**STJSL-S.J. – S.D. Nº 176/16.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a diecinueve días del mes de octubre de dos mil dieciséis**,***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*,** se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO- Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS MARCILLESE MARTÍN – SU DCIA. (Dr. FRANCISCO MUÑOZ)”* –** IURIX Nº INC. 144869/3.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:**1) Que a fs. sub 1, del presente incidente, el recurrente interpuso Recurso de Casación contra del Auto Interlocutorio Nº 295, de fecha 22/10/2014 obrante a fs. sub 35/sub 38 (INC. 144869/2), dictado por la Cámara de Apelaciones Penal, Correccional y Contravencional Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, que resolvió no hacer lugar al recurso de apelación y nulidad interpuesto, contra el decreto de fecha 16/08/2013 (fs. sub 7/sub 8 del INC 144869/2 reservado como documental en secretaría), que dispuso el desalojo de todo ocupante del establecimiento San Leonardo y la prohibición de todo quebrantamiento a lo allí dispuesto.-

Los fundamentos recursivos lucen agregados a fs. sub 4/sub 7 vta.-

En los referidos fundamentos, el casacionista manifiesta que la impugnación se basa en lo prescripto por el art 428 del C.P. Crim, inc. a y denuncia la violación de la garantía constitucional, de prohibición de la *reformatio in peius,* prevista en el art 397 del C.P. Crim. que expresa: *“La sentencia del superior no podrá agravar la del inferior en un sentido desfavorable al procesado”.-*

Que se agravia por cuanto considera que han sido violados o erróneamente aplicados el art. 17 de la C.N., el art. 2411 del Código Civil; como así también el art. 18 de la Constitución Provincial.-

Entiende que hubo error en la elección de la norma aplicable, art. 242 bis del C.P Crim., cuando la cuestión estaba resuelta en la Ley sustantiva; esto es, en el art. 2411 del Código Civil.-

Dijo que la Cámara de Apelaciones, aplicó el art. 242 bis del C.P. Crim., agravando la condición del imputado, por ello la sentencia es ilegal e ilegítima y violatoria del derecho de propiedad (art. 17 de la C.N.). Se plantea cuestión constitucional y hace reserva de derechos.-

2) Que corrido el traslado de rigor (fs. sub 8 el 12/11/14), a fs. sub 10/sub 12 del presente incidente, se presenta la contraria y contesta el mismo.-

Que en primer término, se refiere a la **inadmisibilidad formal** del recurso de casación, en tanto no ataca una sentencia o resolución definitiva de la Cámara, sino que se refiere a un auto interlocutorio que resuelve un planteo de nulidad y apelación, contra un decreto del Juez Instructor, que dispone medidas cautelares, con referencia a la ocupación del inmueble en cuestión.-

En el punto b) de la **inadmisibilidad sustancial**, expone que estaban dadas las condiciones de toda medida cautelar y fundamentalmente las condiciones de “verosimilitud del derecho” y “peligro en la demora”, y ue el *a- quo* procedió conforme el art. 242 bis, considerando que se han reunido los extremos que el mismo establece. Que la Cámara hace referencia al mismo, reafirmando lo resuelto por el *a-quo*, confirmando la resolución atacada, por ser ajustada a derecho.-

Y por último, cita la **falta de demostración del perjuicio alegado**, conforme lo prescripto por el art. 428 de C.P. Crim., que exige la efectiva demostración del error jurídico, que se le atribuye a la sentencia cuestionada; en consecuencia, no existe agravio irreparable, ya que resta la sustanciación de todo el proceso, la recepción de la prueba, y se produzca el meollo del proceso que determinará la situación final del denunciado.-

3) Que a fs. sub. 19, obra dictamen del Sr. Procurador General, quien estimó, por las razones que expuso, -a las que remito y doy por reproducidas en honor de brevedad-, que debe rechazarse el recurso de casación intentado.-

4) Que de acuerdo al orden de los cuestionamientos del epígrafe, corresponde tratar en primer lugar, la procedencia formal del recurso intentado, con el objeto de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley procesal vigente, en punto a la admisibilidad del recurso.-

Que surge de las constancias de la causa, que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Sin embargo se advierte que no se cumple con la exigencia prevista en el art. 426 del C.P. Crim., que establece como requisito insoslayable, de procedencia de la vía de excepción intentada, que: *“El recurso procederá contra sentencias o resoluciones definitivas de las Cámaras de Apelaciones”.-*

Así, el decreto que se pretende conmover, contiene una medida adecuada al caso, a las circunstancias y al derecho; en virtud de ello, la misma resulta provisoria y cautelar, atento a la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o irreparable. Que el Auto interlocutorio Nº 295 (de fecha 22/10/14), de la Excma. Cámara, rechaza el recurso de apelación y nulidad intentado, contra un decreto del Juez, que dispone una medida cautelar, con relación a la ocupación del Establecimiento San Leonardo y la prohibición de todo quebrantamiento de lo allí dispuesto.-

Que tal como lo considera el Sr. Procurador General, en autos, se pretende conmover un decreto, que contiene una medida cautelar, con lo cual no hay sentencia definitiva, ni se equipara a la misma; pues al tratarse de una medida cautelar, la misma es provisoria y por ello no causa gravamen irreparable.-

Que al respecto, el proceso cautelar es aquel que tiende a impedir que el derecho, cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro juicio, pierda su virtualidad, o eficacia durante el tiempo que transcurre, entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Este proceso carece de autonomía, pues su finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso.- Que son presupuestos de las medidas cautelares: la verosimilitud del derecho, invocado como fundamento de la pretensión principal y el temor fundado de que ese derecho, se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso o que existe un peligro en la demora (*periculum in mora*) y es, en este riesgo, que reside el interés procesal, que respalda a toda pretensión cautelar.-

Es decir, que el otorgamiento de una medida cautelar, no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado; basta una simple apariencia o verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*). Al respecto y tal como resulta de la naturaleza las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados, el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud.-

Así y conforme a lo expresado, las medidas cautelares son ante todo “provisionales” y según el art. 202 del CPC y C.. subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron y en cualquier momento en que éstas cesaren, se podrá requerir su levantamiento.-

Que la nota de definitividad, queda patentizada *“cuando se decide de modo final sobre la existencia o suerte del derecho de fondo”* (LL t.1996, p.1120). Y la ausencia de tal requisito, no puede suplirse mediante la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento, o la alegada interpretación errónea del derecho aplicable (Cfr. STJSL N° 42/07 “JOFRÉ Hugo Mario – Recurso de Casación”, Expte. N° 01-J-07, y doctrina allí citada).-

Conforme este criterio, se requiere que el pronunciamiento que motiva la controversia, recaiga sobre el asunto principal objeto del litigio, condenando o absolviendo al demandado y que, de quedar firme, producirá cosa juzgada. Por consiguiente, las decisiones de otra índole no son susceptibles de este recurso, salvo que produzcan el efecto de aquellas, finalizar la litis principal, haciendo imposible su prosecución.-

Si bien en el caso sub-examen, se invocan garantías constitucionales, la Suprema Corte, tiene dicho que: *“la invocación de garantías constitucionales, arbitrariedad o gravedad institucional no suple la ausencia de definitividad de la resolución invocada”* (C.S- Fallos T. 308:1486,2049; 313:22).-

Consecuentemente con lo expuesto, el recurso interpuesto solo procede contra los pronunciamientos definitivos (que deciden sobre el fondo de la cuestión), y el auto resolutorio Nº 295 de fecha 22/10/2014 impugnado, no tiene tal naturaleza, ya que se refiere a una medida cautelar; esto es, una orden de desalojo de todo ocupante del Establecimiento San Leonardo y la prohibición de todo quebrantamiento, correspondiendo por lo tanto, desestimar el planteo del recurrente.-

No debe olvidarse, que tratándose el presente de un recurso de carácter excepcional, debe extremarse el concepto de sentencia definitiva. Así este Superior Tribunal ha venido sosteniendo que: *“... para la procedencia del recurso en cuestión es necesario que la decisión cuestionada sea una sentencia definitiva es decir, la que dirime el fondo del pleito, la que declara la voluntad de la ley, terminando la controversia sin que sea posible renovarla y que, de quedar firme, producirá cosa juzgada”* (Cfr. STJSL “AMAYA ARNALDO ZACARÍAS y OTROS c/ S.E.S.L.E.P. y/o GOB. DE LA PCIA. DE SAN LUIS – DILIGENCIA PRELIMINAR – RECURSO DE CASACIÓN” 17-11-2005; “BECHER DAUCAN y OTRA c/ RANQUEL GAS S.R.L. – EJECUCIÓN HIPOTECARIA - RECURSO DE CASACIÓN”, 7-12-2005, entre otros).-

La inteligencia del concepto, ha sido conceptualizada por De Santos en su obra “Tratado de los Recursos”, donde expresa: “*Sentencia definitiva debe interpretarse en el sentido de aquel decisorio que produce los efectos de cosa juzgada sustancialmente y es, por ende, inmutable , ya sea en el mismo proceso o en otro que se intente a priori”* (De Santos en su obra “Tratado de los Recursos”, t. II, p, 128, Editorial Universidad).

De esta manera, la falta de definitividad del decisorio atacado, resulta determinante a los efectos del rechazo del Recurso de Casación interpuesto en autos (art. 426 del C.P. Crim.).-

Por lo expuesto, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo**: Conforme se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ,, dijo**: Corresponde rechazar el Recurso de Casación, interpuesto por la parte recurrente. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo**: Imponer las costas del presente recurso a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, octubre diecinueve de dos mil dieciséis.-**

***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.***

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la parte recurrente -

II) Costas a la recurrente vencida.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*