultado de la votación que antecede corresponde:

I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el doctor Carlos Hairabedián, abogado defensor del imputado Guillermo Oscar Baracchi. En consecuencia, revocar el punto 1 del Auto Número Trece dictado el dos de julio del dos mil diez dictado por la Excma. Cámara Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad y reenviar las presentes actuaciones a los efectos de que el tribunal a quo se expida sobre todos los requisitos exigidos por el art. 76 bis del CP, conforme a las pautas establecidas en la primera cuestión.

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los Dres. Rogelio E. Rojo Rouviere.y Javier Rojo, apoderados de los actores civiles y querellantes particulares, Norma Beatriz Cressatti y Francisco Rogelio Heredia. En consecuencia, revocar el punto 2 del Auto Número Trece dictado el dos de julio del dos mil diez dictado por la Excma. Cámara Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad y reenviar las presentes actuaciones a los efectos de que el tribunal a quo se expida sobre todos los requisitos exigidos por el art. 76 bis del CP, conforme a las pautas establecidas en la tercera cuestión.

III. Sin costas en la alzada por el éxito obtenido (arts. 550 y 551 C.P.P.).

Asi voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti , por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el doctor Carlos Hairabedián, abogado defensor del imputado Guillermo Oscar Baracchi. En consecuencia, revocar el punto 1 del Auto Número Trece dictado el dos de julio del dos mil diez dictado por la Excma. Cámara Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad y reenviar las presentes actuaciones a los efectos de que el tribunal a quo se expida sobre todos los requisitos exigidos por el art. 76 bis del CP, conforme a las pautas establecidas en la primera cuestión.

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por los Dres. Rogelio E. Rojo Rouviere. y Javier Rojo, apoderados de los actores civiles y querellantes particulares, Norma Beatriz Cressatti y Francisco Rogelio Heredia. En consecuencia, revocar el punto 2 del Auto Número Trece dictado el dos de julio del dos mil diez por la Excma. Cámara Criminal de Sexta Nominación de esta ciudad y reenviar las presentes actuaciones a los efectos de que el tribunal a quo se expida sobre todos los requisitos exigidos por el art. 76 bis del C.P., conforme a las pautas establecidas en la tercera cuestión.

III. Sin costas en la alzada por el éxito obtenido (arts. 550 y 551 C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI. Vocal del Tribunal Superior de Justicia.

Dra. M. de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL. Vocal del Tribunal Superior de Justicia.

Luis Enrique RUBIO. Vocal del Tribunal Superior de Justicia.

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI. Secretario del Tribunal Superior de Justicia.