

*Cámara Federal de Casación Penal*

REGISTRO NRO. 992/2014.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 2123/2193 de la presente causa Nro. 14.810 del registro de esta Sala, caratulada: **"FASANO, Marcelo Ángel s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 18 de la Capital Federal, en la causas N° 3439, 3472 y 3666 de su Registro, por sentencia de fecha 25 de agosto de 2011 -cuyos fundamentos fueron dictados y dados a conocer el día 1 de septiembre del mismo año, resolvió, en cuanto aquí interesa, **"CONDENAR a MARCELO ANGEL FASANO, de las demás condiciones personales obrantes en autos, por ser autor personalmente del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en trece oportunidades (hechos individualizados con los números "1", "2", "3", "4", "6", "7", "8", "9", "10", "11", "13" -de la causa n° 3.439-, "15" -de la causa 3.472- y "16" -de la causa 3.666-), robo agravado por haber sido cometido mediante escalamiento reiterado en trece oportunidades (hechos individualizados con los números "1", "2", "4", "5", "6", "8", "9", "10", "11", "13", "14" -de causa n° 3.439-, "15" -de la causa 3.472- y "16" -de la causa 3.666-), robo agravado por haber sido cometido mediante escalamiento en grado de tentativa, reiterado en dos oportunidades (hechos individualizados con los números "3" y "7" -causa 3.439-), todos ellos en concurso real entre sí, a la pena de CINCUENTA AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, declarándolo REINCIDENTE (artículos 12, 29, inciso 3°, 40, 41, 42, 44, 45, 50, 55, 119 -según ley 23.077 y 25.087, según el caso- 167, inciso 4° en función del 163, inciso 4° del Código Penal y 396, 398, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)".**

II. Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación la defensora oficial María Leonor Narvaez (fs.

2133/2193), que fue concedido a fs. 2196/2197 y mantenido a fs. 2202.

III. Que la defensa encauzó su protesta en orden a ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N.

Señaló que su recurso se encamina a obtener la declaración de nulidad parcial de la sentencia dictada en contra de su defendido, por carecer de la debida precisión probatoria sobre algunos de los hechos imputados y por faltarle una adecuada fundamentación al pronunciamiento, que lo torna arbitrario por haberse violado las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, (art. 18 C.N. y arts. 399 y 404, inc. 2 y 3 del C.P.P.N.) y que habilitan el planteo que motiva esta instancia.

La misma crítica -en orden a la falta de razonabilidad- se dirige con relación al monto punitivo.

Finalmente y con arreglo a lo establecido en los artículos 474 y 475 ibídem, plantea la inconstitucionalidad del artículo 50 del C.P.

Respecto a la arbitrariedad de la valoración de la prueba la parte expresó que la lectura de la sentencia permite descubrir que en puridad y desde una perspectiva netamente objetiva, el único elemento de juicio sobre el que descansa la responsabilidad atribuida a su defendido resultan ser los distintos informes periciales que demuestran coincidencia entre el perfil genético de aquél y los rastros genéticos encontrados en las escenas de los hechos, por cierto que con distintos grados de probabilidad.

En ese sentido explicó, que el defecto que exhibe la sentencia en el tratamiento de este elemento probatorio, radica en analizar de manera general sin una relación concreta con las constancias de autos.

El desarrollo del debate ha permitido, según la recurrente, conocer que sin lugar a dudas el perfil de ADN resultó ser la columna vertebral sobre la que se apoyó lo decidido por el tribunal y determinante pues ningún otro elemento permitiría vincularlo indubitavelmente con los hechos analizados. Esto así pues ninguna de las víctimas lo ha reconocido y, los restantes elementos indiciarios que la fiscalía presentó como sustento de su pretensión de condena resultan irrelevantes si se suprime el ADN.

Adujo para ello, que es fácil apreciar la falta de

## *Cámara Federal de Casación Penal*

cautela y controles sobre la prueba científica, es justamente sobre ese aspecto en el que se desarrolló el alegato de esa defensa y que da cimiento a esta presentación.

Entiende que basarse en pruebas científicas entraña un peligro, pues propicia la difusa creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en ese tipo de pruebas se asuman como incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión porque basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria final.

Las pruebas científicas han incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso dependen de que concurren las circunstancias que las hace válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente.

Refirió que en prieta síntesis analizará los hechos donde se verifican circunstancias que vuelven cuestionable la fiabilidad del material genético.

Así entendió que en el hecho que tuvo como damnificada a P. (nº 2) llama la atención la baja probabilidad estadística en relación a una metrópoli como lo es la ciudad de Buenos Aires y que esta testigo no compareció al debate y esta circunstancia, obviamente no habría colaborado en el esclarecimiento del suceso.

En el hecho que tuvo como sujeto pasivo a G. (nº 3) se verifica una particularidad que, también, resta fiabilidad a las conclusiones del informe de ADN (pericia 9963/96 fs. 40/41) de allí surge que la damnificada entregó una sábana con flores, pero en las fotografías no se observan. Este aspecto es relevante pues la muestra de semen habría sido tomada de esa sábana cuya existencia aparece dudosa vinculación con este hecho.

Por su parte, en el hecho que damnificó a R. ocurre algo similar, no hay claridad respecto del elemento sobre el que hicieron la pericia. Según la parte recurrente la sábana secuestrada era de color salmón, pero a fs. 14 se menciona una sábana rosa, similar a la que se peritó en el hecho 3 de G.. La pericia relativa a este hecho 5740/98 no está agregada en ninguna parte del expediente.

En el otro informe pericial (18.543/97) obrante a fs.

91/92 se analiza una comparación con los perfiles de los sumarios 28.500/96 (C.), 4197/96 (P.) y 56.963/97 (C.) y lo que se encontró en esta causa, es decir, la pericia que no aparece.

La conclusión es que el patrón encontrado en estas causas solo comparte 3 sistemas de los 6 que comparten las otras 3 muestras lo que indica, claramente una baja probabilidad de 1 entre 510 personas, en una ciudad como la de Buenos Aires con una población de casi tres millones de personas y una población metropolitana de más de doce millones de personas.

El faltante de la pericia resta fiabilidad al estudio, lo que sumado a la baja probabilidad estadística y a la ausencia de la testigo de este hecho, genera un estado de duda razonable sobre el único elemento de prueba directo que vincula a Fasano.

Con relación al suceso que involucró involuntariamente a B. (nº 8) la pericia 9399/99 realizado sobre el trozo de alfombra compara el perfil encontrado en la pericia 6440/97 y concluye que no se puede excluir el individuo aportador del semen hallado en el preservativo 2 (que se refiere al que se hallara en el hecho de C. donde, como quedara dicho había dos preservativos y uno de ellos utilizado por la pareja de aquella). Es decir, la pericia no afirma coincidencia sino que no permite excluirlo. Entendió que resulta insuficiente como elemento de cargo, al menos en orden a la fiabilidad de ese informe como fundamento de certeza en este hecho.

Respecto del hecho identificado con el nº 9, que damnificó a A., la pericia se efectuó sobre una tela blanca. Ahora bien, la lectura del sumario 62.143/96 no permite descubrir ninguna tela blanca que se haya secuestrado. Así la fotografía de fs. 38, que exhibe los efectos secuestrados, se puede apreciar que la sábana no tiene nada de blanco, al igual que el resto de las prendas que allí se observan. Como ocurre en otros hechos, la pericia 13601/99 no se encuentra en toda la causa, ni en original no ni en fotocopia.

Esa tela blanca es la única que vincula a Fasano con este hecho (que también se vinculó a otro sujeto de apellido Lucero que luego se lo sobreseyó). En realidad, si se mira detenidamente el perfil de C. coincide con este, de modo tal que los cuestionamientos que realizara en aquel hecho ahora también resultan parificables a este y viceversa.

## *Cámara Federal de Casación Penal*

Mencionó que se tratan de hechos muy antiguos, algunos de ellos con más de 15 años, cuando las técnicas de ADN, en especial la Reacción en Cadena de Polimerasa, cuyo descubrimiento ocurrió en 1989 y recién comenzó a utilizarse y a perfeccionarse en el año 1993, es decir, en las proximidades de los primeros hechos.

Las deficiencias que presentan las pericias relativas a estos hechos puntualizados permiten afirmar lo que se advierte desde la doctrina forense en orden a la falta de control judicial a la prueba científica, por el solo hecho de presentarse como tal y, como solo consecuencia de ello, dotarla de un aurea de infalibilidad por lo que parecería como innecesario buscar standares adicionales que garanticen su objetividad.

En definitiva, adujo que para interpretar el valor incriminatorio de la prueba de ADN debe tenerse en cuenta también en cuenta la probabilidad previa obtenida en base a otros elementos de que el acusado es culpable y no solo basarlo en esa prueba. Sobre el tema mencionó que al menos en los hechos que presentan deficiencias periciales, se carece de otro elemento de juicio de entidad para vincularlo con las imputaciones que se le dirigen a su asistido.

En los hechos que resultaron damnificadas B. y Gaelle H. (hecho 11 y 15 respectivamente) se agravó toda vez que en esos sucesos no se pudo recolectar material genético, por ello entiende que el tribunal de juicio vinculó a Fasano a partir de elementos de juicio que no revestían la entidad probatoria suficiente para esos fines; máxime en el caso de Gaelle H. que estuvo ausente durante el debate y su declaración fue incorporada por lectura, pese a la oposición de la defensa. Continuó haciendo referencia al hecho de damnificó a B. que se lo vincula a Fasano exclusivamente por el secuestro en su domicilio de una cámara fotográfica, teóricamente propiedad de aquella, que le habría sido robada el mismo día que tuvo lugar el abuso sexual.

Sin embargo, en el debate -a su entender- no se permitió conocer algún elemento de juicio objetivo que autorice fundadamente a afirmar que la cámara en cuestión fuera la de la damnificada B.; en especial porque ella misma dijo que carecía de marcas personales y también porque la boleta con la que pretendió acreditar su propiedad se encuentra a nombre de un

tercero.

Sobre este hecho Fasano brindó explicaciones respecto de este elemento, dijo que lo compró en una feria en la estación de tren donde normalmente se venden este tipo de cosas, por lo que resultaría evidente que su descargo encerraría la posible comisión del delito de encubrimiento, hipótesis que se reforzaría con el secuestro de la cámara en su domicilio, pero hasta aquí podría llegarse con su responsabilidad, no obstante ello no resulta procesalmente admisible por cuanto esta figura no indagado no requerida su elevación a juicio.

Con relación al hecho que involucró a Gaelle H. lo primero que menciona es que se trata de una supuesta damnificada cuya permanencia en este país fue transitoria, por ello no fue posible escucharla durante la audiencia pues se encuentra en su país de origen (Bélgica).

Según la imputación, Fasano, además del abuso sexual, se habría llevado de su departamento una notebook Apple Blanca, un mouse blanco y un celular Nokia de Movistar, además de alguna bijouterie (aros con incrustaciones en oro, etc.). No se recolectó de la escena ningún resto de material genético.

En consecuencia, fácil resulta advertir que el único elemento de juicio en el que descansa la responsabilidad que los jueces le atribuyeron a Fasano en este hecho es el teléfono celular mencionado. En puridad, el único elemento son las llamadas que habría hecho con este celular a unos cien metros del domicilio de aquella, el día del hecho.

Sin embargo, este extremo no es una prueba directa sino un simple indicio. Es que la afirmación que la sentencia realiza en este sentido, no consulta la información que la sentencia realiza en este sentido, no consulta la información de la causa y, por lo tanto, realiza un salto de las reglas lógicas al concluir del modo que lo hace partiendo de una premisa que no es verdadera.

Por ello, entendió la defensa, que no se cuenta con prueba independiente que vinculen directamente al imputado a este hecho, cuya materialidad -incluso- puede ponerse en tela de juicio al no haber podido interrogar a la pretensa damnificada durante el juicio y, a partir de ahí, apreciar la espontaneidad y verosimilitud de sus afirmaciones, aspectos estos determinantes para la credibilidad de un testigo de cargo

## *Cámara Federal de Casación Penal*

que, por imperativo legal, debe declarar en juicio.

Como punto 2 de su presentación la defensa solicitó la nulidad de la individualización de la pena.

Para ello adujo que si bien la determinación de la pena en el caso concreto es un poder discrecional a cargo del tribunal de la causa, no es menos cierto que en el presente caso, al graduar la sanción, el Tribunal pondera principalmente características de los hechos juzgados, pero pierde de vista aspectos de la teoría de la pena que importan la descalificación del monto escogido con arreglo a la doctrina de arbitrariedad de la Corte Suprema.

Luego introdujo el agravio de la solicitud por parte del representante del Ministerio Público Fiscal de la aplicación de la reincidencia de Fasano, por lo cual remarcó que el pedido fue realizado fuera de tiempo y forma y como consecuencia de ello, solicitó en esta instancia la inconstitucionalidad del instituto mencionado.

Alegó luego que si bien a Fasano no se le impuso prisión perpetua, en la práctica, el monto de la pena y su cuestionada condición de reincidente, determina que efectivamente lo sea y, como necesaria consecuencia de ello, aparece contraria al principio de proporcionalidad y no admite libertad condicional.

Ello, según la parte, colisiona con la prohibición constitucional de toda especie de tormento y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en resguardo del derecho a la integridad personal; con la garantía constitucional de la igualdad, tanto normativa como fáctica; Garantía contra las decisiones de condenas arbitrarias, y de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena.

El monto que se le impuso a Fasano y su condición de reincidente es una pena cruel, según la parte recurrente puesto que choca con los principios antes enunciados como así también con instrumentos internacionales de derechos humanos.

Destaca que puede afirmarse que la sentencia impuesta cosifica a su defendido, lo transforma en un ser ajeno a la vida en sociedad, y lo confina a verse privado de cualquier proyecto que no le fuera impuesto por el Estado, ello tiene un fuerte componente antidemocrático, en tanto es característico de nuestro sistema de gobierno, fijado en el artículo 1º de la Constitución Nacional que se basa en la confianza en los otros.

Sostener que, a partir de cierto hecho en nuestras vidas, podamos ser excluidos por completo del contacto con la comunidad, sin darnos ninguna oportunidad para rehabilitarnos y así demostrarlo, considera que va más allá de las concesiones dadas a la sociedad democrática, en la misma forma que entiende también vedado que el Estado pueda ajusticiar a uno de los ciudadanos.

Por último expresó que tanto la pena de muerte como la prisión perpetua que no admite la libertad condicional, son manifestaciones de la denominada prevención especial negativa, en virtud de la cual una persona es excluida definitivamente del medio social.

Además, ambas tienen en común que no admiten mensuración de significación, es decir, son absolutas.

Podrían aparecer mínimas diferencias, como entre los modos de ejecución (inyección letal, cámara de gas, silla eléctrica, horca, guillotina, hacha o garrote vil), o referidos a los tipos de encierro (prisión, reclusión extrañamiento en los parajes del sud), pero sustancialmente esas diversas formas de rigor no alteran el hecho principal ya señalado, del definitivo apartamiento de la sociedad.

Con ello el paralelismo entre la privación arbitraria de la vida y la privación arbitraria de la libertad adquiere relevancia, en tanto en ambos casos se deja sin atender a circunstancias tales como la edad, grado de instrucción, hábitos de trabajo, entorno familiar y demás que, en nuestro ordenamiento penal, contiene el art. 41 del Código Penal.

Hizo reserva de caso federal.

IV. En la ocasión prevista en los arts. 465, primer párrafo y 466 del CPPN, se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal, quien manifestó que el recurso interpuesto por la defensa de Fasano debe ser rechazado.

Así argumentó que para acreditar la participación del imputado en los hechos, además de los testimonios de las víctimas y los agentes policiales intervinientes en cada caso, se ha valorado en forma especial la similitud en cuanto a las características de los episodios.

Así, siempre el autor escaló hasta el departamento de las víctimas, abusó de ellas sexualmente con acceso carnal en la mayoría de los casos por vía vaginal y anal utilizando preservativo y demostrando obsesión por las prendas íntimas de



## *Cámara Federal de Casación Penal*

las damnificadas, que son mujeres jóvenes.

También manifestó que el resultado del estudio de ADN - en doce de los delitos- permitió establecer la presencia de material biológico del imputado en prendas y otros efectos en los lugares de los hechos, junto con una gran similitud de los hechos es lo que permitió crear un patrón común en las imputaciones que permite de manera seria, grave, precisa y concordante llegar al grado de certeza que requiere una condena.

Mencionó que se ha recurrido a indicios ante la ausencia de testigos presenciales, que puedan reconocer al autor del hecho, y de forma tal de utilizar una inferencia para lograr el conocimiento del suceso. Es así que el valor convictivo de los indicios reseñados surge de la relación que existe entre los hechos conocidos (los indiciarios), psíquicos y físicos, acreditados y los desconocidos (que resultan indicados), cuya existencia se ha demostrado en forma presuntiva. La prueba es valorada en forma general y no aislada, dado que cada indicio analizado separadamente podría dejar margen a la incertidumbre.

En referencia al agravio planteado por la defensa en cuanto a que desprovista la acusación de la prueba de ADN el resto es insuficiente, cabe manifestar que justamente dicha prueba es irrefutable pues, para analizar los resultados de esas pericias se tiene en consideración que el índice de frecuencia para poder tener como indubitada la frecuencia debe corresponder a  $1 \times 10.000$  y en cuanto a la probabilidad debe ser superior al 99.73% de acuerdo al consenso de la Sociedad Latinoamericana de Genética Forense.

Salvo en el caso de B., en los restantes supuestos de C., R., P., M., G., A., C. y P. puede afirmarse que hay información que en forma indubitada demuestra la presencia del perfil genético de Fasano en las muestras colectadas en cada caso.

Respecto de la pericia de B. cabe señalar que si bien indica una similitud del 99,51 % lo cierto es que la muestra de ésta con la de C. y R. tiene una coincidencia de 99,92 % lo que la haría indubitable, y si tenemos en cuenta que estas dos últimas muestras, de C. y R. coinciden en un 99,999993% con la sangre de Fasano, esta información constituye otra pauta indiciaria que analizada con el resto de la prueba permite en

el caso de B. tener certeza de que el perfil genético de Fasano es el presente en la muestra de esta víctima.

Luego postuló el rechazo de la solicitud de inconstitucionalidad de lo previsto en el artículo 50 del Código Penal como así también, mencionó que la fijación del monto de pena no luce arbitrario pues se compadece con las constancias reunidas en la causa.

En igual ocasión procesal el señor defensor ante esta instancia, doctor Juan Carlos Sambuceti (h) mantuvo y compartió los agravios expresados en el recurso de casación efectuado por su colega de la instancia anterior.

V. Que, superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., y celebrada la audiencia prevista en el artículo 41 del C.P. (fs. 2241), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

I. Resultando el recurso formalmente admisible a la luz de los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del C.P.P.N., corresponde abordar los agravios esbozados por la defensa de Marcelo Ángel Fasano para motivar la vía recursiva intentada.

Es que en cuanto a la limitación recursiva prevista por el inc. 2º del artículo 459 del ordenamiento ritual, cabe recordar que dicha cuestión ya fue zanjada por nuestro más Alto Tribunal al fallar en el caso "Giroldi", por lo que dicho requisito ya no obsta a la admisibilidad del recurso de casación.

II. Expuestos los agravios por la parte recurrente en cuanto a la valoración de las pruebas que realizó el *a quo* para tener por probados los hechos por los que fuera condenado Fasano pasaré a enumerar cuales son las pruebas que se han tenido en cuenta a la hora de arribar a un pronunciamiento como el aquí cuestionado. Para ello, analizaré cada uno de los hechos por separado.

III. En el hecho que damnificó a Elizabeth Irina C. (**hecho n° 1**) donde Fasano abusó en forma sexual con acceso carnal de la misma el día 16 de octubre de 1995, alrededor de las 4.45 hs., en su domicilio de la calle Vilela . . . , 1er. Piso, depto. "C" de Capital Federal. En esa oportunidad también

## *Cámara Federal de Casación Penal*

el imputado le sustrajo la suma de ciento treinta pesos (\$130), un equipo de audio Aiwa, el DNI nro. 22.200.478, la tarjeta Argencard nro. 5323 6234 1623 0116 del Banco Mayo y unas llaves.

Para ello ingresó al domicilio de la nombrada cuando ésta se encontraba durmiendo, la despertó en horas de la madrugada y la dio vuelta atándola de pies y manos. Le exigió la entrega de dinero bajo amenazas y comenzó a buscar objetos de valor. Para amenazar a la víctima le manifestó que había otro sujeto que tenía una jeringa infectada con SIDA, luego la violó vaginalmente y analmente utilizando preservativos que tenía la víctima.

La materialidad de este hecho y la responsabilidad de Fasano se encuentra comprobada por la declaración de la víctima quien en forma precisa y sin contradicciones relató pormenorizadamente como se sucedieron los hechos, también se secuestró el preservativo que fuera utilizado por el autor, ubicado en el suelo junto a la cama (conforme el acta de fs. 3).

Lo mencionado se completa con el informe médico forense de fs. 22/23 que da cuenta de las lesiones de la víctima, las que resultan compatibles con el hecho denunciado. El médico en dicho informe expuso que *"al momento del examen en la región anal se visualiza en hora 11, 1 y 2 de la mucosa anal, 3 fisuras de reciente data, dadas las características de la mucosa y la coloración de las mismas. Los hechos denunciados son un mecanismo idóneo para producir dichas lesiones"*. El informe médico legista obrante a fs. 41 se expide en términos similares respecto a la lesiones de la víctima, y corroboran entonces el relato de ésta.

Los planos de fs. 9/10 y las fotografías de fs. 149 también resultan pruebas de cargo.

Asimismo luce revelador el informe elaborado por la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina (ver fs. 1344/1345) que comprobó que el perfil genético del material secuestrado de origen masculino hallado en el preservativo secuestrado en el hecho coincide con el de la muestra de sangre de Fasano, con una probabilidad del 99,9 %.

Este hecho fue correctamente calificado por el a quo como abuso sexual con acceso carnal en concurso real con robo calificado por su comisión por escalamiento en calidad de autor

(arts. 45, 55, 119 inc. 3º, conf. Ley 11.179 y 23.077, 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del Código Penal).

El hecho que damnificó a Mónica María P. (**hecho n° 2**) se encuentra probado por las constancias de la causa que el encausado el día 13 de noviembre de 1995 en horas de la madrugada abusó sexualmente con acceso carnal a la víctima antes referida. Es así que mientras la damnificada se encontraba durmiendo en su domicilio de la calle Rómulo Naón . . . , 2º piso, departamento "G" de esta capital fue despertada por Fasano quien luego de amedrentarla con un cuerpo duro, diciéndole que no gritara y que se quedara quieta sino mataría a sus hijos que estaban durmiendo en la misma vivienda, la penetró analmente logrando eyacular. Previo a fugarse del lugar se apoderó de la suma de trescientos pesos y cincuenta dólares. Para ingresar a la vivienda Fasano trepó al balcón del departamento de la víctima y luego ingresó por la ventana de la cocina.

El relato de P. que fue incorporado al debate según lo previsto por el artículo 391 del C.P.P.N. al haber prestado declaración testimonial ante el Juez de la causa relata detalladamente en la forma que se desarrollaron los hechos.

Para dar por probado este hecho también se cuenta con la declaración testimonial de Ernesto Cristian Petersen quien explicó en el debate que era vecino de P., que a las seis de la mañana la damnificada tocó el timbre de su casa y le dijo que habían entrado a su departamento. El testigo detalló que comprobó entonces que las carteras de su esposa e hija estaban vaciadas en el balcón, encontrando desorden en el lugar.

Las fotografías de fs. 8/10, de la causa nro. 37264/95 que corre por cuerda de la causa nro. 3439 permiten visualizar el interior de la vivienda en cuestión, las prendas secuestradas de la damnificada y la de fs. 10 la esquina donde se ubica el domicilio de la víctima.

A fs. 2 del legajo que damnifica a P., se comprobó la presencia de semen humano de acuerdo a lo dictaminado por el laboratorio químico de fs. 19, pauta que corrobora el hecho denunciado.

El informe de la División Laboratorio Químico de la Policía Federal (fs. 19 de la causa 37.264/95) da cuenta de la existencia de material celular masculino, que luego se comprobó cómo perteneciente al encausado conforme se desprende del

## *Cámara Federal de Casación Penal*

informe técnico de fs. 1344/1345 de la causa 28.500/95.

Así las pruebas e indicios mencionados y el resultado del estudio de ADN prueban con el grado de certeza requerido la autoría de Fasano en este hecho.

El **hecho n° 3** es el que damnificó a Analía Bernarda G. y se encuentra probado que Fasano entró por el balcón de la vivienda de ésta, despertó a la víctima aproximadamente a las 3.30 hs. y la interrogó sobre el lugar donde guardaba dinero. Posteriormente la ató de pies y manos y la obligó a cambiarse la ropa interior por una que el imputado había elegido de entre sus ropas, luego la penetró vaginal y analmente.

Los relatos del hecho que efectuó la víctima en distintas etapas del proceso resultan categóricos y son acompañados por el informe médico legal de fs. 13 que da cuenta del examen ginecológico practicado el mismo día del hecho donde se desprende que: *"Se observa excoriación de horquilla vulvar. Al examen anal,... se observa excoriación en hora 1. Las lesiones citadas, que por sus características son de muy reciente data, fueron producidas por golpe o choque y roce con o contra cuerpo duro similar a miembro viril en erección"*.

Junto con lo expuesto, obra como prueba las fotos de las prendas de la víctima a fs. 14, y de lugar de los hechos a fs. 16/18. La participación de Fasano en el abuso sexual se comprueba con la pericia realizada por la División Laboratorio Químico de la P.F.A. sobre las prendas aportadas por la víctima y el informe técnico de fs. 1344/1345 donde se pudo comprobar el material celular del imputado en la sábana rosa secuestrada.

También se valoró el informe de la médica forense dispuesto en la causa principal, y que obra en copias a fs. 90/91 del legajo que damnifica a G. también detalla que existe el mismo patrón genético en la sábana rosa secuestrada como en otras tres causas, que corresponden a los hechos que damnificaron a Elizabeth C..

Es dable valorar que este hecho también resulta similar a los analizados anteriormente por lo que el relato de la damnificada, el informe médico practicado que corrobora las lesiones de la víctima, junto al estudio de ADN que determinó la presencia de material celular del imputado constituyen pautas de convicción suficientes para reprocharle la autoría del mismo al imputado en autos.

La calificación que el *a quo* le otorgó a este hecho es

compartida por quien suscribe ya que se le atribuyó el abuso sexual con acceso carnal, -violación- en concurso real con robo agravado por su comisión con escalamiento en grado de tentativa, debiendo responder en calidad de autor (arts. 45, 119 inc. 3º, conf. Ley 11.179 y 23.077, 167 inc. 4º en función del art. 163 inc. 4º del Código Penal).

En este hecho el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de alegar acusó a Fasano por cometer el delito de robo agravado tentado toda vez que el imputado luego de ingresar a la vivienda interrogó a la víctima sobre el lugar en donde guardaba el dinero revolviendo, por ese motivo, todas sus ropas. Pese a que la víctima relató que le sustrajo dinero se respetará el principio de congruencia, puesto que en el requerimiento de elevación a juicio se lo acusó por la calificación que adoptó el tribunal inferior a la hora de encuadrar jurídicamente la conducta del imputado.

Se acreditó con el grado de certeza requerido para una condena, que Fasano abusó sexualmente con acceso carnal de María Cristina R. (**hecho nº 4**).

El día 13 de enero de 1997, a las 5.30 hs. aproximadamente en el domicilio de la calle Gurruchaga . . . , 1º piso, dpto. "D", en dicha oportunidad, cuando la damnificada se encontraba durmiendo, boca abajo, vestida con un camisón y ropa interior, fue despertada por el imputado quien le colocó una almohada en su cabeza y la amenazó. Le dijo que no era un violador y que se quede quieta sino la iba a matar. Luego la ató por sus muñecas a los bordes de la cama, y le apoyó un elemento en la cabeza. Le arrancó la bombacha e intentó penetrarla analmente, lo que hizo que la víctima gritara. Posteriormente la accedió vía vaginal eyaculando fuera. Finalmente se retiró sustrayendo dinero.

El imputado ingresó por la ventana del balcón del departamento, que se encuentra ubicado en un primer piso para lo cual debió escalar hasta ese lugar.

La ausencia del testimonio de la damnificada no le quitó fuerza convictiva al resto de la prueba que fuera incorporada al proceso de este hecho.

Así, se valoró el informe de la División Laboratorio Químico de la P.F.A. obrante a fs. 1344/1345 en la cual se informó *"la comprobación realizada mediante la lectura de los cuadros de perfiles genéticos que figuran en las fotocopias*

## *Cámara Federal de Casación Penal*

remitidas... surgen los siguientes resultados: a) se observa coincidencia entre el perfil genético del imputado y los valores que surgen de la lectura de los cuadros correspondientes a las fs. 585 y 620 identificados como pertenecientes a ...'Preservativo 2 6440/97 C.', 'Sábana Salmón 5740/98 R.', 'Casaca Gris 10997/95 P.'; Bombacha gris 10653/96 M., 'Sábana Rosa 9963/96 G.', 'perfil común 9399/99', 'Tela Blanca 13061/99 A.' y 'Tela Celeste 9400/99 C.', con una probabilidad del 99,9999993% (1 de cada 14.096.764 individuos presenta dicha combinación genética); b) se observa coincidencia entre el perfil genético del imputado y los valores que surgen de la lectura de los cuadros correspondientes a fs. 300, 396, y 301 identificados como pertenecientes a las causas '28500/95; 4197796 y 72476/96', con una probabilidad del 99,96% (1 de cada 2.792 individuos presenta dicha combinación genética); c) se observa coincidencia entre el perfil genético del imputado y los valores que surgen de la lectura del cuadro correspondiente a la foja 396, identificado como perteneciente a la causa '56152/97', con una probabilidad del 99,51% (1 de cada 207 individuos presenta dicha combinación genética) III) Por lo expuesto no puede excluirse a Marcelo Ángel Fasano de las evidencias mencionadas.'.

Junto a lo mencionado ut supra fue considerado el informe médico forense de fs. 91/92 del expediente de R. indica que el hisopado vaginal de "la presente causa comparte tres de esos seis sistemas bialélicos mencionados en el apartado anterior". Se explica que las muestras biológicas pertenecientes a las causas en las que resultaron víctimas Elizabeth C., Norma P. y Graciela C. presentan un patrón genético que comparten seis microsátélites bialélicos (pequeñas porciones de ADN heredadas de padre y madre que se encuentran dentro del núcleo de las células). De esta forma, en las conclusiones del dictamen forense se concluye que el "análisis comparativo de esas similitudes llevado a cabo en base a las frecuencias poblacionales con que se cuenta y practicado un cálculo conservar indica que: la posibilidad de encontrar un individuo del sexo masculino que comparta el perfil genético formado por los tres sistemas que figuran en la última línea del cuadro se dará en uno entre 510 individuos". Este informe

confirma claramente la presencia de Fasano también este hecho.

Por ello, la presencia de material genético del procesado en la sábana rosa secuestrada en el legajo que damnifica a R. (ver fs. 14 donde obra el acta de secuestro de la sábana) aunado a las características similares de este hecho con los ya analizados en el presente demuestra la autoría del imputado, también, en este hecho.

Para acceder al domicilio de la víctima el acusado ingresó por el balcón que se encontraba en el primer piso, así le corresponde el agravante de la figura de robo por escalamiento.

La calificación legal asignada a este hecho es compartida por quien suscribe ya que se ha establecido en abuso con acceso carnal -violación- en concurso real con robo calificado por su comisión por escalamiento en calidad de autor (arts. 45, 55, 119 inciso 3º, conf. Ley 11.179 y 23.077 y 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del Código Penal).

Respecto al **hecho n° 5** que damnificó a Graciela Viviana C., el día 5 de agosto de 1996, en horas de la madrugada en el domicilio de la calle Olazábal . . . 1er piso se ha declarado la prescripción de la acción respecto al delito de abuso deshonesto que fuera solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal y decretada por el *a quo*.

De la declaración de la víctima a la hora de relatar los hechos, tanto en la instrucción como en el juicio da cuenta del desapoderamiento de sus bienes detallados a fs. 30/32 de la causa n° 56.953/96.

La autoría del robo mediante escalamiento queda probada por el resultado del peritaje realizado a fs. 1344/1345 mediante el cual se halló material celular de origen masculino que concuerda con el perfil genético de Fasano en un 99,9%.

Así luce correcto que se haya calificado este hecho como constitutivo de robo calificado por su comisión por escalamiento en calidad de autor (arts. 45, 55, y 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del Código Penal).

El suceso denominado como **hecho n° 6** que damnificó a P. se encuentra acreditado por los dichos precisos, contundentes y coincidentes entre la damnificada y su ex marido Luis Alberto Bonggio.

Así Marcelo Ángel Fasano el 22 de enero de 1996, en



## *Cámara Federal de Casación Penal*

horas de la madrugada, ingresó por la puerta del lavadero del lavadero ubicada en la planta alta del balcón del inmueble de la calle Arcos . . . de esta ciudad y se puso encima de la víctima cuando esta se encontraba durmiendo. Le requirió a P. dinero y/o joyas y comenzó a revisar distintos papeles. La amenazaba con lo que le pareció a la víctima un revólver y la accedió carnalmente.

Bongio, si bien no fue testigo presencial explicó que estaba durmiendo en el domicilio en otro dormitorio. La materialidad del delito se comprueba a su vez con el informe forense de fs. 12 que concluye que la víctima presentaba un desgarró mucoso anal de reciente data que era compatible con el hecho denunciado.

El informe de la División Laboratorio Químico de la P.F.A. de fs. 1344/1345 reveló también la coincidencia entre el perfil genético del imputado Fasano y los valores que surgen de la lectura de los cuadros pertenecientes a la causa 4197/96 que corresponde a la Sra. P..

En este sentido, el personal policial que concurrió al lugar de los hechos denunciados secuestró los elementos que surgen del acta de fs. 5 los que luego de ser peritados revelaron la presencia de semen humano (fs. 20), el cual luego se comprobó le pertenece a Fasano (conforme el informe citado de fs. 1344/1345 que se remite al cuadro del dictamen forense de fs. 301/302 de la causa principal).

Así, la presencia de material genético del imputado en la bombacha de la víctima secuestrada en el lugar de los hechos sumado a las pruebas expuestas *ut supra* lucen suficientes para enrostrarle la autoría del hecho a Fasano.

Comparto el correcto encuadre jurídico que le diera el *a quo* a la conducta del imputado como constitutiva de los delitos de abuso sexual con acceso carnal, -violación- en concurso real con robo calificado por su comisión con escalamiento en calidad de autor (arts. 45, 55, 119 inc. 3° conf. Ley 11.179 y 23.077 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 4 del Código Penal).

El suceso que damnificó a Geraldine M. (**hecho n° 7**) también se encuentra debidamente probado con el grado de certeza que esta etapa requiere que Fasano el 5 de diciembre de 1996 en horas de la madrugada ingresó al domicilio de la calle Acuña de Figueroa . . . , 1er piso de esta ciudad, y cuando la

víctima se encontraba durmiendo la ató de pies y manos a la cama. Posteriormente la accedió vaginalmente. Luego el imputado se retiró dejando en el lugar una serie de artefactos de la víctima que había colocado en una sábana y que dejó en su huida.

En este hecho el *a quo* salvó, correctamente para quien suscribe, que en el requerimiento de elevación a juicio se mencionó como fecha de ocurrencia del ilícito el 4 de octubre de 1996, cuando el hecho realmente se cometió el 5 de diciembre de 1996.

Se tuvo en cuenta para probar este hecho el informe médico legista de fs. 17 de la causa 87024/96 en la cual la damnificada le explicó al profesional médico que la examinó que el día del hecho, que coincide con el del examen, un hombre se había introducido por una ventana de su domicilio, que la amenazó verbalmente refiriéndole tener un arma de fuego. La obligó a ponerse boca abajo en la cama, la ató de pies y manos y luego de apropiarse de efectos le pidió que levante la cola para luego penetrarla sexualmente. Este relato efectuado al médico legista es compatible con la excoriación que presentó en la muñeca derecha (ver fs. 17) e informa que la damnificada presentaba una excoriación lineal en rafe anal vaginal y otra en el introito vaginal, de reciente evolución. Se dictaminó que estas lesiones pudieron haber sido producidas por los hechos denunciados.

Se probó la autoría del imputado con el resultado del dictamen mencionado previamente de fs. 1344/1345 de la causa 3439 del laboratorio químico en el cual se informó que la bombacha gris secuestrada se estableció la existencia del perfil genético del imputado. Ese dictamen es coincidente con el informe de fs. 55 del legajo de M. que detalla sobre la existencia de semen en la bombacha secuestrada, coincidente con el dictamen forense de fs. 71/2, y por último a fs. 135/137, del informe del Laboratorio Químico de la P.F.A. detalla que el perfil genético de la causa de esta víctima es coincidente con los hallados en los hechos que damnificaron a C., R., P. y G..

Más allá de que la víctima no haya declarado en el debate por no haberse logrado su comparecencia, lo cierto es que existe prueba independiente que acreditan la existencia de los hechos y la participación de Fasano en el episodio.

La sustracción que se denunció en este hecho se ha

*Cámara Federal de Casación Penal*

tenido en grado de tentativa toda vez que se secuestraron los objetos que el imputado había preparado para sustraer y abandonó antes de retirarse porque éste escuchó un ruido de un vehículo en la calle y luego en la cerradura de la puerta. Así los hechos han sido calificados como constitutivo de los delitos abuso sexual con acceso carnal -violación- en concurso real con el delito de robo agravado por escalamiento en grado de conato (arts. 42, 45, 55, 167 inc. 4to. En función del 163 inc. 4 y 119 inciso 3º conf. Ley 11.179 y 23.077).

Se acreditó que Marcelo Ángel Fasano el 25 de octubre de 1995 abusó sexualmente con acceso carnal de Lucila B. (**hecho nº 8**). Asimismo le sustrajo la suma de pesos tres mil (\$3.000), dos cadenas de oro y una videocasetera.

Para ello ingresó en horas de la madrugada, 1:00 hora, en el domicilio previo a trepar a la ventana del dormitorio de la madre de la damnificada, ubicada en el primer piso, Evelina Irene G.. Una vez en el interior del inmueble tapó con un acolchado a G. y le exigió que no se moviera para revisar el cuarto y apoderarse de dinero y joyas. Luego, al ingresar B. al cuarto la tomó por detrás y le tapó la boca. La acostó en la cama de su madre que estaba acostada boca abajo al tiempo que el imputado les expresó que se queden calladas que iba a cometer un robo y que se queden calladas. En dicha oportunidad tomó a Lucila B., la llevó al cuarto de su hermano que estaba vacío, la acostó boca abajo, le preguntó si tenía la "regla" y la penetró analmente, eyaculando en la alfombra. Al terminar le ató las manos y los pies y se retiró.

Se acreditó la materialidad del hecho por el claro, contundente y pormenorizado relato de las víctimas en especial la de Lucila B. en el juicio, también se consideraron las fotos del lugar y la pericia del Laboratorio Químico de la P.F.A. que informó sobre la presencia de semen en la muestra obtenida en la vivienda. Dicha muestra se condice con el levantamiento efectuado al momento de constituirse el personal policial (conforme informe de fs. 24 que da cuenta que el auxiliar de la división laboratorio químico recogió una mancha blanquecina de mediano tamaño ubicada sobre la alfombra próxima a la cama de la habitación menor del domicilio).

En esta muestra de la alfombra fue encontrado material biológico de Marcelo Fasano, constatándose su perfil genético, conforme lo informado a fs. 1344/5. Es así que la existencia de

material genético del enjuiciado en el lugar de los hechos, junto que las pruebas enumeradas anteriormente permite tener por acreditada la autoría del imputado, con la convicción requerida, en este suceso.

El hecho analizado fue calificado correctamente por el *a quo* como como constitutivo del delito de abuso sexual con acceso carnal, -violación- en concurso real con robo calificado por su comisión por escalamiento en calidad de autor (arts. 45, 55, 119 inciso 3º, conf. ley 11.179 y 23.077 y 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del C.P.).

El evento identificado como **hecho n° 9** es el que damnificó a Verónica A. el 9 de septiembre de 1996 siendo aproximadamente las 3 horas cuando se encontraba en su domicilio de la calle Fraga . . . , p.a. departamento "E".

Así, Marcelo Fasano apoyó una almohada en el rostro de la víctima, la despertó y le apoyó algo similar a un arma y le pidió que se quedara quieta, que era un asalto. Le exigió que se levante y la amenazó con matar a su pequeña hija. Entonces llevó a A. al pasillo mientras le expresaba que no lo mire porque de lo contrario daría muerte a su hija, luego colocó una frazada y una sábana en el piso y la accedió carnalmente vía vaginal y anal. Después de ello y tras pedirle nuevamente que se quedara quieta, revisó toda la vivienda sustrayendo dinero en efectivo.

El imputado ingresó y egresó de la vivienda por el patio de la misma, a través del cual accedió a la cocina y luego al interior del inmueble.

La materialidad y la autoría de Fasano se pudo comprobar teniendo en cuenta el testimonio claro y preciso de la víctima en la audiencia de debate.

El informe médico practicado a la víctima (ver fs. 34/6 de la causa nro. 62.143/96 que corre por cuerda), da cuenta que A. presentó al examen: *"a nivel anal desgarró superficial hora 12, de carácter reciente, que pudo haber sido producido por el mecanismo probable de penetración de cuerpo rígido o semirrígido y romo, tal como puede ser pene en erección"*.

Se suma a lo expuesto la presencia de material genético del enjuiciado extraído de las prendas secuestradas en el lugar del hecho (ver fs. 6), de acuerdo al informe del laboratorio químico de fs. 1344/1345 de la causa principal y que la descripción física que realizó la víctima de su atacante

## *Cámara Federal de Casación Penal*

coincide con los rasgos de Fasano.

Comparto la calificación legal escogida por el *a quo* en reprocharle al imputado los delitos de abuso sexual con acceso carnal, -violación- en concurso real con robo calificado por su comisión con escalamiento en calidad de autor. (arts. 45, 55, 119 inciso 3º, conf. Ley 11.179y 23.077 y 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del Código Penal).

El **hecho n° 10**, damnificó a Leticia G. C. el 21 de junio de 1997 siendo aproximadamente las 6.40 hs. en el domicilio de la calle Húsares . . . , 1º piso departamento "5" de esta ciudad.

El día en cuestión y al regresar a su domicilio la víctima, quien para ese entonces contaba solo con 18 años de edad, se encontró con Fasano quien la tomó del cuello expresándole que era un asalto y que debía decirle donde estaban las joyas y el dinero amenazándola con dar muerte a su madre y a su tía que se encontraban también en el domicilio. Le exigió que se saque la campera, se arrodille y luego le bajó el pantalón y empezó a masturbarse. Seguidamente la ató con medias, la acostó boca abajo y la penetró analmente. Posteriormente, Fasano le exigió que no se mueva y se retiró por la ventana del departamento de la víctima sustrayéndole una medallita de oro, una lapicera y dinero.

Las pruebas en las que se basó el *a quo* para probar el hecho y la autoría del imputado fueron principalmente la declaración precisa de la víctima que encontró sustento en el informe del médico legista realizado el mismo día del episodio a las 11.40, donde el médico indicó que al examen paragenital: *"se observa en hora 6, un desgarró de 1 cm x 0,5 de ancho que llega hasta el margen del ano... paciente con crisis de nervios por lo sucedido. Dadas las características del sumario, doy turno para el gabinete de psicología... se tratan de lesiones... de reciente data, producto del choque, roce, de una superficie dura, con borde romo, tales como pene en erección. Dicha lesión se encuentra sangrante, por lo que aconsejo a la madre remitirla a un hospital, a los efectos de ser revisada y realizar tratamiento antiprofiláctico y enfermedades venéreas."* (fs. 185/186 de las copias del legajo que corre por cuerda de esta víctima).

A ello se le suma la comparación genética que realizara

la División Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina entre el semen hallado en la bombacha y en el hisopado realizado a la Sra. G. C. y la muestra correspondiente a Fasano, estudio éste que arrojan un 99, 51% de probabilidad de coincidencia, (confrontar con fojas 178, 215/216 de la causa nro. 56.152/97 cuyos testimonios corren por cuerda, acumulados materialmente a los de la causa nro. 62.143/96 y 1344/5 ya citado previamente).

Lo expuesto en relación a este hecho alcanza el grado de certeza necesario para avalar lo expuesto por el a quo como así también la calificación que le otorgó al suceso el que fuera encuadrado dentro de las figuras de abuso sexual con acceso carnal, -violación- en concurso real con robo calificado por su comisión por escalamiento en calidad de autor (arts. 45, 55, 119 inciso 3° conf. Ley 11.179 y 23.077 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 4° del Código Penal).

Marcela B. fue abusada sexualmente por Marcelo Ángel Fasano el día 28 de abril de 2008, en horas de la madrugada, mientras se encontraba durmiendo en su domicilio de la calle Cabello . . . piso 2°, departamento "8" de esta ciudad. Este suceso fue representado por el tribunal inferior como **hecho n° 11**.

En la oportunidad mencionada, el imputado ingresó por la ventana del balcón de la vivienda y despertó abruptamente a la víctima al colocarle una almohada pequeña sobre su cabeza y sujetarla para imposibilitar que se mueva. Es así que le expresó que su intención no era ni tocarla ni matarla, que no era como otros, luego le colocó un antifaz para dormir y le ató las manos en la espalda con un pantalón de pijamas de seda que estaba en el baño. Tras ello, interrogó a la víctima sobre donde guardaba dinero ante lo cual ésta le expresó que no tenía. Tras revisar la casa el imputado volvió al lugar donde se encontraba la víctima para expresarle que le había mentado, que sí tenía dinero, ante lo cual la damnificada le refirió que era el dinero de las expensas. Fasano le preguntó si tenía más dinero y ella le respondió que tenía mil dólares.

Luego le bajó el pantalón de jogging y le preguntó por la bombacha a lo que la víctima le respondió que no tenía y a continuación la penetró vaginalmente. El imputado también encontró en la casa una máquina de fotos profesional digital marca "Nikon", modelo D80, con su maletín, lente AF-S DX Zoom

## *Cámara Federal de Casación Penal*

Nikkor Ed. 18-70 mm f/3.5-4.5 GIF, el grip y la memoria y monedas rusas entre otras extranjeras.

Por último y antes de retirarse por el balcón del domicilio el encausado la penetró nuevamente en forma anal y vaginal para luego, con una calza de lycra, atarle los pies y taparla con una frazada para poder huir.

El relato preciso, claro y contundente de la víctima brindado en el debate concuerda con las pruebas, que sobre este hecho, obran en el expediente.

Así, el informe médico legal de fs. 15 de la causa 37.539/08 expresa: "*... en región vulvar en hora 6 se evidencia excoriación y en hora 5 de cara interna del labio menor izquierdo producidas por elemento pene en erección compatible u otro objeto duro, y las extragenitales por roce o golpe o choque con o contra superficies u objetos duros con una evolución menor a 12 horas...*" en este sentido el informe se practicó a las 11.30 horas del mismo día del hecho por lo cual corrobora la materialidad del episodio.

La autoría de Fasano se encuentra probada con el contundente reconocimiento que realizó la damnificada de la cámara fotográfica que le fuera sustraída y que luego fue secuestrada en el domicilio del imputado al momento de realizarse el allanamiento en su domicilio (ver. fs. 270/271 de la causa 37.539/08 que corre por cuerda).

El reconocimiento fue producido en el debate donde detalló que cuando le exhibieron la cámara de fotos la reconoció y le colocó los elementos que le faltaban y que el encausado no se había llevado, (la batería, la puertita de la batería al sacar el grip, el parasol) y logró que la máquina funcionara. Explicó que a la máquina solo le faltaban aquellos elementos que habían quedado en su poder y pudo acreditar que era la de su propiedad por haber aportado al tribunal la factura de compra.

Si bien la factura de compra no está a nombre de la damnificada sino que lleva el nombre de su amigo, que fue quien la compró a pedido de ella en el exterior, la circunstancia de tenerla en su poder resulta suficiente para acreditar su propiedad. También se acreditó que sería la misma cámara secuestrada en el domicilio de Fasano puesto que el número de serie 3260916 coincide con la factura aportada por B..

A ello se le suma que a la hora de allanar el domicilio

del imputado también se secuestró las monedas extranjeras de origen ruso que fueran sustraídas de la casa de la damnificada y que ésta reconociera como de su propiedad, el día del hecho investigado.

La descripción fisonómica realizada como así también el vocabulario que usaba el agresor que realizó B. coincide con Fasano.

Por último, el *a quo* tomó, correctamente para quien suscribe, de forma indiciaria el hecho de que en la investigación de los delitos que perjudicaron a la Srta. Holvet, se realizó una pericia sobre la activación de celulares que correspondían a Lorena Cecilia Acevedo (abonado 5975-3139 de MoviStar), pareja del imputado Marcelo Fasano. En dicha pesquisa se determinó que el abonado antes referido fue utilizado el 28 de abril de 2008 a las 6.22 horas momentos después de producirse el hecho que damnificó a B. y muy cerca del domicilio de ésta que fue donde ocurrieron los sucesos delictivos. Así, si se tiene en cuenta el horario de activación del celular de la esposa de Fasano, que es factible que haya sido usado por el imputado, y la cercanía al domicilio de la víctima es pauta indiciaria suficiente para determinar la responsabilidad del encausado en este suceso, toda vez que el indicio mencionado se analiza de forma conjunta y armónica con las otras pruebas *ut supra* mencionadas.

La calificación otorgada al hecho de abuso sexual mediando acceso carnal en concurso real con robo calificado por su comisión con escalamiento (arts. 45, 55, 119 primer y tercer párrafo y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 4° del Código Penal) es compartido por quien suscribe pues se ajusta correctamente a las constancias de la causa.

Llega la hora de analizar el **hecho n° 13** que damnificó a Nadia B. el día 19 de agosto de 1998, aproximadamente a las 4.00 hs. en el domicilio de la calle Helguera . . . , 1° piso, departamento "7" de esta ciudad.

Ese día la nombrada se encontraba durmiendo en compañía de su madre Silvia Liliana Acuña y fueron despertadas por Marcelo Fasano quien tenía una linterna en su mano con la cual apuntó a su madre. Es así que les expresó que era un asalto, que se queden tranquilas, y que no les iba a pasar nada pero que si hacían algo las iba a matar. Las colocó boca abajo y les tapó el rostro con un acolchado, por lo cual no pudieron verlo



## *Cámara Federal de Casación Penal*

y las ató. Les requirió que le digan donde había dinero y objetos de oro y que si así lo hacían no les haría daño. Entonces las víctimas le señalaron donde se encontraba lo exigido.

Luego le dijo a B. que se ubique "en cuatro en la cama" y la penetró vaginalmente, para que no grite le tapó la cabeza con una almohada, y después les dijo que se iba a preparar agua para el termo y que se iba a ir. En total estuvo en el departamento de las damnificadas unas cuatro horas.

Para ingresar y salir del departamento trepó al balcón de la vivienda y entró por la ventana, forzando la reja previamente. Fasano sustrajo la suma de ciento veinte pesos, dos pulseras de oro, una cadena con una medallita con la inscripción "Nadia", una medalla con la imagen de Jesús de un lado y del otro la inscripción S.L.A., un anillo antiguo con una piedra color rosa, un diente engarzado en oro, una esclava de oro, una medallita con las iniciales N.S.B. y una alianza de oro grabada con la inscripción "Luis Alberto".

El tribunal oral tuvo por acreditado el hecho por las declaraciones testimoniales coincidentes que obran en el expediente, por el informe médico legista que detalló que la víctima poseía un pequeño desgarró "... en vulva (hora 6), doloroso al tacto, y hematoma doloroso en hora "5", en el introito vaginal no pudiendo examinarse la integridad del himen o paredes vaginales por ...su dolor al examen manual..." ello según surge de fs. 26 de la causa antes citada y por el resultado del hisopado realizado a la víctima, quien al momento del hecho tenía 13 años y que arrojó resultado positivo en cuanto a la presencia de semen (ver fs. 69).

La autoría fue probada por el claro resultado de la pericia obrante a fs. 1486 de la causa nro. 3439 donde se establece una probabilidad de coincidencia del 99,9999999999% entre el perfil genético del material secuestrado en el domicilio de la víctima y del imputado Fasano.

Se calificó el hecho como constitutivo de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con robo agravado por su comisión con escalamiento (arts. 45, 55, 119 inciso 3°, 167 inciso 4° y 163 inciso 4° del Código Penal).

El **hecho n° 15** que se le reprocha a Fasano consiste en haber abusado sexualmente mediante acceso carnal a Gaelle H. y se apoderó ilegítimamente de dinero y diversos elementos de su

propiedad, mediante la utilización presunta de arma de fuego, el día 8 de enero de 2009, siendo las 6.30 hs. aproximadamente.

Fasano ingresó al inmueble de la calle Guatemala . . . 3er piso, depto. "B" por el balcón del mismo en momentos en que la damnificada se encontraba durmiendo, ésta escuchó ruidos provenientes del comedor, permaneciendo en su cama, aproximándose a ella el imputado le colocó un elemento metálico en la cabeza y le expresó *"es un robo, ponete boca abajo y colocá las manos en la espalda"* (SIC) a la vez que le puso la almohada en la cabeza, la ató de pies y manos y le vendó los ojos, para lo cual usó medias de nylon de la víctima.

Posteriormente el encausado comenzó a revolver el placard y las mesas de luz al tiempo que le manifestó *"¿dónde está la plata?, si encuentro algo que no me dijiste te mato"* ante lo cual ella le indicó que había dinero en el comedor.

Al regresar al dormitorio el encausado se desvistió y procuró que la damnificada tocara un elemento (lo que identificó como un envoltorio de preservativo), preguntándole *"¿Sabés que es?"* contestando la mujer en forma afirmativa.

Luego Fasano le hizo sentir a H. que se había colocado un preservativo para posteriormente penetrarla vaginalmente. Después le desató los pies, le quitó la bombacha, le colocó una tanga de color marrón y la penetró otra vez por vía vaginal y anal, para luego finalmente quitarle la tanga y volver a penetrarla vaginalmente llegando a eyacular lo que le hizo sentir a la víctima haciéndole tocar nuevamente el preservativo. Por último Fasano tapó a la víctima con una sábana y se vistió, colocó elementos dentro de una bolsa, tomó agua de una botella y al regresar a la habitación le solicitó las llaves del edificio para poder retirarse del lugar.

El imputado se apoderó de dinero, una notebook marca "Mac Apple" de color blanca, un mouse blanco, un "Ipod" marca "Apple" de color celeste, un celular "Nokia" color gris oscuro de la firma "Movistar" abonado n° 15-3705-3938, una máquina de fotos marca Nikon, un par de aros de tres eslabones de oro con incrustaciones de brillantes.

La materialidad de este hecho se encuentra probada, como bien manifestó el a quo, por el informe médico de la víctima que obra a fs. 9 del legajo 3472, y el informe de la Brigada de Violencia Sexual de fs. 10/11 en el cual relató la víctima el hecho que la damnifica. La verosimilitud del relato

## *Cámara Federal de Casación Penal*

De H. ante el fiscal de la causa, resulta creíble porque la licenciada González al suscribir su informe que detallo que el relato de los hechos fue ubicado en tiempo y espacio, claro y coherente.

El tribunal de la instancia anterior dio por probada la participación de Fasano en el hecho porque se determinó que el día del hecho (8 de enero de 2009 a las 8.37 hs) fue utilizado el celular propiedad de la damnificada H. (nro. 15-3705-3938. IMEI n° 359561013676410), que fuera sustraído el día del hecho investigado, realizando una consulta de saldo, y se activó la antena correspondiente a la ciudad de Garín, Provincia de Buenos Aires (ver fs. 31 y 106). Luego, se estableció que ese día, a las 13.57 hs. se le colocó a ese celular un chip correspondiente al abonado n° 6922-9795, que pertenecía a Lorena Acevedo, esposa de Marcelo Fasano, con domicilio en Colón 717 de Garín (ver fs. 96 y 273). Posteriormente a las 19.18 del mismo día, se le colocó un nuevo chip o sim de la línea n° 03488-354809, a nombre de Mirta Rosa, domiciliada en Sarmiento 489 de Escobar. También recibió dos llamadas entrantes al abonado n° 6922-9795, el día 10 de enero de 2009, provenientes del n° 5150-7316 cuyo titular de la línea también resultó ser Lorena Acevedo (fs. 93/95 y 273).

Por otro lado, se estableció que el abonado mencionado n° 6922-9795 de Lorena Acevedo, se activó el día 8 de enero de 2009 a las 00.03, saliente al n° 5150-7316, de la antena de Del Viso, Pcia. de Buenos Aires a la 1.44 horas, se efectuó una consulta de saldo o recarga de tarjeta, antena de Cabildo 4617 de esta ciudad, y a las 4.50 horas consulta de saldo, activándose la antena de Soler 6055. Esta antena se ubica a cien metros del domicilio de la víctima. Por lo expuesto es dable afirmar que el celular cuya titularidad pertenece a la cónyuge de Fasano se activó en una antena ubicada a escasos metros de la casa de la víctima a las 4.50 horas aproximadamente, siendo que se tiene por acreditado el hecho a las 6.30 horas aproximadamente de ese día. Luego a las 8.37 hs. se activó el celular sustraído a la damnificado en la localidad de Garín donde vivía Fasano con su pareja Lorena Acevedo, y ese día a las 13.57 se le colocó al celular sustraído de H. el chip que pertenece a Acevedo n° 6922-9795.

Así, la participación del encausado se encontró probada con el uso del celular sustraído en las circunstancias

relatadas anteriormente.

Si bien no existe un reconocimiento realizado del acusado en rueda de personas, ni rastros y las muestras del material biológico hallado en el preservativo secuestrado no le pertenecen, estas circunstancias no desacreditan el juicio de reproche. En ese sentido, el policía Ronelli al prestar declaración testimonial en el juicio aclaró que procedió al secuestro del preservativo en cuestión en la casa de H. del interior del tacho del baño. Recordó el testigo que había explicado en su declaración de fs. 1212 que la víctima le explicó que el preservativo podía ser de su novio, y que sin embargo Ronelli lo recogió ante la posibilidad de que fuera de interés. De esa forma, se explica porque el semen peritado no se corresponde con el del imputado conforme surge de fs. 983, 985 y 989.

En lo referente a la calificación legal escogida para este suceso, he de manifestar que luce adecuada al haber sido la conducta constitutiva del delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido mediante acceso carnal, en concurso real con robo, agravado por haber sido cometido con escalamiento (arts. 45, 55, 119 párrafos 1 ero. y 3 ero. Y 167, inc. 4to. en función del artículo 163, inc. 4to. del Código Penal).

El último acontecimiento que se le atribuyó a Fasano es el identificado como **hecho n° 16** y que damnificó a Romina Anabella C. el día 2 de septiembre de 1999 en horas de la madrugada en su domicilio de la calle Crisólogo Larralde . . . , 2° piso, depto. "D" de esta ciudad.

El encausado trepó hasta el balcón y desde allí ingresó al departamento, en esa oportunidad la víctima estaba durmiendo junto a Rodrigo V. y fueron despertados en forma abrupta por el imputado, quien los iluminó con una linterna y les expresó que tenía un arma y que quería dinero. Les dijo que: *"se quedarán tranquilos que era ladrón y no era ni un asesino ni un violador"*.

Luego Fasano tomó una cuerda y ató a la cama de manos y pies a Rodrigo V., para posteriormente extender una frazada sobre el piso y obligar a Romina C. a acostarse sobre ella boca abajo, con los dos brazos en la cabeza, y ató sus manos. En esa oportunidad llevó a Romina hasta el comedor, reemplazó la bombacha que tenía puesta por otra que había buscado de color

## *Cámara Federal de Casación Penal*

crema con puntillas, tras lo cual comenzó a penetrarla por vía vaginal y anal. La penetró por delante y por atrás en varias oportunidades. En un momento la tomó del cuello y la hizo agacharse ya frente al sillón, para tenerla arrodillada frente a él, con la cara de C. a la altura de su pene. Ante ello, Romina le refirió "no por favor, no", entonces como accediendo a lo que ella pedía, el encausado la dio vuelta y la hizo colocarse nuevamente de espaldas al sillón y volvió a penetrarla por delante y por detrás hasta eyacular.

A continuación llevó a la damnificada al baño donde la dejó encerrada. Luego de unos minutos pidió auxilio y su novio Rodrigo logró desatarse y al no poder abrir la puerta del baño le pidió las llaves a la vecina Verónica y logró liberar a Romina.

Constataron los damnificados que Fasano sustrajo dinero, monedas que había en un frasco y una tarjeta de crédito MasterCard.

Se expuso como pruebas del hecho el resultado del estudio de ADN realizado por la división Laboratorio Químico que informó que tras realizar una comparación entre el material -semen- obtenido de las prendas íntimas, con el material biológico de Fasano dando por resultado una coincidencia del 99,9999%.

A ello se suma la declaración del preventor Juan José Olivi quien intervino en el hecho una vez efectuada la denuncia. Explicó el testigo que fue al lugar y había una pareja joven, que la chica era de una provincia y estudiaba en esta ciudad. Que el novio le relató que se apareció una persona que les decía que era un robo, que se quedaran quietos, que atan al novio y que a la chica la llevó al living. Detalló el testigo que le hizo probar prendas íntimas a la chica, con bombachas y que la chica había sido abusada sexualmente.

También recordó el testigo la forma en que el autor del hecho ató a las víctimas, que le cambió la ropa interior a la damnificada y la suma de dinero sustraída.

Ese oficial policial fue el que realizó el secuestro de las bombachas que Fasano le cambió a la víctima previo someterla sexualmente y que luego fueran peritadas por la División Laboratorio Químico.

El hecho fue correctamente calificado como abuso sexual con acceso carnal en concurso real con el delito de robo

agravado por haber sido cometido mediante escalamiento en calidad de autor. (arts. 45, 55, 119 inc. 3º, 167 inc. 4º en función del 163 inc. 4º del C.P.).

IV. Analizados los hechos y las pruebas que se tuvieron en cuenta a la hora de probar la responsabilidad del encartado en los sucesos por los cuales resultó condenado he de efectuar algunas consideraciones que tuve en cuenta a la hora de coincidir con lo valorado por el *a quo*.

Así, es dable recordar que se debe tener en cuenta a la hora de resolver, la dificultad probatoria que impera en este tipo de delitos, teniendo en cuenta el ámbito de intimidad en donde se realizan estos hechos, así es importante observar lo manifestado por nuestro más alto tribunal al sostener que: *"la prueba de los delitos contra la honestidad resulta de difícil recolección, por lo que habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados"* (CSJN, V.120, XXX "Vera Rojas, Rolando" rta.15/5/97), circunstancias éstas que entiendo, se encuentran satisfechas en los presentes actuados.

También sostuve con anterioridad que la declaración del testigo único perfectamente puede sustentar una sentencia de reproche. Es que ante la presencia de un testigo en soledad del hecho no debe prescindirse de sus manifestaciones sino que ellas deben ser valoradas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo.

Por último, surge con claridad de las pruebas reunidas y del resumen que los señores magistrados realizaron de las mismas, que se arribó a la decisión puesta en crisis luego de hacer un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, que les permitió llegar justificadamente a la sentencia recurrida.

Es por ello que, examinada la sentencia en su conjunto, no se desprende arbitrariedad ni contradicción sino que la protesta traduce una disconformidad con la decisión adoptada, la cual se tomó a partir de la valoración y armonización de los

## *Cámara Federal de Casación Penal*

testimonios oídos en juicio.

Así, entiendo que en orden a la arbitrariedad invocada por el impugnante, cabe señalar que los argumentos que intentan sustentarla solo constituyen una diversa apreciación de la prueba de los hechos y circunstancias de la causa, lo cual no constituyen una causal de arbitrariedad en los términos de la doctrina establecida por nuestra Corte Suprema. En este sentido, se sostiene que *"...la tacha de arbitrariedad no se puede incluir en la revisión extraordinaria a sentencias meramente erróneas, o que se fundan en doctrina opinable, con las que solamente se discrepa por la deferencia de enfoque; y todavía más, la Corte aclara que la impugnación por arbitrariedad demanda que la sentencia así tildada acuse violación de garantías. Asimismo, la Corte deslinda bien que la doctrina de arbitrariedad de sentencia no tiene por objeto abrir una nueva instancia ordinaria para corregir sentencias equivocadas"* (Augusto Mario Morello, *El recurso Extraordinario*", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 568).-

Sobre este proceder del juez es útil memorar las palabras de Karl Joseph Anton Mittermaier respecto a que *"el talento investigador del magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyando en la experiencia, y en los procedimientos que forma para el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito"* y que *"todas estas circunstancias sirven de punto de partida al juez; la marcha ordinaria de los acontecimientos humanos le proporciona analogías, y por vía de inducción concluye de los hechos conocidos a otros necesariamente constitutivos de la acriminación"* (*"Tratado de la prueba en materia criminal"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 359).

Sobre la valoración de la prueba es dable recordar que *"en el sistema de la libre convicción, la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas, sino también en elementos de convicción indirectos, entre los que se destacan los indicios. Pero, para que la prueba indiciaria conduzca a una conclusión cierta de participación, críticamente analizada, debe permitir al juzgador que, partiendo de la suma de indicios introducidos al debate, supere las meras presunciones que en ellos puedan*

*fundarse y arribe a un juicio de certeza legitimado por el método crítico seguido*" (confr. Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal y Correccional, 27-VI-976, "Manavella, René Miguel, publicada en SJ, Tomo XXVI, Comercio y Justicia editores, pág. LIV).

Frente a este panorama, se disipan los interrogantes planteados por el recurrente respecto a la falta de fundamentación o parcialidad a la hora de valorar las probanzas acumuladas en el legajo, toda vez que la tarea de explicitar correctamente los fundamentos del temperamento adoptado ha sido cumplimentada por los sentenciantes.

En este sentido, no es ocioso recordar que las impresiones dejadas por los testigos durante la audiencia de debate en los jueces allí presentes escapan -por falta de inmediación- al control de este tribunal, y que la fundamentación de una absolución con apoyo en su credibilidad no puede ser objeto de controversia en esta instancia. Por ende, sólo es revisable el razonamiento seguido por los jueces para otorgar peso a unas sobre las otras y para dar sustento a la imputación final construida a partir de todas las premisas elaboradas, pero no es cuestionable el crédito que otorgó el tribunal a ciertas declaraciones por la contundencia y verosimilitud que los magistrados de juicio apreciaron (*in re*, CNFCP, Sala I, c. 8088, .reg. 10.214, "Conzón, Jonathan Iván s/ rec. de casación, rta. el 16/3/07).

Por último se ha de tener en cuenta a la hora de probar los hechos y la autoría de Fasano, y esto más allá de la prueba ya enumerada la cual resulta suficiente para la certeza necesaria en el reproche que se le otorgó al imputado, la similitud que se encuentra en todos los hechos analizados en cuanto a las características de los episodios.

Es así, toda vez que siempre el autor escaló hasta el departamento en el que vivían las víctimas, todos en horas de la madrugada, ataba a las damnificas de la misma forma, les decía las mismas frases, se preocupaba por ocultar su rostro, abusaba de éstas sexualmente en varias oportunidades y durante largos lapsos de tiempo, lo hacía por vía vaginal y anal, demostró una clara obsesión por las prendas íntimas que utilizaban sus víctimas y se retiraba del lugar del hecho de la misma forma que había utilizado para ingresar.

Ello establece un patrón común en las imputaciones que



## *Cámara Federal de Casación Penal*

se le realizaron de manera seria, grave, precisa y concordante por lo que ello un papel determinante también a la hora de llegar a una sentencia condenatoria.

V. Llega el tiempo de analizar la individualización de la pena impuesta por el tribunal anterior y su proporcionalidad, como así también el planteo de inconstitucionalidad de lo previsto en el artículo 50 de nuestro código de forma.

Respecto a la solicitud de inconstitucionalidad de la norma aludida he de manifestar que, en primer término, que es doctrina del Alto Tribunal que *"la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable"* (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241; 1087; causa E. 73. XXI, 'Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario', fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros). Por otra parte, debe demostrarse de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional (C.S.J.N., Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros). Sabido es que resulta ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos 253:362, 257:127, 300:642, entre otros).

Es así que la potestad de incriminar conductas y fijar penas que la Constitución Nacional le otorgó al Congreso constituye una facultad privativa de dicho órgano de gobierno y escapa, en principio, a la revisión judicial, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad.

Ahora bien, a los fines de resolver la cuestión traída a estudio resulta pertinente señalar el criterio expuesto por esta Sala IV, con una integración parcialmente distinta, en causas Nro. 9025, "Virgilitto, José Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.761.4, rta. el 27 de julio de 2008 y Nro. 8558 "Ricarte, Leonardo Oscar s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.816.4, rta. el 10 de septiembre de 2008 (véase también CNCP Sala I "Collia, Damián y otro sobre recurso de casación e

inconstitucionalidad", causa nro. 4594, registrada bajo el nro. 5680, resuelta el 28/02/2003; Sala III "Grimaldi, Oscar s/ rec. de inconst.", reg. nro. 262, causa nro. 1066, rta. 26/06/97). Allí se afirmó que la cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia ya había sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes en los que se había descartado expresamente la vulneración de los principios mencionados por la defensa, doctrina que en lo pertinente resulta de aplicación a este caso, por los argumentos que mas adelante se exponen.

Así, lleva dicho el Alto Tribunal que *"el principio non bis in ídem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal"* (confr. causa "L'Éveque, Ramón Rafael", Fallos, 311:1452, sentencia del 16 de agosto de 1988).

Sentado ello, se refleja que la incidencia de una condenación previa sobre la modalidad del cumplimiento de la pena actual no importa volver a juzgar el hecho anterior, por cuanto el delito precedente en virtud del cual el condenado fue declarado reincidente, ya fue materia de juzgamiento y mereció una pena, mientras que en lo que aquí respecta se pretende resolver acerca de la libertad condicional con relación a una sanción impuesta con motivo de otro hecho.

*"Tampoco para Germán Bidart Campos la regulación condicional y con prohibiciones expresas del régimen de la libertad condicional es inconstitucional, porque este instituto no existe en la Carta Magna a título de obligación o mandato, derivando su presencia de una opción legal, que en su regulación puede establecer entonces un supuesto de improcedencia, siempre que sea razonable, siéndolo desde el momento que toma en cuenta no ya únicamente el hecho anterior que dio motivo a una sentencia condenatoria, sino «otro» hecho posterior y distinto, cual es el de haber sido además declarado reincidente.*

*Elevada esta situación a la categoría de impedimento de la libertad condicional -cuya existencia es facultativa-, si la*

## *Cámara Federal de Casación Penal*

*ha reconocido, bien está que la condicione razonablemente a la concurrencia de ciertos requisitos, sin incurrir en arbitrariedad. Esto le parece que no violenta el principio de non bis in idem, considerando también como razonable la discriminación entre el reincidente y quien no lo es a los fines del beneficio de la libertad condicional, el cual no es de otorgamiento automático, porque los jueces o tribunales pueden concederlo o negarlo en los casos concretos, haciendo uso del margen de discrecionalidad que les reconoce la ley penal, según sus pautas y la circunstancia particular del reo."* (Baigún, David; Zaffaroni, Eugenio R.; ob. cit., Págs. 182/183).

A su vez, las consideraciones apuntadas por el recurrente no tienen virtualidad para conmovir esta doctrina, ello pues, del fallo "Gramajo" (Fallos, 329:3680), no se extraen las circunstancias enunciadas por el impugnante.

Así, de un análisis pormenorizado del mencionado precedente del Máximo Tribunal, no conduce a la tacha de inconstitucionalidad del instituto contemplado en el art. 50 del código de fondo y, en definitiva, de la disposición del art. 14 de ese mismo ordenamiento legal. No puede desconocerse la íntima relación que existe entre los artículos 50 y 14 del Código Penal, en cuanto a que la consecuencia más grave de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de obtener la libertad condicional.

Por lo tanto la pretensión defensiva de aplicar los alcances de la doctrina sentada por la C.S.J.N. in re "Gramajo" (inconstitucionalidad del art. 52 del C.P.) debe ser desechada pues no resulta aplicable al caso por tratarse de supuestos distintos.

Ello pues, no puede soslayarse que cuando se afirmó que la norma del art. 52 del C.P. vulnera el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, se hizo sobre la estricta consideración del supuesto de multireincidencia en los casos de delitos de poca envergadura cuyo monto impuesto en la última de las condenas se ve considerablemente incrementado (tal como se estableció en el considerando 19 del fallo donde la imposición de una pena de dos años de prisión se convertía en una de doce años de reclusión) como consecuencia de la aplicación de esta "pena conjunta" (sobre esta forma de imposición ver considerando 10).

En ese sentido, es dable ponderar que se dejó especial constancia de que *"en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados... la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia."* (considerando 29).

En definitiva, una cosa es la severidad en el cumplimiento de la pena -lo que ocurre cuando se declara al responsable de un delito reincidente-, lo que no es inconstitucional según la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra es la imposición de una pena conjunta que denota una prolongación -indebida, por cierto- del tiempo de pena individualizado por el hecho por el que recae una condena, lo que ocurre al imponer la pena prevista en el art. 52 del C.P. en los casos de multireincidencia.

Por todo lo expuesto, los agravios introducidos por la defensa oficial son formalmente improcedentes, máxime, en atención a la posición que sostienen las Salas I, III y IV de esta Cámara con respecto a la constitucionalidad del art. 50 (Sala I, causa Nro. 6634, "Bonfanti, Oscar Roberto s/casación", Reg. Nro. 8635, rta. el 23 de marzo de 2006; Sala III, causa Nro. 5106, "Salas, Gabriel Darío s/casación", Reg. Nro. 238.05, rta. el 5 de abril de 2005) y la denegatoria de la libertad condicional en los casos de reincidencia (confr. Sala I, causa Nro. 4340, "Castro, Miguel Ángel s/casación", Reg. Nro. 5470, rta. el 11 de noviembre de 2002; Sala III, causa Nro. 1066, "Grimaldi" ya citado).

Así, considero pertinente citar lo señalado por esta Sala IV -con diferente integración-, en la causa Nro. 1837, "Ortíz, Juan Carlos s/inconstitucionalidad", Reg. Nro. 3047, rta. el 11 de diciembre de 2000, en cuanto a que *"el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por la Constitución Nacional; y si por opción legal el legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato*

## *Cámara Federal de Casación Penal*

*insoslayable de la realidad".*

*"Es que los argumentos, señalados por el recurrente, se hallan dirigidos a cuestionar los fundamentos de la reincidencia y se vinculan con materias propias de política criminal, que en tanto no den lugar a normas que contradigan nuestra carta Magna, son aspectos propios de la esfera del Poder Legislativo y por lo tanto ajenos a la competencia de los jueces (cfr. C.S.J.N. "Valdez"). Tiene dicho la Corte que "el principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable" (C.S.J.N. Fallos 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185).*

VI. Continuando con el análisis de los agravios, a fin de analizar si las circunstancias ponderadas por el tribunal "a quo", a la hora de fijar el quantum punitivo, resultan ajustadas a derecho, de conformidad con los arts. 40 y 41 del C.P. he de adelantar que en este punto tampoco le podré dar favorable respuesta a los agravios introducidos por la defensa de Fasano.

A la hora de evaluar las pautas agravantes y atenuantes se analizó el grado de culpabilidad en cada uno de ellos, sus condiciones personales y demás pautas prescriptas en los artículos 40 y 41 del C.P.

Así, el a quo expresó: *"Como agravantes valoro, la pluralidad de los delitos, -trece hechos de violación -abuso sexual con acceso carnal-, trece robos agravados y dos robos tentados- 28 hechos delictivos, la gravedad de los sucesos, en especial que fueron cometidos en horas de la noche, en la madrugada cuando las víctimas estaban descansando en el interior de su hogar.*

*La forma de comisión de los delitos en los cuales sujetaba, amenazaba y ataba a las damnificadas. El hecho de cambiarle su ropa íntima previo a accederlas carnalmente, y que Fasano se quedaba en varios de los hechos en el domicilio de las víctimas por un tiempo prolongado. Que les hablaba a sus víctimas antes y después de violarlas. En este aspecto, les decía que no las iba a someter sexualmente, y luego de buscar dinero y/o efectos las atacaba sexualmente, traspasando el*

sentido de culpa, y responsabilidad a las víctimas. A una de ellas, B. llegó a preguntarle si lo estaba gozando, lo que demuestra un claro desprecio por la integridad y dignidad de la víctima. En relación a los trece delitos de abuso sexual con acceso carnal se valora como agravante que las víctimas explicaron que los accesos eran vaginales, y en varios de ellos también anales, los que repetía.

En los hechos de B. y B. valoro especialmente como circunstancia que agrava el injusto el hecho de que la víctima estaba con su progenitora cuando sucedieron los hechos. En este sentido, B. contaba con 13 años cuando fue violada por Fasano en el mismo cuarto en el cual estaba su madre, en la cama contigua, y en el caso de B. esta tenía 18 años, y fue llevada al dormitorio de su hermano dejando atada a la madre en otra habitación. El someter a estas víctimas de corta edad, B. de solo 13 años y en presencia de su madre a su lado constituye un ultraje de tal intensidad que demuestra la gravedad de esta conducta.

Por otro lado, no se advierten atenuantes en el autor que puedan ser valorados para atemperar la pena a imponer. En esta inteligencia, al valorar la edad del imputado, su educación y demás pautas del artículo 41 inc. 2º del C.P. no se advierte que puedan ser merituadas como atenuantes en la medida de la pena, y que puedan haber incidido en la comisión de los delitos. En este aspecto. Los injustos acreditados demuestran por un lado gravísimos atentados a la integridad sexual y dignidad de las víctimas, y por el otro que los robos no estaban influenciados por la edad, enfermedad y/o adicciones del autor, o dificultad para ganarse el sustento. En el informe socio ambiental del legajo de personalidad se advierte que Fasano manifestó que su situación económica era buena, y que sus ingresos y los de su esposa le permitían cubrir sus necesidades básicas. Surge también del informe que vive en una vivienda ubicada en un terreno de sus progenitores, y que su casa es de material terminado. La asistente social indicó en el informe que en la entrevista aparentaba haberse criado y educado con pautas, estilos y modos de vida acorde a su grupo social y de referencia, expresando previamente que su grupo familiar de origen es de clase modesta. El imputado expresó en ese momento, como en la audiencia de debate que trabajaba como

## *Cámara Federal de Casación Penal*

*herrero, y fabricaba y vendía copos de nieve. Además en la audiencia de debate Fasano expresó que tenía alrededor de doce hijos de otras relaciones previas a su actual matrimonio, que no conoce los nombres de sus hijos, donde viven y que no tiene contacto con ellos. Estas circunstancias demuestran que nos encontramos con un ciudadano que recibió educación y crianza de sus padres, que tiene trabajo, y que no alega no se advierten pautas que permitan considerar que no puede o podía ganarse el sustento. Por el contrario, su historia familiar y social demuestran que tenía y tiene contención familiar y trabajo, y pese a ello se acreditan los graves injustos en los que participan.*

*Como se explicó también se considera como agravante el hecho de haber sido condenado previamente, respecto de delitos cometidos en esta causa en los años 2008 y 2009, toda vez que las condenas que registra son del año 2005 y 2006. Que cumplió condena del TOC 2 de Zárate-Campana parte de la pena en efectivo encierro. De esta forma, frente a la comisión de hechos acreditados en los años 2008 y 2009 demuestra que pese a ser condenado y cumplir pena efectiva, ésta no ha logrado los fines de resocialización buscados en esa intervención judicial, advirtiéndose que el procesado no tiene interés en respetar las normas de convivencia social, sino por el contrario evidencia desprecio por sus víctimas."*

*Por lo expuesto ut supra y por compartir los argumentos utilizados por el a quo a la hora de analizar las pautas atenuantes y agravantes conforme prescribe los artículos 40 y 41 del C.P. es que se deberá rechazar el recurso intentado por la defensa, también contra este punto, toda vez que los argumentos que intentan sustentarla solo constituyen una diversa apreciación de las pautas mensurativas, lo cual no constituyen una causal de arbitrariedad en los términos de la doctrina establecida por nuestra Corte Suprema. En este sentido, se sostiene que "...la tacha de arbitrariedad no se puede incluir en la revisión extraordinaria a sentencias meramente erróneas, o que se fundan en doctrina opinable, con las que solamente se discrepa por la deferencia de enfoque; y todavía más, la Corte aclara que la impugnación por arbitrariedad demanda que la sentencia así tildada acuse violación de garantías. Asimismo, la Corte deslinda bien que la*

*doctrina de arbitrariedad de sentencia no tiene por objeto abrir una nueva instancia ordinaria para corregir sentencias equivocadas"* (Augusto Mario Morello, *El recurso Extraordinario*", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 568).-

En relación al *quantum* de la pena he de mencionar que los injustos analizados tienen en abstracto una pena mínima de 6 años, art. 119 del C.P. conforme ley 11.179 o 25.087, y el máximo aritmético sería de 337 años. El Código Penal establece en el art. 55 conforme redacción de ley 25.928 publicada en el B.O. el 10/09/04 que: 'Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión'.

En este aspecto, luego de la entrada en vigencia de esta normativa Fasano cometió los delitos de los años 2008 y 2009 identificados como hechos 11 y 15 por esos hechos le correspondería como máximo de pena 50 años de prisión. Por ello, más allá de compartir lo expuesto por el *a quo* en torno al análisis que efectúa de lo previsto en el artículo 55 del C.P. entiendo que aunque se aplique la ley más benigna en favor del imputado, cierto es que tomando en cuenta la totalidad de los hechos cometidos en distintos períodos de vigencia de la ley, el monto de pena aplicado por el *a quo* luce acertado y encuentra apoyo en las circunstancias analizadas en los presentes actuados y en las prescripciones de nuestro código de fondo.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo rechazar *in totum* el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcelo Ángel Fasano, con costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así lo voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

**I.** El detallado análisis de cada uno de los hechos y de la prueba respectivamente reunida correspondiente a ellos, efectuada en el minucioso y preciso voto que abre el acuerdo, me exime a mí de mayores consideraciones al respecto.

Simplemente cabe agregar que -en lo sustancial- el patrón común de casi todos ellos estuvo dado por el relato incriminante directo de las víctimas y la descripción física



## *Cámara Federal de Casación Penal*

del atacante; los informes médicos legistas que acreditan las lesiones que presentaban las damnificadas por ser sujetos pasivos de un delito contra la integridad sexual; los peritajes de la División Laboratorio Químico de la P.F.A. respecto de los rastros recogidos en el lugar de los hechos; y la comparación científica y biológica con altísima probabilidad de coincidencia entre el perfil genético del material secuestrado en el cuerpo y/o en el domicilio de las agredidas y del imputado FASANO: todo lo cual constituye prueba directa suficiente para tenerlo como autor material y penalmente responsable de los trece (13) hechos objeto de condena.

A ello se aduna los múltiples y graves indicios convergentes y los elementos de convicción indirectos que fueron correctamente analizados en forma conjunta, integral, concordante y armónica con el resto de la prueba, tanto por el *a quo* como por el doctor Gemignani.

Como corolario de lo expuesto en este punto suscribo también el sufragio que antecede en lo que respecta a destacar, fundamentalmente, el idéntico *modus operandi* común a todos los sucesos que consistió siempre en que el autor escaló hasta el departamento en que vivían las víctimas, todos en horas de la madrugada, ataba a las damnificadas de la misma forma, les decía las mismas frases, se preocupaba por ocultar su rostro, abusaba de éstas sexualmente en varias oportunidades y durante largos lapsos de tiempo, lo hacía vía vaginal y anal, demostró una clara obsesión por la prendas íntimas que utilizaban sus lesionadas y se retiraba del lugar del hecho de la misma forma que había utilizado para ingresar.

En definitiva, se ha efectuado un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, presentándose la sentencia examinada y revisada debidamente fundada (que apunta ciertamente a lo objetivo e importa apoyar con razones eficaces el juicio que se emite), como así también correctamente motivada (que alude a lo subjetivo y tiende a explicar sobre el juicio emitido).

Por lo demás, la sentencia muestra en sus considerandos un razonamiento deductivo especialmente expresado en el procedimiento de valoración objetiva de la prueba, que resulta ser legítimo, derivado, verdadero y, sobre todo, suficiente, toda vez que produce un convencimiento cierto -en el caso de culpabilidad- y no probable sobre cómo acontecieron los hechos

investigados y quien fue su responsable.

**II.** En cuanto al planteo de la inconstitucionalidad de lo previsto en el art. 50 del código de fondo, en primer lugar, corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como última ratio del orden jurídico (cfr. Fallos 305:1304), toda vez que, las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424; entre otros).

Sobre el particular, tiene reiteradamente dicho el más Alto Tribunal de la República, que "el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (conf. C.S.J.N. *in re* "L'Eveque" en Fallos 311:1451).

En efecto, en cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del art. 50 del código sustantivo, debe reiterarse que el mayor reproche al autor reincidente se fundamenta en el desprecio que manifiesta por la pena privativa de libertad quien, pese a haberla sufrido con anterioridad y de forma efectiva, vuelve a cometer un delito amenazado también con esa clase de pena, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en "Gómez Dávalos", "Gelabert" y "L'Eveque" (Fallos: 308:1938; 311:1209 y 1451). Asimismo, esta Sala IV hizo la

## *Cámara Federal de Casación Penal*

propio en la causa nro. 295 "BORGIO, Julio Fernando s/recurso de casación", Reg. Nro. 548, rta. el 8/03/96, causa nro. 242 "MONTENEGRO, Oscar Angel s/recurso de casación", Reg. Nro. 474, rta. el 10/11/95, causa nro. 1837 "ORTIZ, Juan Carlos s/recurso de inconstitucionalidad", Reg. Nro.3047, rta. el 11/12/00 y causa nro. 5737 "DÍAZ, Hugo Omar s/recurso de casación", Reg. Nro. 8262, rta. el 19/2/07, entre otros. También la Sala I, causa nro. 4575, "Arrieta, I. y otro s/recurso de casación", rta. el 28/2/03; y la Sala III, causa nro. 6628, "Muñoz, Jorge Lucas s/recurso de casación", Reg. Nro. 861/06, rta. el 14/8/06).

De ello se desprende que el mayor castigo no se encuentra en un juicio moral por una particular conducción de vida, lo cual resulta inadmisibles, sino que lo que aquí interesa es que al momento de cometer el nuevo hecho ilícito el sujeto no haya tenido en cuenta las graves consecuencias que una pena de prisión importa. De ahí, entonces, la necesidad de un mayor reproche en la nueva condena (art. 14 del C.P.).

Ya he sostenido en reiteradas oportunidades que lo sustancial es que la declaración de reincidencia no implica un doble juzgamiento por un mismo hecho, ni, específicamente, una nueva aplicación de pena por el mismo hecho, sino el establecimiento de un régimen punitivo mediante el cual el legislador toma en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (cfr.: C.S.J.N.: Fallos 311:1452), dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal.

Entonces, el distinto tratamiento penitenciario que da la ley a los condenados, desde el prisma de la prevención especial, para los supuestos en los que el individuo incurriese en nuevas infracciones criminales, no encuentra razón en su culpabilidad por los hechos anteriormente juzgados, sino en virtud del hecho por el cual resulta condenado (lo cual está vinculado también con el juicio de disvalor sobre el segundo hecho cometido, en tanto es más grave que el primero); respecto de aquellas personas que no han exteriorizado esa persistencia delictiva, ni, entonces, el desprecio por el encierro que importó una condena que ya les fue impuesta y la insensibilidad

ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce.

Como se adelantó, no importa la violación del principio de culpabilidad por el acto cometido, por cuanto el delito precedente en virtud del cual el condenado fue declarado reincidente, ya fue materia de juzgamiento y mereció una pena, siendo que la declaración de reincidente, no se debe al hecho de haber delinquido anteriormente sino al de haber cumplido una pena privativa de la libertad con anterioridad a la comisión del otro hecho delictivo, lo que evidencia -como ya dijera- el mayor grado de culpabilidad en la conducta posterior.

La reincidencia, es entendida "como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que se considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (Fallo "L'Eveque", ya citado).

Por otra parte, cabe resaltar que el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por la Constitución Nacional; y si por opción legal el legislador estableció dicho instituto, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad.

Además, el principio de igualdad "no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable" (C.S.J.N. Fallos 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185).

Esa ha sido la doctrina sentada por el Máximo Tribunal sobre la constitucionalidad del art. 14 del código principal, cuando ha dicho "que el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y, si como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción,

## *Cámara Federal de Casación Penal*

el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (devuelta causa "L'Eveque").

Del fallo "Gramajo" (Fallos: 329:3680) no se extrae la obligación de desplazar la tradicional posición legitimante del instituto de la reincidencia del Alto Tribunal. En efecto, el considerando 17 de ese precedente, debe leerse en el contexto en el que se dictó y no aisladamente, esto es, después de despreciar -por ser contrario a la Constitución Nacional, sobre todo desde su texto reformado en 1994- la genealogía del art. 52 del C.P. como pena de relegación. Este aserto fue precedido de una amplia argumentación sobre el carácter de "pena" de esta disposición y no de "medida de seguridad" como postulaba alguna doctrina (considerandos 7 al 16) - (cfr. causa nro. 14.205, "CESPEDES, Norberto Fabricio s/recurso de casación", Reg. Nro. 1642/12.4, rta. el 17/09/2012).

Aquél fallo, no conduce a la descalificación constitucional del instituto del art. 50 del código de fondo y, en definitiva, de la disposición del art. 14 de ese ordenamiento; pues se trató aquél de un supuesto distinto al de autos: la imposición de una pena conjunta (la prevista por el art. 52 para los casos de "multireincidencia") que denota una prolongación -indebida- del tiempo de pena individualizado por el hecho por el que recae una condena.

En este entendimiento, cabe tener aquí en cuenta que es regla de interpretación de las leyes la de *"dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"* (C.S.J.N., "Romero Cacharane", Fallos 327:388 y sus citas).

En definitiva, la postura de la recurrente se dirige a cuestionar los fundamentos de la reincidencia y se vincula con materias propias de política criminal, que en tanto no den lugar a normas que contradigan nuestra Carta Magna, son aspectos propios de la esfera del Poder Legislativo y por lo tanto ajenos a la competencia de los jueces (cfr. C.S.J.N. "Valdez", Fallos: 311:552).

Asimismo, la prohibición constitucional que impide el doble juzgamiento por un mismo hecho, ha sido descartada del

instituto de la reincidencia, toda vez que "el principio *non bis in idem* prohíbe[...] la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (cit. Fallos 311:1451, considerando 7º) y el citado caso "Valdez").

Resta señalar que las demás consideraciones realizadas por la recurrente no tienen virtualidad para conmovir esta doctrina, por lo que por razones de brevedad habré de remitir a lo oportunamente expuesto en la causa nro. 9025, "VIRGILITTO, José Fabián s/rec. de inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.761.4, rta. el 27/07/2008 y causa nro. 8558 "RICARTE, Leonardo Oscar s/rec. de casación e inconstitucionalidad", Reg. Nro. 10.816.4, rta. el 10/09/2008. Allí se afirmó que la cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su vinculación con lo dispuesto por el art. 14, del C.P., ya había sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes en los que se había descartado expresamente la vulneración de los principios mencionados por la defensa. Dicha doctrina resulta, en lo pertinente, de aplicación a este caso, por los argumentos ya expuestos precedentemente.

Es que, cabe recordar, sobre el instituto de la reincidencia, que el mayor reproche al reincidente no se funda en un juicio moral, sino que al conocimiento sobre la criminalidad del hecho se le suma el conocimiento sobre la consecuencia material del reproche -es decir la pena- y el desprecio que demuestra con el nuevo delito a dicha consecuencia, lo que justifica un reproche mayor; y durante el curso de la ejecución de la pena impide, por ejemplo, el acceso a la libertad condicional.

En este punto, cabe tener en cuenta que en el citado precedente "ORTÍZ, Juan Carlos s/inconstitucionalidad", se sostuvo que el beneficio de la libertad condicional no viene impuesto por la Constitución Nacional; y si por opción legal que el legislador estableció el régimen, está dentro de sus facultades reglamentar razonablemente cuándo y en qué casos procede y a qué condiciones habrá de someterse al liberado; así

## *Cámara Federal de Casación Penal*

como prever los supuestos de su improcedencia siempre que el criterio de exclusión resulte atendible y justificado, marcando una pauta de política penitenciaria que se asienta en un dato insoslayable de la realidad".

Por último, debo dejar expresamente asentado que pese a conocer los nuevos precedentes ("Rearte" y "Argañaraz") de la Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal, lo cierto es que tales desarrollos jurisprudenciales no conmueven, no han variado ni modificado sustancialmente el criterio que se viene sosteniendo desde esta sede, tal como se dejara plasmado en la causa nro. 13.628, "MARTÍNEZ, Carlos Alberto s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.201.4, rta. el 5/7/2011 y en la causa nro. 14.797, "FEREYRA, Fernando Ariel s/rec. de casación, Reg. Nro. 674/12.4, rta. el 4/5/2012, a cuyas consideraciones me remito por razones de brevedad.

Además, cabe mencionar que más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Cabail Abad, Juan Miguel s/causa N° 16.035" (C. 449. XLIX. Resuelta el 6 de marzo de 2014) "Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154" (A. 577. XLV.) y "Gómez, Humberto Rodolfo s/causa n° 13.074" (G.506- XLVIII.) del 5 de febrero de 2013, desestimó las quejas por considerar inadmisibles los recursos extraordinarios federales contra resoluciones de esta Sala IV y de la Sala III de esta Cámara Federal de Casación Penal que avalaban la constitucionalidad de los artículos 14 y 50 del Código Penal.

En definitiva, la recurrente no ha presentado nuevos argumentos que justifiquen la modificación de las posiciones sustentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre la constitucionalidad de los artículos 14 y 50 del C.P. en los precedentes mencionados en este sufragio, y su postura se dirige a cuestionar los fundamentos de la reincidencia, vinculándose con materias propias de política criminal, que en tanto no den lugar a normas que contradigan nuestra carta Magna, son aspectos propios de la esfera del Poder Legislativo y por lo tanto ajenos a la competencia de los jueces.

**III.** En cuanto al análisis de lo previsto en los arts. 40 y 41 del código de fondo, suscribo el punto VI del voto que precede y por compartir también los argumentos utilizados por el *a quo* a la hora de analizar las pautas atenuantes y agravantes conforme lo prescriben los citados artículos.

En autos, resulta aplicable las reglas del concurso de delitos material o real establecida en el art. 55 (según ley 25.928, B.O. 10/09/04) que prescribe: "*Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión*".

En el caso concreto, los injustos analizados tienen en abstracto una pena mínima de (6) seis años, según el art. 119 del C.P. conforme leyes 11.179, 20.509 y 25.087, y el máximo aritmético sería de (337) trescientos treinta y siete años.

En este aspecto, luego de entrada en vigencia de esta normativa FASANO cometió los delitos de los años 2008 y 2009 identificados como hechos 11 y 15, dos abusos sexuales con acceso carnal y dos robos agravados por escalamiento, la pena máxima de acuerdo a la actual redacción del art. 55 del C.P. es de (50) cincuenta años.

Al respecto, no debemos olvidarnos que en el presente caso estamos frente a la imposición de una pena que abarque la culpabilidad por 28 (veintiocho) hechos que concurren materialmente. Dentro de esta constelación de hechos, 13 (trece) de ellos tiene, aisladamente, una pena máxima de (15) quince años de prisión.

Por los motivos expuestos, ponderando la cantidad y gravedad de los sucesos pesquisados y efectuando una composición de la pena aplicable no queda otra solución que acudir a la pena de (50) cincuenta años de prisión como respuesta razonable, proporcional y ajustada a derecho, a los gravísimos injustos juzgados y probados.

Por lo demás, más allá de compartir lo expuesto por el *a quo* en torno al análisis que efectúa del art. 55 del ordenamiento de fondo, coincido con al voto anterior en cuanto a que aun cuando se aplique la ley más benigna a favor del imputado, cierto es que tomando en cuenta la totalidad de los hechos cometidos en distintos períodos de vigencia de la ley, el monto de pena aplicado en la instancia anterior en grado luce acertado y encuentra apoyo en las circunstancias y constancias analizadas en los presentes actuados y en las prescripciones de nuestro Código Penal.



## *Cámara Federal de Casación Penal*

Por todo lo exteriorizado adhiero a la solución propuesta en el sufragio que antecede.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky:**

**I.** Que coincido en lo sustancial con las consideraciones expresadas por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani -que lleva la adhesión del doctor Gustavo M. Hornos-, respecto a que se encuentra debidamente acreditada la materialidad de los sucesos objeto de investigación en las presentes actuaciones, así como también la participación de Fasano, la consecuente responsabilidad penal del nombrado en los eventos que se le atribuyen, como asimismo se observa correcta la calificación legal otorgada a cada suceso.

He de señalar que los agravios introducidos por la recurrente resultan ser una reedición de los formulados en el marco del debate -ver acta que documenta el alegato a fs. 2043 vta. y ss.- que recibieron adecuada respuesta por parte del tribunal de origen. En el recurso en estudio, la defensa no ha logrado demostrar el alegado déficit de fundamentación del veredicto condenatorio dictado respecto de su asistido, y las críticas allí formuladas se compadecen con un disenso en la valoración probatoria efectuada por el *a quo* en la sentencia recurrida, la cual constituye una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y se encuentra ajustada a derecho.

**II.** Con relación a la crítica relativa a la pena que el *a quo* le impuso a Fasano, también comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas en el sufragio que lidera la votación, así como las consideraciones desarrolladas por el colega que me precede.

En tal sentido, encuentro que las circunstancias personales de Fasano valoradas por el "*a quo*" y las características concretas de los hechos ventilados en el debate, tornan ajustado a derecho el quantum punitivo seleccionado -cincuenta años de prisión-.

Al respecto, es del caso recordar que se le reprocha a Fasano la comisión de un total de veintiocho hechos que concurren materialmente, ocurridos en el lapso que transcurrió entre octubre de 1995 y enero de 2009.

De tal suerte, la sanción aplicada por el *a quo* resulta acorde al límite fijado por el artículo 55 del ordenamiento

sustantivo en su redacción posterior a la reforma introducida por ley 25.928 -publicada en el B.O. el 10/9/04-, y vigente pues a la fecha de comisión de los hechos identificados como XI y XV en el decisorio impugnado -28 de abril de 2008 y el 8 de enero de 2009, respectivamente- los cuales fueron encuadrados en el veredicto en las figuras de abuso sexual agravado por haber sido cometido mediante acceso carnal -dos hechos-, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido con escalamiento -dos hechos- (arts. 119 párrafos 1º y 3º y 167 inciso 4º en función del art. 163 inciso 4º del C.P.-) cuyas penas máximas -sumadas aritméticamente a la luz de la previsiones del referido artículo 55 del C.P.-, totalizan cincuenta años de prisión, coincidente con el quantum seleccionado por el juzgador respecto del total de veintiocho hechos juzgados.

Por lo demás, la pena impuesta no resulta desproporcional con la magnitud de los injustos y el grado de culpabilidad exhibido por Fasano en cada suceso. Al respecto, tengo particularmente en cuenta -en el marco de la pormenorizada valoración efectuada por el juzgador en los términos previstos por los artículos 40 y 41 del C.P. a fs. 2112/2114- que los hechos que se le atribuyen los cometió ingresando en horarios nocturnos a la vivienda de las damnificadas, sorprendiéndolas mientras descansaban, y sometiéndolas sexualmente en algunos casos en presencia de las madres de las víctimas -como sucedió en el caso de Lucila B. de 18 años de edad y Nadia B. de 13 años-, o en presencia de la hija de tres años de edad de la damnificada Verónica A., a quien amenazó con matar a la niña si no accedía a sus requerimientos. Tengo en cuenta también que los abusos incluyeron en algunos casos la selección -previa al ataque sexual- de las prendas íntimas que debían vestir las damnificadas. Tales extremos, de por sí reveladores de la particular intensidad de los ultrajes perpetrados, dejan a salvo del embate casatorio la selección del quantum punitivo realizada por sentenciante.

**III.** Por otra parte, el planteo de inconstitucionalidad que efectuó la defensa en el marco del recurso de casación en estudio, tampoco pueden tener acogida favorable en esta instancia.

*Cámara Federal de Casación Penal*

He de señalar que el recurrente no logra rebatir los fundamentos que expuse en distintas oportunidades en las cuales me pronuncié sobre la constitucionalidad de la reincidencia.

Puntualmente, con relación a la constitucionalidad del art. 50 C.P. cfr. C.F.C.P., Sala IV: "Carlos, Gonzalo Rodrigo s/recurso de casación" -causa Nro. 16.371, rta. el 22/03/13, Reg. Nro. 400/13-, "Valenzuela, Edgardo Ezequiel s/recurso de casación" -causa Nro. 16.400, rta. el 29/04/13, Reg. Nro. 582/13-, "Matus, Marcelo Antonio s/recurso de casación" -causa Nro. 15.498, rta. el 07/05/13, Reg. Nro. 658/13-, Sala III: "Vivas, César s/recurso de casación" causa n° 16.327, rta. el 08/03/2013, registro n° 192/13, "Orlando, Sergio Omar s/recurso casación" -causa Nro. 16.393, rta. el 15/05/13, Reg. Nro. 736/13-, "Cabail Abad, Juan Miguel s/recurso de inconstitucionalidad", -causa nro. 16.035, Reg. nro. 134/13 del 22/2/13, este último recientemente convalidado por el Alto Tribunal mediante sentencia dictada en el expediente C. 449. XLIX. RHE el 16/3/14.

**IV.** En virtud de lo expuesto, comparto la solución propuesta por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani, que lleva la adhesión del doctor Gustavo M. Hornos.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

**I.- RECHAZAR** *in totum* el recurso de casación interpuesto por la Dra. María Leonor Narvaez en representación de Marcelo Ángel Fasano a fs. 2133/2193, con costas (*arts. 530 y 531, del CPPN*).

**II.- TENER PRESENTE** la reserva de caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, CSJN) a través de la Secretaria de Jurisprudencia de esta Cámara. Remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**GUSTAVO M. HORNOS**

**JUAN CARLOS GEMIGNANI**

**MARIANO HERNÁN BORINSKY**

Ante Mí: