**STJSL-S.J. – S.D. Nº 238/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a tres días del mes de diciembre de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“(LG) PERALTA CLAUDIO DANIEL – HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA – APELACIÓN – RECURSO DE CASACIÓN” –*** IURIX PEX Nº 190162/16.-

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. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

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

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

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que por ESCEXT N° 6557505, de fecha 16/12/2016, el Dr. Francisco José Muñoz, abogado defensor, interpuso recurso de casación contra el auto interlocutorio N° 162 dictado el 22/11/2016 (Cfr. fs. 279).

El auto interlocutorio N° 162 fue dictado por la Excma. Cámara de Apelaciones Penal de la Tercera Circunscripción Judicial y dispuso no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el procesado en relación con la validez de la acusación fiscal y en su consecuencia confirmó la sentencia interlocutoria N° 506 de fecha 26/07/2016; asimismo, admitió la impugnación que pretendía la restitución del vehículo secuestrado en autos a su titular registral, designándolo depositario judicial del mismo y conminándolo a ponerlo a disposición del tribunal de juicio en la oportunidad que este lo requiera. (Cfr. actuación N° 6439285).

El A.I. N° 162 fue notificado a las partes el día 13/12/2016.

Sostuvo tanto al plantear la nulidad como en la apelación que solo se ha dado cumplimiento al aspecto formal de la norma, pero que al analizar lo sustancial, la requisitoria comete un artero ataque al derecho de defensa en juicio y debido proceso, califica el tipo delictivo omitiendo la aplicación del art. 35 del C.P. lo cual invalida dicha requisitoria como acto procesal válido.

Entendió que en consecuencia la resolución se convierte en definitiva, puesto que de consentirse la misma, el proceso penal continuará hasta agotar el juicio oral con esa acusación, lo cual, tal como se expone en este memorial, causa gravamen irreparable.

Manifestó que la acusación fiscal ha aplicado la calificación prevista por el art. 79 del Código Penal, habiéndose dejado de aplicar el art. 35 del mismo cuerpo normativo.

Expresó que la Excma. Cámara de Concarán, al tratar el recurso de apelación lo rechaza, argumentando sintéticamente que resulta inadmisible la pretensa nulidad fundada en la sola disconformidad con la calificación legal que el Ministerio Público le atribuye al hecho tipificado en su acusación que no se evidencia apartamiento del art. 265 del CPP que el acusador interpreta procedente y que de última, la calificación legal que corresponda la determinara el tribunal en oportunidad del art. 355 del C.P.P N. y finalizan sus fundamentos diciendo que resulta lábil aludir por parte de la defensa que con dicha acusación se priva al imputado de obtener el beneficio de suspensión del juicio a prueba.

Informó que en otro juicio por ante el mismo tribunal, la Excma. Cámara de Apelaciones denegó un pedido de suspensión del juicio a prueba, por la calificación legal dada por el Ministerio Público en la acusación, en este sentido consideró que el acusado no podrá ni siquiera peticionar el beneficio de suspensión del juicio a prueba, al menos ante este tribunal que lleva el juicio, por la calificación legal dada por el Fiscal.

Declaró que impedirle al acusado que pueda pedir un beneficio que la legislación penal ha puesto a su alcance por la deficiencia de la requisitoria, resulta arteramente un ataque a la garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso legal.

Alegó que es tan burda la calificación legal, que para llegar a sostenerla el Ministerio Público ha echado mano a una confesión extrajudicial en violación al art. 160 del CPP que solo tiene como válida una confesión, cuando se realiza frente al Juez y con la debida presencia del abogado defensor. Sin embargo, ante esa observación, el Tribunal de Apelación solo se atiene a considerar que “los requisitos formales están cumplimentados”.

Arguyó que el fiscal debe realizar la calificación legal de los hechos, y es allí donde se incurre en el vicio de nulidad; si se admite que hubo una agresión ilegítima propiamente dicha por parte de la víctima y se admite en la acusación que la reacción fue desproporcionada, la calificación legal de tentativa de homicidio resulta un vicio sustancial. Consideró que la calificación legal es exceso en la legítima defensa.

Adujo que surge elocuente el perjuicio que causa una acusación con los defectos y vicios imputados, al poner en situación al acusado, por ejemplo de no poder pedir la suspensión del juicio a prueba por la calificación legal que se indica. Cuando, si la adecuación legal responde a los propios hechos relatados por el Fiscal, el acusado estaría en condiciones de solicitarlo. Dentro de este mismo fundamento, en otro punto de la cuestión, también surge ostensible el legítimo agravio, cuando al tratar la nulidad, la Sra. Juez *a-quo* ingresa en la consideración de que no existe violación de la garantía de defensa en juicio, cuando en la requisitoria fiscal para acusar y sostener, se ha meritado la confesión que el imputado realizó frente al perito psiquiatra.

En este sentido, reflexionó que la solución la da el propio texto de la ley, en su art. 160 del CPCCrim. donde establece que la confesión solo es válida cuando se expresa ante el juez; por lo que si la requisitoria fiscal se basó en la confesión que el imputado efectuó ante el psiquiatra, la acusación es nula porque viola el art. 160 del CPCCrim.

Finalmente formuló reserva.

2) Corrido traslado de ley, por actuación N° 8108937, de fecha 27/10/2017, la Sra. Fiscal de Cámara dictaminó que: “… *este Ministerio Público entiende que la resolución recurrida no es definitiva ni equiparable a definitiva en virtud que los agravios aducidos por la defensa son argumentos tratables en juicio dado que la requisitoria fiscal es solo la plataforma sobre la cual se lleva adelante el juicio oral; por lo cual no se dan los requisitos establecidos por el art. 426 del Código de rito, por lo que entiendo que el recurso de Casación debe rechazarse.*

*Que en modo alguno el recurrente señala los vicios de razonamiento que incurrió el Tribunal, que hubieran afectado la valoración de la prueba, bajo el prisma de la sana crítica racional, por lo que considero que la resolución es ajustada a derecho, es congruente y por ende debe rechazarse el recurso intentado; teniendo en cuenta que el mismo se encuentra debidamente apoyado en las constancias agregadas a la causa, no advirtiendo lesión alguna al derecho de defensa teniendo en consideración que no violenta presunción de inocencia hasta resolución definitiva*.”

3) Que por actuación N° 9391403, de fecha 11/06/2018, se expidió el Sr. Procurador General de la Provincia de San Luis, quien para emitir su opinión entendió que: “… *Pasado al estudio de los requisitos para la procedencia del Recurso de Casación, resulta insoslayable para su admisibilidad que la resolución cuestionada tenga condición de sentencia definitiva “naturaleza atribuible a las decisiones que ponen fin a los pleitos, impiden su prosecución, o causen un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior” (Conf. STJSL N° 22/10 “Inc. de Rechazo de Recusación con causa: “Ibáñez Cristóbal Omar – Montiel Alejandro José – Su dcia.” – Recurso de Casación”; Nº 53/14; Nº 89/15, entre otros).*

*El auto interlocutorio cuestionado no reúne tal condición. Así, se entiende por sentencia definitiva “la que dirime la controversia poniendo fin al pleito haciendo imposible la prosecución”. Criterio que, además, ha sido compartido con el Superior Tribunal, de lo que se colige que el Auto de Procesamiento no es revisable por vía de casación.*

*Asimismo, autorizada jurisprudencia respalda esta afirmación, en tanto “las resoluciones cuya consecuencia es la obligación de seguir sometido al proceso criminal, no satisfacen por regla, la calidad de sentencia definitiva, ni resultan equiparables a ella, pues no ponen fin al proceso ni impiden su continuación” (TSJ Sala Penal Cba. S Nº 54 18/06/09 “Álvarez, Diego Marcelo p.s.a. Estafa en grado de tentativa – Recurso de Casación”).*

*Entrado al análisis de la posibilidad de una excepción a la regla antedicha, cabe admitirla, en líneas generales, cuando la resolución cause algún perjuicio de imposible reparación ulterior, no desprendiéndose, a criterio de esta Procuración, causales que habiliten la revisión casatoria, esto es, un agravio de magnitud suficiente que permita considerar su admisibilidad por vía excepcional.”,* por lo expuesto, propició el rechazo del recurso interpuesto

4) Que por ESCEXT N° 9916716, de fecha 03/09/2018, contesta traslado el apoderado del particular damnificado quien consideró que el recurso interpuesto resulta formalmente improcedente en virtud de que la sentencia atacada no reviste el carácter de definitiva, sino de interlocutoria y por lo tanto, no es pasible de ser atacada con el recurso en trámite.

Manifestó además que la misma no resulta equiparable a una sentencia definitiva, ya que no resuelve la cuestión de fondo.

Advirtió que en el desarrollo de los fundamentos del recurso, los mismos tienden a discrepar con el criterio del V.E. en relación con la requisitoria fiscal, que oportunamente atacara de nula, lo que resulta absolutamente ajeno al recurso de casación.

5) Que pasados los autos a dictar sentencia, corresponde -de modo preliminar- examinar el cumplimiento de los recaudos formales que hacen a la admisibilidad de la vía casatoria intentada.

Analizadas las constancias del expediente y del sistema IURIX, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término, atento que la Sentencia Interlocutoria N° 162, de fecha 22/11/2016, fue notificada a los representantes del imputado en fecha 13/12/2016 (Cfr. Comprobante de cédula electrónica N° 6528572). El recurso de casación fue interpuesto en fecha 16/12/2016 mediante ESCEXT N° 6557505 y fundado el 27/12/2016, mediante ESCEXT N° 6604831, dando cumplimiento a lo ordenado por el art. 430 del CPCCrim.

El recurrente se encuentra exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

Sin embargo, se advierte que no se cumple con la exigencia prevista en el art. 426 CPCCrim., que establece como requisito insoslayable de procedencia de la vía de excepción intentada, que: *“El recurso procederá contra sentencias o resoluciones definitivas en las Cámaras de Apelaciones”*.

En la especie, surge que la resolución impugnada, Auto Interlocutorio Nº 162, del 22/11/2016, que resolvió no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el procesado relacionada con la validez de la acusación fiscal y en su consecuencia confirmó la sentencia interlocutoria N° 506, de fecha 26/07/2016, no reviste el carácter de sentencia definitiva, ni es equiparable a tal.

Cabe recordar que tratándose el presente de un recurso de carácter excepcional, debe extremarse el concepto de sentencia definitiva. Al respecto, 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”* (STJSL Nº 71/07 “Novillo, Rubén Darío y otros – Av. Robo Reiterado - Recurso de Casación”, 22-11-07).

En tal sentido, se ha dicho que: *“Las resoluciones que rechazan planteos de nulidad y cuya consecuencia es continuar sometido al proceso no constituyen sentencia definitiva o equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario, sin que la invocación de la tacha de arbitrariedad o de garantías constitucionales puedan suplir ese requisito. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. (www.csjn.gov.ar)”* (CSJN, 23/10/2007, "Clutterbuck, Marcos s/causa N 5459", C. 996. XLII. RHE. T. 330. P. 4549, Mayoría: Fayt, Petracchi, Zaffaroni. Voto: Argibay. Disidencia: Maqueda. Abstención: Lorenzetti, Highton de Nolasco. En <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd>, acceso 23/07/18).

“*El rechazo de un planteo de nulidad no cumple, en principio, con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto por el artículo 457 CPPN, ya que no se trata de una sentencia definitiva o equiparable a tal, ni de un auto que pone fin a la acción, a la pena o hace imposible que continúen las actuaciones, ni tampoco deniega la extinción, conmutación o suspensión de la pena, ni ocasiona un agravio ulteriormente irreparable, sin que el recurrente haya demostrado el agravio actual de tardía o imposible reparación ulterior que le genera la decisión dictada por el a quo, a efectos de equipararla a un pronunciamiento de carácter definitivo y habilitar así la intervención de esta Cámara. (Dres. Borinsky, Gemignani y Hornos.)”* (Lynch, Santiago s. Queja. En <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/jurisprudencia/fallos/ver/1189707>, acceso 23/07/18).

Al respecto ha sostenido reiteradamente este Alto Cuerpo que “…*en materia criminal como la que se trata, solo produce sentencia definitiva o resuelve cuestión constitucional el auto de sobreseimiento y la sentencia definitiva y auto fundado que dispone no instruir sumario por inexistencia del delito o causal impeditiva o extintiva de la acción penal*” (Cfr. S.T.J.S.L “FERNÁNDEZ JOSÉ y OTROS ADMINIST. FRAUDULENTA – RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD”, 19-12-06; ESCUDERO ROBERTO – Expte. Nº 4-06 – RECURSO DE QUEJA”,09-09-09; CHAMMAH MAURICIO EDUARDO – RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (INC. 33728/1) en el principal “JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 46 – Expte. N° 58782 – “CHAMMAH MAURICIO s/ DEFRAUDACIÓN” (Expte. N° 33788/6) – RECURSO QUEJA”, 17-03-2011, entre otros).

Por lo que no se verifica en este caso el requisito de admisibilidad objetiva requerido para la procedencia de la vía casatoria intentada por la defensa.

Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para declarar inadmisible el recurso de casación traído a estudio.

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

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Conforme se ha votado la cuestión anterior, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN 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, tres de diciembre de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto en fecha 16/12/16.-

II) Costas al recurrente vencido.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*