

**Causa N° 46.684 “FONTANALS, Jorge
Alfredo s/prescripción de la pena”.**

Juzgado n° 5 - Secretaría n° 10

Reg. n° 687

//////////nos Aires, 6 de julio de 2012.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I.- El Dr. José María Figuerero interpuso recurso de apelación a fs. 30 contra la resolución de fs. 28/29 por la que el Sr. Juez de grado rechazó sin más trámite el planteo de prescripción de la pena respecto de Jorge A. Fontanals.

A fs. 49/59 presentó el memorial de conformidad con lo establecido por el art. 538 del código de forma, solicitó se revoque el auto impugnado y se declare extinguida la pena impuesta a su defendido o en su defecto, la prescripción de la acción penal, decretándose en consecuencia, su sobreseimiento.

Explicó, sobre la base de doctrina y jurisprudencia que citó, que la prescripción de la pena debía computarse desde la notificación de la sentencia condenatoria, esto es, desde el 7 de diciembre de 2001, fecha de la condena dictada por el juzgado, o bien, el 28 de septiembre de 2006 cuando esta Sala confirmó ese fallo.

Desde otra perspectiva, refirió que la naturaleza extraordinaria del recurso deducido ante la Corte Suprema le confería firmeza a la confirmatoria de la condena, máxime cuando el remedio federal mencionado no fue admitido por razones formales. Por ello, concluyó en que a partir del fallo de esta Cámara empezó a correr el plazo de extinción de la pena, sin que la decisión que denegó el recurso extraordinario tenga algún efecto sobre este término conforme la dispone el art. 66 del Código Penal. También consideró que la sentencia firme a la que alude la norma citada se refiere a aquélla que no admite

más recursos ordinarios, por lo cual, agotados éstos el *dies a quo* debería ser el de la sentencia antes aludida.

También argumentó que la imposición de la pena ha perdido, con el paso del tiempo, su finalidad ya que Fontanals hoy en día es una persona socializada que durante estos 23 años no ha cometido ningún hecho ilícito, por lo cual hacerlo cumplir ahora la pena iría en contra de los fines mismos del proceso penal y de cualquier criterio de razonabilidad.

Por último, como planteo subsidiario, y no obstante existir en trámite un incidente de prescripción de la acción penal (Causa n° 46845), al tratarse de una cuestión de orden público, esbozó la posibilidad de declarar la extinción de la acción en el entendimiento de que cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por esa parte, la acción ya estaba prescripta. Ello, sobre la base de que con la instauración de la ley 25.990, el último acto con capacidad interruptiva es el dictado de la sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme (art. 67 del CP), haciendo referencia a la dictada por el juzgado instructor y remitiendo al criterio sustentado por ese tribunal en la decisión del 13 de julio de 2010.

II.- En materia de prescripción de la pena, el artículo 66 del Código Penal establece que: *“La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse”*.

La norma prevé dos hipótesis: que la pena no haya tenido comienzo de ejecución o que haya sido quebrantada.

El caso de autos se refiere a la primera de las hipótesis, el incumplimiento total de la pena, y en este aspecto el precepto legal presenta una técnica deficiente y padece una contradicción difícil de superar. Ello, habida cuenta de que para que inicie el término de la prescripción de la pena exige una “sentencia firme” y si se entiende que este tipo de sentencias son aquellas irrecurribles, obviamente pone fin al proceso y al quedar firme ya no hay “reo” sino “condenado”. Paralelamente, tampoco tendría sentido la notificación de algo que no puede ser recurrido.

A partir de esta cierta oscuridad de la norma, por vía doctrinaria y jurisprudencial se han elaborado dos posturas interpretativas.

Están quienes consideran que la correcta exégesis que hay que otorgarle es aquella que entiende que el plazo de la prescripción de la pena empieza a operar desde la medianoche del día en que la sentencia condenatoria, oportunamente notificada al encausado -o a su defensor- ha adquirido firmeza (ver CNCP, Sala III, C. n° 3769 “Medina”, Reg. n° 431.02.3 del 20/08/02; Sala IV, C. n° 4571 “Calderón”, Reg. n° 6072.4 del 27/09/04 y en similar sentido Creus, Carlos “Derecho Penal - Parte General, 3° ed. Actualizada y ampliada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 477).

Lo fundamental de esta postura es el momento en el cual la sentencia condenatoria pasó en autoridad de cosa juzgada, lo que se produce con posterioridad a su notificación al condenado. Al respecto se ha sostenido que es imperioso que haya nacido la obligación de cumplir la sentencia formalmente notificada, es decir, fija el inicio del plazo desde la medianoche del día en que el condenado está jurídicamente obligado a cumplir condena.

La otra tesis considera, como la manera de “salvar cómodamente la mentada incongruencia”, que el término de prescripción comienza desde la medianoche del día en que la sentencia le fue notificada al “reo” y que luego quedó firme (conf. León Carlos Arslanián, “Sobre la prescripción de la pena”, *Doctrina Penal*, Año 4, 1981, pág. 41, quien cita la obra de Jorge De la Rúa “*Código Penal anotado*”; y Andrés José D’Alessio, “*Código Penal -comentado y anotado-*”, Parte General, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, pág. 674/5).

Sostiene, Jorge De la Rúa, que la propia naturaleza del término inicial (notificación) es demostrativo de que la ley sustantiva inaugura el cómputo de una causal extintiva de la pena antes de que la sentencia que la impone quede firme, pues es obvio que por regla ninguna sentencia queda firme el día de su notificación (“*Código Penal Argentino - Parte General*”, 2da. Edición, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 1080).

Es decir, que al existir una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el condenado se encuentra en la obligación jurídica de cumplir la pena, y, por ende, cobra viabilidad la prescripción de la pena. Pero, lo particular

de nuestra ley es que una vez ocurrido ello, el instante preciso a tener en cuenta como comienzo del plazo respectivo es en un tiempo previo, cuando se notificó al “reo” la pena impuesta.

Ello, por cuanto al quedar firme la sentencia deja de correr el plazo de la prescripción de la acción y empieza el de la pena, pero como la norma toma como punto de partida la notificación al “reo” de la sentencia que luego quedó firme, parece razonable salvar esta incongruencia otorgándole virtualidad a aquella notificación de la condena que se mantuvo incólume.

Por ello, parte de la jurisprudencia ha entendido que una vez firme la sentencia condenatoria, el plazo de la prescripción de la pena se computa a partir de un momento anterior, cual es la medianoche del día que se notificó al imputado el fallo (CCC, Sala VII, “Savignano”, 22/08/1980). Con base en ella, Núñez afirmó: “no se trata de la notificación al condenado, de la sentencia que ya está firme, sino de la notificación hecha a él de la sentencia dictada. Al quedar firme la sentencia opera retroactivamente al momento de la notificación del condenado en lo que atañe al comienzo del término de prescripción de la pena impuesta” (ver “Las disposiciones Generales de Código Penal”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 294).

Fontanals fue condenado en el año 2001 en primera instancia a la pena de cuatro años de prisión en orden al delito de asociación ilícita (ver fs. 8860/8930) y, en virtud del recurso fiscal, esta Cámara confirmó esa sentencia elevando la pena a cinco años de prisión (ver fs. 9326/38). Luego y con motivo del recurso extraordinario interpuesto por la defensa y concedido a fs. 9437, la Corte Suprema de Justicia aplicó al caso, casi seis años después, el *certiorari* negativo, lo que implica que ni siquiera ingresó en el análisis de la cuestión de fondo, dejando incólume la firmeza de nuestra decisión del 28 de septiembre de 2006 -ver fs. 9326/9338-.

La naturaleza del mecanismo utilizado por el Alto Tribunal no importó confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida sino que solamente implicó la decisión de no emitir juicio sobre la presunta arbitrariedad invocada. En palabras de Augusto Morello este método de descarte es “neutro”, la Corte roza la superficie y no ingresa a la causa (a su tratamiento) ni abre juicio sobre los pronunciamientos anteriores en ella recaídos (conf “El

recurso extraordinario”, 2da. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1999, pág. 606).

Este recorrido lleva a centrar la atención en el fallo confirmatorio de la condena, producto de un recurso amplio y a partir de donde puede afirmarse que existió doble conforme respecto de lo sustancial de lo decidido.

La atención puesta sobre el fallo de segunda instancia y no sobre el que es producto de un recurso de naturaleza extraordinaria –ya sea que se defina o no como consecuencia de un control de admisibilidad- era compartida también por el voto del Dr. Miguel Ángel Almeyra en el fallo plenario “Barba” (causa n° 77033 de 23 de marzo de 1979). Al referirse a la sentencia firme, expresaba: “...cuando hablo de sentencia firme no me estoy refiriendo, por cierto a la de 1° instancia y sino a la que por regla general causa ejecutoria, a la irrevocable es decir a la “sentencia final” de que se hablaba en el proyecto de 1881, que es, sin dudas, la de esta Cámara...”, para luego decir respecto del recurso extraordinario que: “...a poco que se repare en que se trata de un mecanismo recursivo excepcional, creo que habrá de convenirse en que no es de buen método jurídico construir una regla general -como lo que se busca en este tribunal pleno- sobre lo que, por definición, escapa a la generalidad...” (LL, Tomo 1979-B, pág. 182).

Lo peculiar y trascendente en nuestro caso es que desde esa sentencia hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el remedio excepcional, transcurrió más tiempo que el plazo impuesto como condena.

Frente a esta situación, a la hora de aplicar la norma al caso, su posible imperfección técnica debe ser superada en procura de un alcance racional (Fallos: 306:940; 312:802), reparando en que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Ello, debe conjugarse en materia penal con la exigencia que resulta del principio de legalidad (art. 18 CN) en el sentido de priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia por el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación

legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (conf. CSJN, Expte. A.2186.XLI “Acosta”, rta. el 23/4/2008).

En estas condiciones, el criterio que hace justicia en el caso (Fallos: 328:4818; 331:1262; 333:2445) y no deja inoperante la norma, es el que fija la fecha de inicio de la prescripción de la pena cuando se notificó al abogado defensor la decisión de esta Sala que confirmó la condena resuelta por el juzgado instructor (ver fs. 9343).

De la mano de esta regla interpretativa viene también la posición que considera suficiente la notificación al abogado defensor para empezar a contabilizar el término.

Explican Zaffaroni, Alagia y Slokar que el objetivo del artículo 66 es tratar de fijar un momento preciso desde el cual contar el inicio de la prescripción de la pena, y atento que el momento de la notificación no siempre es el momento en que se empieza a incumplir la pena, pues puede suceder que se notifique una sentencia que quede firme con posterioridad, o que, en el caso de una pena de multa la sentencia determine el momento en que el sujeto deba pagar; no es posible admitir a la notificación como un requisito de fondo para que inicie el término de extinción de la punibilidad, sino sólo un límite o medida de tiempo. Esta es la razón para que en caso de no poder notificar al condenado, alcance con la efectuada al abogado defensor, ya que de lo contrario significaría consagrar una precisión letal: como no se sabe certeramente desde que momento corre la prescripción, para no perjudicar al condenado a causa de esta incertidumbre, en lugar de encontrar un momento aproximado, se preferiría eliminar todo el tiempo transcurrido (ver Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal”, Parte General, Ed. Ediar, Bs. As., 2002, pág. 886).

También enseñan estos autores que este requisito fue descartado en el proyecto de ley que dio base a esta norma. El legislador tomó como modelo el art. 134 del código penal de 1870 del que suprimió el requisito de que la notificación sea personal por lo que la inteligencia que debe dársele es que la pena prescribe desde que se le notifica al abogado pues se caería en el absurdo de considerar imprescriptible la condena que no se notifica al condenado (ver Expte. C.4145.XXXVIII “Canteros” del -voto del Dr. Eugenio Zaffaroni-).

Poder Judicial de la Nación

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la interpretación que se haga de la ley no puede implicar restarle vigencia, es que concordamos con la posición doctrinaria y jurisprudencial que entiende que la prescripción corre desde la notificación al condenado o a su abogado defensor (ver CNCP, Sala III, Causa n° 3769 “Medina”, rta. el 20/8/2002 y CCC, Sala II, Causa n° 39118 “Schamun” del 27/3/91 y Zaffaroni, op cit., pág. 35, De la Rúa, op. cita, pág. 1081).

En consecuencia, y a partir de lo expuesto *ut supra*, desde la fecha en que este Tribunal notificó al letrado defensor de Jorge Fontanals la decisión que confirmó la condena impuesta por el juzgado instructor (6/10/2006 -fs. 9343-), ha transcurrido el término de prescripción de la pena establecido por el artículo 65, inc. 4°, del Código Penal.

Por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE: REVOCAR** la resolución de fs. 28/29 que rechazó *in limine* el planteo de la defensa, **DECLARAR** prescripta la pena de cinco (5) años impuesta a Jorge Alfredo Fontanals y **DISPONER SU INMEDIATA LIBERTAD**, de no mediar otro impedimento.

Regístrese, hágase saber al señor Fiscal de Cámara con carácter urgente y devuélvase junto con los autos principales a primera instancia a fin de que se practiquen las notificaciones pertinentes.

FIRMAN: EDUARDO FARAH - EDUARDO FREILER –

Ante mí: Sebastián Casanello.

El Dr. Jorge L. Ballesterio no firma por hallarse excusado.

USO OFICIAL