

SENTENCIA NÚMERO: CUARENTA Y SIETE

En la Ciudad de Córdoba, a los ocho días del mes de marzo de dos mil trece, 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 las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "RIVAROLA, Ángel Onofre p.s.a. homicidio calificado -Recurso de Revisión-" (Expte. "R", 24/2012), con motivo del recurso de revisión interpuesto por el Dr. Alejandro Dragotto, abogado defensor del encartado Ángel Onofre Rivarola, en contra de la sentencia número dieciocho dictada con fecha veintiuno de mayo del año dos mil tres por la Excma. Cámara Séptima del Crimen de esta Ciudad de Córdoba.

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

1º) ¿Debe hacerse lugar al recurso de revisión interpuesto?

2º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

1.1. Por sentencia nº 18 dictada con fecha 21 de mayo del año 2003, la Cámara Séptima del Crimen de esta Ciudad de Córdoba, resolvió -en lo que aquí interesa- declarar a *Ángel Onofre Rivarola, autor responsable del delito de Homicidio Simple Reiterado -dos hechos- agravado por el uso de arma de fuego*, en concurso real, en los términos de los arts. 45, 79, 41 bis y 55 del CP e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de diecisiete años de prisión, con declaración de primera reincidencia, adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41 y 50 del CP y 550 y 551 del CPP) (fs. 6/28).

2. Por Auto nº 62 dictado el día 29 de agosto del dos mil siete la Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió, en lo que aquí interesa; "*Unificar en relación al interno Ángel Onofre Rivarola lo que le resta cumplir de la pena impuesta por la Excma. Cámara Quinta del Crimen, esto es un año y dos meses de prisión (Sentencia nº 20 de fecha 05/05/99) la pena impuesta por la Excma. Cámara Séptima del Crimen de diecisiete años de prisión (Sentencia nº 18 del 21/05/2003), condena esta última que se encuentra cumpliendo paralelamente con la pena de prisión*

perpetua impuesta por esta Excma. Cámara Undécima del Crimen (Sentencia nº 30 del 01/09/2004); en la PENA UNICA de prisión perpetua, con adicionales de ley y costas, declaración de reincidencia y revocación de la libertad condicional oportunamente otorgada por la Cámara Quinta del Crimen con fecha 08/04/00 (Arts. 5, 9, 12, 15, 29 inc. 3, 40, 41 y 50, 58 CP; 550 y 551 CPP; 1º Ley 24660 y 1 Ley 8878)...”.

II. El Dr. Alejandro Dragotto, abogado defensor del penado Ángel Onofre Rivarola, interpone recurso de revisión en contra de las resoluciones aludidas, enmarcando su pretensión en el inc. 5º del art. 489 del C.P.P., solicitando se revoquen las declaraciones de reincidencia allí contenidas.

Para comenzar destaca la situación procesal de su defendido, señalando que por Auto nº 72 (sic) dictado el día 29 de agosto de dos mil siete, la Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación procedió a unificar las distintas sanciones que le habían sido aplicadas, imponiéndole la pena única de prisión perpetua, manteniendo la declaración de reincidencia impuesta por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación y revocando la libertad condicional supuestamente concedida por la Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación con fecha 8 de abril del año dos mil.

Refiere que de los considerados del fallo dictado por la Cámara Séptima (Sentencia nº 18 del 21/05/2003) se desprende que para declararlo reincidente el Tribunal tuvo en cuenta que su asistido “*registra una condena anterior impuesta por la Excma. Cámara Quinta del Crimen a tres años y seis meses de prisión por el delito de robo con fecha 05/05/1999, sin que haya transcurrido el término establecido en la ley de fondo*”.

Sostiene que si bien es cierto que Rivarola fue condenado por la Cámara Quinta del Crimen a la pena de tres años y seis meses de prisión, se debe tener en cuenta que antes que dicho pronunciamiento adquiriera firmeza, el incoado ya había recuperado su libertad. Alega que no fue bajo la modalidad de la libertad condicional como erróneamente lo entendió la Cámara Séptima del Crimen, sino que la Cámara Quinta del Crimen dictó el cese de prisión preventiva (Auto nº 33 de fecha 26/04/00), fundado precisamente, en que la sentencia condenatoria oportunamente dictada por ese Tribunal no se encontraba firme, a causa del recurso de casación oportunamente deducido por el defensor del imputado.

En consecuencia, concluye que Rivarola no puede ser reputado reincidente, en razón que no cumplió, *strictu sensu*, pena privativa de la libertad, sino que el encierro lo fue a título de encarcelamiento preventivo, todo ello en virtud de la doctrina judicial

acuñada originariamente por la CSJN en el precedente "Mannini" y receptada por esta Sala Penal a partir del precedente "Quevedo"; doctrina actualmente imperante.

Por todo lo expuesto solicita se revoque la declaración de reincidencia impuesta por la Cámara Séptima con fecha 21/05/2003 mediante Sentencia nº 18, como también el Auto nº 72 (sic) dictado por la Cámara Undécima del Crimen de fecha 29/08/07 en el cual se le impone la pena unificada de prisión perpetua y se mantiene la declaración de reincidencia cuestionada.

III. En relación a la cuestión sometida a análisis, obran en autos y en el expediente "Rivarola, Angel Onofre p.s.a. robo calificado agravado, etc. -Recurso de Inconstitucionalidad-" (Expte. "R", 17/2011) que se tramitan ante este Tribunal, las siguientes constancias:

1) El día cinco de mayo de 1999, la Cámara Quinta en lo Criminal de la ciudad de Córdoba, dictó la Sentencia número veinte por la cual resolvió condenar a Ángel Onofre Rivarola por el delito de robo y le impuso la pena de tres años y seis meses de prisión (fs. 1887/1897 del Recurso de Inconstitucionalidad).

2) Con fecha 26 de abril del año 2000 la misma Cámara Quinta, mediante Auto número treinta y siete resolvió conceder a Ángel Onofre Rivarola el cese de prisión. De los fundamentos allí vertidos, surge que, pese a que el prevenido solicitó la libertad condicional, correspondía otorgar el cese de prisión por no encontrarse firme la sentencia condenatoria (fs. 31 del Recurso de Revisión).

3) Del certificado obrante a fs. 33 surge que con fecha 10 de diciembre del año 1999, la Sala Penal del T.S.J. de Córdoba por Sentencia nº 140 rechazó el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Cámara en contra de la Sentencia nº 20 dictada el 5 de mayo de 1999 por la Cámara Quinta del Crimen por la cual se condenó a Rivarola por el delito de Robo y se le impuso la pena de tres años y seis meses de prisión. Asimismo surge que el Tribunal mencionado en primer término, mediante Auto nº 414 dictado el 21 de diciembre del año 2000, declaró formalmente inadmisibile el Recurso Extraordinario interpuesto por el Fiscal General en contra de la sentencia que rechazo el recurso de casación.

4) Con fecha veintiuno de mayo de dos mil tres la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba dictó la Sentencia nº 18 -cuya impugnación aquí tratamos-, por la cual condenó a Rivarola como autor del delito de Homicidio Simple Reiterado -dos hechos- agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real y le impuso la pena de diecisiete años de prisión, con declaración de primera reincidencia. De

los argumentos expuestos en la citada resolución, surge que la declaración de reincidencia tuvo lugar en virtud de que Rivarola registraba una condena anterior impuesta por la Cámara Quinta del Crimen el día 05/05/1999 (fs. 6/28 del Recurso de Revisión).

5) Del certificado obrante a fs. 33 surge que con fecha 21 de octubre del año 2004, la Sala Penal del T.S.J. de Córdoba, por Auto nº 376 rechazó el recurso de casación interpuesto por el defensor del imputado en contra de la Sentencia nº 18 dictada el 21 de mayo de 2003 por la Cámara Séptima del Crimen que condenó a Rivarola a la pena de diecisiete años de prisión. Asimismo, surge que en contra de la aludida resolución la defensa interpuso Recurso Extraordinario, el que fuera declarado formalmente inadmisibile por el T.S.J. por Auto nº 157 dictado el día 18 de mayo del dos mil cinco.

6) El día uno de septiembre del año 2004 la Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación de la ciudad de Córdoba, dictó la Sentencia nº 30 por la cual declaró a Ángel Onofre Rivarola co-autor del delito de Robo Calificado reiterado y autor del delito de Homicidio Calificado y le impuso la pena de prisión perpetua (fs. 1763/1788 del Recurso de inconstitucionalidad).

7) Con fecha 29 de agosto de dos mil siete la Cámara en lo Criminal de Undécima Nominación de la ciudad de Córdoba dictó el Auto nº 62 por el cual resolvió unificar la pena que le resta cumplir impuesta por la Cámara Quinta del Crimen –un año y dos meses de prisión, Sentencia 20 del 05/05/99- y la pena impuesta por la Cámara Séptima de diecisiete años de prisión -Sentencia nº 18 del 21/05/2003- , condena que se encuentra cumpliendo paralelamente a la pena de prisión perpetua impuesta por la Cámara Undécima del Crimen -Sentencia nº 30 del 0/09/2004- en la pena única de prisión perpetua, con adicionales de ley y costas, declaración de reincidencia y revocación de la libertad condicional oportunamente otorgada por la Cámara Quinta del Crimen con fecha 08/04/00 (fs. 4 del Recurso de Revisión).

IV.1. Comenzando con el análisis de la impugnación planteada, corresponde señalar que el recurrente cobija su pretensión impugnativa en el inc. 5º del art. 489 del C.P.P., siendo su agravio que el tribunal de juicio declaró reincidente a su defendido efectuando una interpretación del art. 50 del C.P. que resulta más gravosa que la sostenida por este Tribunal a partir del precedente “Quevedo” (S nº 208, 13/08/2008), que recepta la doctrina sentada en “Mannini” por la C.S.J.N.

En relación a la causal de revisión invocada, ha de repararse en que ésta pone un coto temporal, al exigir que la hermenéutica más favorable de esta Sala lo haya sido “al momento de la interposición del recurso”.

El último requisito concurre en el caso de marras, toda vez que, al presentarse el escrito impugnativo en examen, este Tribunal ya se había expedido sobre el tópico planteado en las causas “Quevedo” (Sent. n° 208, 13/08/2008); “Llanos” (Sent. n° 205, 31/08/2010), “Juin” (Sent. n° 281, 20/10/2010) y “Romero” (Sent. n° 310, 20/11/2012) - entre otras-, por lo cual reiteraremos algunas de las consideraciones allí vertidas, al tratarse de casos similares.

2. La cuestión traída a estudio finca, pues, en determinar si el *a quo* fundó la declaración de reincidencia en relación al condenado Ángel Onofre Rivarola en una interpretación del art. 50 del C.P. que resulta más gravosa que la sostenida por este Tribunal a la fecha de interposición del recurso.

Adelanto mi conclusión afirmativa respecto a la procedencia de la revisión y doy razones de ello:

3.a) Para comenzar se impone señalar que, analizando el sistema de la reincidencia real, esta Sala ha sostenido (“Baigorria”, S n° 84, 19/09/2001) que ésta es una situación jurídica del encartado, cuya existencia depende de la comprobación objetiva de dos circunstancias: el cumplimiento total o parcial de una condena anterior y la comisión de un nuevo delito antes de transcurrido el término indicado en el último párrafo del artículo 50 del C.P.

b) Ha menester destacar que, a partir del precedente “Quevedo” (citado *supra*), este Tribunal comenzó a aplicar -por una razón de economía procesal y por un criterio de justicia material- la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación, en autos “*Mannini, Andrés Sebastián s/ causa N° 12678*”, de fecha 17/10/2007, surgiendo de este último fallo, entre otras cosas, que la privación de libertad a título de prisión preventiva no debe computarse como parte de la pena o como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia. Es decir que, a tales fines, el imputado debe haber estado privado de su libertad en calidad de penado y no de procesado.

c) Asimismo, cabe resaltar que con fecha 15 de junio de 2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en torno al tópico en cuestión en autos “*Romero, Christian Maximiliano s/ causa N° 7019*”, surgiendo de allí, en prieta síntesis, que, a los fines de la reincidencia, para que el imputado pueda considerarse “penado” debe haberse notificado la condena firme al Servicio Penitenciario, antes del goce de la libertad condicional.

Al respecto, adviértase también que la exigencia de comunicación aludida en el fallo “Romero” (ya cit.), armoniza con las previsiones de nuestro código de rito, que en su art. 505 tercer párrafo establece que *“Si el condenado estuviere privado de su libertad, en el plazo de veinte días a partir de que quede firme la sentencia condenatoria, el Tribunal comunicará la resolución a la autoridad administrativa competente a cuyo fin remitirá testimonio de aquélla, además del cómputo de la pena. En el plazo de diez días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la referida autoridad efectuará el traslado del condenado al establecimiento penitenciario que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la Ley Penitenciaria Nacional”*.

4. Cotejando lo recién expuesto con las constancias de la causa, surge que corresponde hacer lugar al planteo impugnativo formulado y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de reincidencia efectuada por el sentenciante.

Es que, conforme a lo reseñado en el punto III de la presente, el condenado Ángel Onofre Rivarola no estuvo privado de su libertad en calidad de penado con motivo de la Sentencia número veinte dictada por la Cámara Quinta del Crimen de la ciudad de Córdoba, sino que su encierro lo fue a título cautelar.

Ello así toda vez que, ha quedado acreditado que el incoado Rivarola obtuvo el cese de prisión con fecha 26 de abril del dos mil (Auto n° 37 dictado por la Cámara en lo Criminal de Quinta Nominación).

Dicho cese se fundó, justamente, en que a la fecha de su dictado la sentencia de condena (Sent. n° 20 del 05/05/1999) no había adquirido firmeza, lo que recién ocurrió con posterioridad al 21 de diciembre del año dos mil, toda vez que el Fiscal de Cámara interpuso Recurso de Casación en contra de dicha resolución y luego, el Fiscal General interpuso Recurso Extraordinario contra la resolución que rechazó el Recurso de Casación (ver pto III.3).

Así las cosas, entonces, resulta evidente que el encierro padecido por Ángel Onofre Rivarola con motivo de la Sentencia n° 20 dictada por la Cámara Quinta del Crimen transcurrió íntegramente en calidad de procesado, no pudiendo, en consecuencia, tomarse esa privación de la libertad como “cumplimiento parcial de la pena” a los efectos de la declaración de reincidencia.

De tal manera, y conforme a la doctrina judicial expuesta más arriba, es posible afirmar que en el *sub-examen* no concurren los requisitos necesarios para que el penado

Ángel Onofre Rivarola haya sido declarado reincidente; razón por la cual debe hacerse lugar al planteo impugnativo realizado por la defensa.

Voto, entonces, afirmativamente a la presente cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

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

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 idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por el Dr. Alejandro Dragotto, abogado defensor del encartado Ángel Onofre Rivarola.

II. Por todo lo referido y conforme a los argumentos expuestos supra, deben modificarse parcialmente la Sentencia nº 18 dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta Ciudad de Córdoba, con fecha 21 de mayo de dos mil tres, cuya parte resolutive ha sido reseñada *supra*, a fin de dejar sin efecto la declaración de reincidencia allí formulada, manteniendo el decisorio en los restantes aspectos y; el Auto nº 62 dictado por la Cámara Undécima del Crimen de Córdoba con fecha 29 de agosto del 2007, cuya parte resolutive ha sido reseñada *supra*, a fin de dejar sin efecto la declaración de reincidencia allí contenida, manteniendo el decisorio en los restantes aspectos.

III) Sin costas en la Alzada atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 del C.P.P.)

Así voto.

La señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

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

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 idéntica forma.

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

RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por el Dr. Alejandro Dragotto, abogado defensor del encartado Ángel Onofre Rivarola.

II. Por todo lo referido y conforme a los argumentos expuestos supra, debe:

1) Modificarse parcialmente la Sentencia nº 18 dictada por la Cámara en lo Criminal de Séptima Nominación de esta Ciudad de Córdoba, con fecha 21 de mayo de dos mil tres, cuya parte resolutive ha sido reseñada *supra*, a fin de dejar sin efecto la declaración de reincidencia allí formulada, manteniendo el decisorio en los restantes aspectos.

2) Modificarse parcialmente el Auto nº 62 dictado por la Cámara Undécima del Crimen de la ciudad de Córdoba con fecha 29 de agosto de 2007, cuya parte resolutive ha sido reseñada *supra*, a fin de dejar sin efecto la declaración de reincidencia allí contenida, manteniendo el decisorio en los restantes aspectos.

III. Sin costas en la Alzada (arts. 550/551 del 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 las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.