

# Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 11 de julio de 2024.

## VISTA:

Se reúnen los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 10, doctores Alejandro Noceti Achával -como presidente- Inés Cantisani y Jorge Horacio Romeo -como vocales- para redactar los fundamentos de la sentencia dictada en la causa 6722 (37747/19) seguida en orden al delito de abuso sexual a MOSQUEDA -DNI \_\_\_\_\_, nacido el \_\_\_\_\_ en esta ciudad, hijo de \_\_\_\_\_ Mosqueda, soltero, con domicilio en el hotel sito en \_\_\_\_\_, deesta ciudad.

Intervienen en el proceso por el Ministerio Público Fiscal, el doctor Gabriel González da Silva y por la defensa del imputado, la defensora Oficial doctora Marina Soberano.

**El juez Alejandro Noceti Achával dijo:**

## Y CONSIDERANDO:

**Primero.**

Que, el agente fiscal de la etapa anterior requirió la elevación a juicio de las actuaciones sosteniendo que "al nombrado se le imputan dos hechos, que a continuación señalaré:

A- El haber abusado sexualmente con acceso carnal de \_\_\_\_\_, el día 25 de mayo de 2019, entre las 0.00 y las 2.00 horas, en el interior de su domicilio ubicado en el barrio de \_\_\_\_\_ de esta ciudad, donde llevó a la nombrada, de dieciocho años de edad, con el pretexto de tomar un refrigerio, ocasión en la que comenzó a tener un acercamiento y desarrollar tocamientos de índole sexual.

USO OFICIAL



En dicho contexto penetró vaginalmente a la nombrada en dos oportunidades, sin colocarse preservativo pese a los requerimientos de la víctima y le practicó sexo oral, pese a negarse la nombrada.

Luego de ello, y pese a que \_\_\_\_\_ se acostó en la cama con el fin de dormir hasta que amaneciera para poder irse a su casa, \_\_\_ Mosqueda comenzó a tocarla nuevamente y se colocó encima de ella, para luego penetrarla, oportunidad en que ésta comenzó a llorar y resistirse empujándolo con los brazos y piernas para que saliera, ante lo cual \_\_\_ Mosqueda la tomó de las muñecas para inmovilizarla y debido a que la nombrada continuaba llorando, cesó en la maniobra previo a concluir el acto sexual.

B- El haber mantenido relaciones sexuales con \_\_\_\_\_, cuando esta tenía catorce años de edad, concretamente el día 8 de septiembre de 2017, en el interior de un dormitorio de su domicilio, ubicado en el barrio de \_\_\_\_\_ de esta ciudad. En dicha oportunidad, \_\_\_ Mosqueda comenzó a insinuarse como para tener un acercamiento sexual, pero \_\_\_\_\_ le dijo que no quería porque estaba en pareja, a lo que éste le respondió que no se iba a enterar, tras lo cual le tomó una mano y se la colocó en sus genitales por debajo de su ropa íntima, pidiéndole que lo masturbe, a lo que la víctima se negó. Seguidamente se le colocó encima y le dijo que le practique sexo oral, a lo que \_\_\_\_\_ también se negó.

Luego, tras insistir \_\_\_ Mosqueda en tener relaciones, la nombrada accedió y éste la quiso penetrar vaginalmente sin preservativo, por lo que ella le exigió que se lo coloque y éste accedió, pero luego de un rato se sacó el preservativo y lo tiró a un costado, por lo que la menor



# Poder Judicial de la Nación

le dijo que salga, y él le respondió que "le molestaba, que interrumpía y no sentía nada con el preservativo". Finalmente, ante esta situación \_\_\_\_\_ lo empujó y se lo sacó de encima para luego ponerse a llorar.

Asimismo, unas horas más tarde, mientras \_\_\_\_\_ esperaba a que se hiciera de día para irse a su casa, \_\_\_\_\_ comenzó nuevamente a tocarla en sus partes íntimas, apoyándole sus genitales sin ropa, contra la cola de la nombrada, provocando que ésta comenzara a llorar "fuerte" y se alejara".

## **La indagatoria.**

El imputado se remitió al descargo que efectuó en la etapa anterior donde sostuvo que "conoció a \_\_\_\_\_ en un grupo en común, en la plaza Rodríguez Peña, junto a la galería denominada "Bond Street". La gente se juntaba ahí todos los sábados, para tomar algo y divertirse. Allí a conoció y solo se saludaban. Sabía que estaba en pareja por lo que mucho interés no le prestó. El primer acercamiento que tuvo fue cuando ella estaba en la plaza con el novio y charlaron y se sacaron una foto. Al tiempo, cuando cortó la relación, cuando llevaba una semana sola, la invitó a salir pues le parecía bonita y buena persona. También le dijo que le atraía sexualmente pues suele ser muy claro con lo que piensa y siente. Accedieron a salir y se vieron en el parque de Agronomía pues ella estudia veterinaria. Se juntaron a tomar mate y comer bizcochitos. Era de día. Esa fue su primera salida. Charlaron, se contaron de sus vidas, gustos, intereses y luego se despidieron. Ella se fue en colectivo y el dicente en bicicleta. Al poco tiempo, una o dos semanas después, habían quedado que iban a salir a tomar algo y que ella se iba a quedar a dormir en su casa. También le aclaró que le gustaba, que captaba su atención. El 25 de mayo de 2019 quedaron en asistir a un evento de "Shibari" que consiste en arte japonés de ataduras de cuerpos humanos mediante sogas, que pueden tener diferentes formas, es decir ataduras de diferentes maneras, pero finalmente no fueron. El declarante ya le había comentado que le gustaba ese arte y ella dijo que también le parecía interesante, que le gustaba. Finalmente no fueron ese día pues se hizo tarde. Antes de verse convinieron en que iban a ir a la casa del declarante y que se

USO OFICIAL



iba a quedar a dormir. Además ya se habían expresado que ambos se gustaban sexualmente. Cerca de las 21,30 o 22,00 fue a buscarla a la estación, no recuerda si de subte o de tren, cerca del Abasto. De allí fueron a la plaza de la Facultad de Medicina que tiene un skate park y tomaron vino. Charlaron un rato y vieron como los demás patinaban. En un momento naturalmente se dieron un beso, "un piquito". Al rato, antes de terminar el vino se pararon y le preguntó si quería ir a su casa, pues ya habían quedado en eso y ella respondió que sí. Al llegar a su domicilio, se quitaron las zapatillas, pues es una norma de higiene que practican en su casa. Le preguntó si quería pasar al baño y luego fueron al cuarto del declarante. La habitación es una pequeña y acogedora y duerme en el suelo pues le parece más cómodo. Estuvieron charlando, escuchando música y terminaron de tomar el vino. Luego comenzaron a hacerse caricias y se "calentaron un poco". Luego le preguntó si quería "coger" y ella dijo que sí. Antes de la penetración el declarante se puso un preservativo. Estuvieron teniendo relaciones sexuales un rato, hasta que acabó dentro del preservativo. Lo ató y lo dejó a un costado. En todo momento le preguntó "si se sentía bien, si quería algo, si quería agua". Suele utilizar botellas de vidrio a las que les coloca un tapón y agua en su interior. Aunque parecen de alcohol, solo les coloca agua. Luego de ello se paró, fue al baño a lavarse las manos y el pene. Le preguntó si quería pasar al baño y le dijo que no. Quiere aclarar que siempre tuvo problemas de ansiedad, en todo ámbito. No llega a ser un trastorno crónico, pero es un problema que fue superando día a día, con los años. Debido a su ansiedad ha tenido problemas en lo sexual a la hora de ponerse el preservativo. Es algo que ya venía cargando desde hace años. Hay veces que sí podía y otras veces perdía oportunidades de tener relaciones sexuales por no poder ponerse el preservativo. Es decir de respetar la decisión del otro. Siempre tuvo una lucha constante entre lo que piensa, lo que siente y lo que hace. Debido a las experiencias sexuales que no pudo concretar, le generaba ansiedad el hecho de saber si iba a poder ponerse el preservativo o no, frente a cada situación. Esto lo fue calmando mediante ejercicios de meditación y ejercicio físico y comer sano. Fue aprendiendo a estar más tranquilo. La primera vez que tuvieron sexo lo usó. Luego al salir del baño charlaron, escucharon música y comenzaron otra vez con los mimos. Le preguntó si estaba bien y ella asintió. El trató de ponerse el preservativo y no pudo. Luego se pone nervioso y no pudo. Entonces él pensó que estaba bien y continuó con el acto. Ella en ningún momento le dijo



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

que “no quería” o “no cogemos”. No efectuó ninguna expresión y se quedó sin hablar, por lo que pensó que estaba bien y continuó. Así sucedió en dos oportunidades más. Es decir, tuvieron dos relaciones sexuales más y en ninguna de ellas ella manifestó que no quería. En el sexo al principio suele ser suave como conociendo a la persona y luego se pone “más voraz” como dar nalgadas, tirar del pelo o experimentar nuevas posiciones. Cuando habían charlado de sexo habían manifestado que le gustaban las mismas cosas como ahorcar o agarrar de las muñecas, siempre lo hizo sin lastimar a la persona o preguntando si le gustaba. Luego de las tres relaciones que tuvieron, continuaron escuchando música y charlando. Fue atento con ella, le preguntó en todo momento si necesitaba algo. Pero si ella no le decía si no le gustaba algo era muy difícil que el dicente pudiera comprender lo que quería. Refiere que en la tercera oportunidad advirtió que ella forcejeaba un poco por lo que al advertir esa situación el dicente notó que no la estaba pasando bien, por lo que inmediatamente se detuvo. Aclara que nunca la vio llorar, tal vez pudo haber lagrimeado pero el dicente no lo advirtió. Mas tarde se durmieron. A la mañana siguiente, ella fue al baño. El le preguntó si quería un té para desayunar. Preparó el desayuno con facturas y lo llevó al cuarto. Reitera que en todo momento le preguntó si estaba bien y ella dijo que sí. Aclara que su madre siempre estuvo en la casa del declarante. Seguramente la denunciante habrá visto a su madre al levantarse. Se arreglaron, salieron de la casa y la acompañó de la mano hasta la estación de Once. Eran alrededor de las 8 o 9 de la mañana. Le comentó al despedirse que la había pasado bien a lo que ella respondió que también y luego se dieron un beso en la boca. Al rato el dicente mandó un mensaje de texto diciendo “la pasé bien volvamos a vernos” y pero advirtió que lo había bloqueado. Luego por la noche se enteró que estaba hablando mal del dicente por Facebook donde dijo que la había violado. Desea manifestar que fue responsabilidad de los dos el no haber utilizado preservativo para tener relaciones. Trató de comunicarse con ella para que le explique, pero ya lo había bloqueado de todas las redes que se conectaban. Ella puso en las redes que la había violado, que había abusado de ella, cosa que no es cierto. El dicente también publicó en su defensa, pero piensa que la gente es iracunda, que siempre le creen a la mujer. Es injusto que por algunas personas, metan a todos en la misma bolsa. Se dio cuenta que personas en anónimo empezaron a poner que habían estado con el dicente. Algunas de ellas no lo habían hecho y otras que sí,



manifestaban cosas que no eran ciertas. Durante las siguientes semanas y meses experimentó depresión, cosa que nunca había sucedido. Sí ha sido anñado, pues tiene espíritu jovial, con conductas in\_\_tiles que tal vez se manda alguna cagada y no se da cuenta. No quería comer, ni salir. Así estuvo hasta hace poco. Al recibir la citación del tribunal, comenzó a sentir mal nuevamente. Siempre hubo gente que lo apoyó. Hay chicas con las que tuvo relaciones sexuales con preservativo, o sin ellos, pero con consentimiento. Nunca tuve problemas con otras chicas. Luego de este episodio pudo superar su ansiedad. El declarante perdió su virginidad a los 20 años, es decir relaciones con penetración, por lo cual comenzó a tener relaciones en forma activa recién a los 23. A \_\_\_\_\_ la conoció en la misma plaza y le pareció interesante y atractiva. Cruzó palabras con ella y nada más. Empezaron a charlar por redes sociales y quedaron un día en salir, conviniendo que si se hacía tarde podía quedarse a dormir en su casa. Al igual que en la otra oportunidad le dijo apenas comenzaron a charlar que le interesaba sexualmente y como persona, para dejar bien en claro cuáles eran sus intenciones. Si bien el dicente era mayor y ella menor, al experimentar más tarde el sexo, no solía fijarse en las edades. Sabía que \_\_\_\_\_ en aquel momento tenía 14 años. Refiere que en el testimonio ella dijo que lloró, que no quería coger y que su pareja se iba a enterar. Eso es falso, pues el dicente nunca se expresaría así pues respeta las relaciones ajenas. También es mentira que llorara. Admite que intentó ponerse preservativo y no pudo. Como adulto responsable tendría que haber dicho que no pero ella nunca se negó a tener relaciones sexuales. Nunca lloró. Fueron relaciones sexuales con consentimiento. Ella nunca dijo que no quería, tampoco aplicó resistencia, jamás lloró. Siempre se acercó a ella de manera gentil. Si le daba permiso para forcejear lo hacía pero si quería solamente. Recuerda que la penetración fue por un lapso corto, pues los dos estaban incómodos. Tal vez no era el momento para estar en esa situación, o fue apresurado estar allí. No obstante ello, antes habían paseado por Puerto Madero y luego ella accedió a ir a su casa y quedarse a dormir. Según su punto de vista las relaciones fueron con su consentimiento y le parece desagradable que mienta. Luego de ese episodio no volvió a llamarla porque le pareció que no estaban conectados. Ella tampoco lo llamó "fue una cosa de salgamos una vez y fue". Entiende que es menor pero también el nivel espiritual y emocional que estaba transitando en esa época era diferente. Era más inmaduro como para salir con



# Poder Judicial de la Nación

*gente más chica. Ya no lo hace. Ella en su testimonio dice cosas que no sucedieron. Nunca hubo violencia ni abuso. \_\_\_\_\_ también se quedó a desayunar y luego la acompañó al subte. Si le pareció una situación desagradable se lo hubiera dicho, como se iba a dar cuenta lo que le sucedía por dentro si no se expresa. En su testimonio ella dice que forcejeó y lo empujó, como si la estuviera forzando, pero eso no es cierto. Además en las declaraciones, las zonas donde vive están erradas. Manifiesta que con el tiempo se dio cuenta que los episodios sexuales en lo que no pudo ponerse preservativo, se debió a que la persona no le generaba una confianza suficiente para desenvolverse tranquilamente...”.*

Al terminar de leerse esa declaración, el imputado agregó “quiero aclarar con respecto al uso de preservativo con \_\_\_\_\_ que lo usamos la primera, la segunda no y no es porque yo me lo saqué, sino que no usamos, y en la tercera sí usamos, por lo que si ella lo hubiera creído importante me habría dicho ponéte lo y ya, pero ella dijo que yo me lo saqué en el acto, pero eso no pasó. Yo nunca me saqué el preservativo en el acto y tampoco acabé dentro sin preservativo...”.

## **La prueba .**

Durante el debate se recibió declaración a \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, la psicóloga forense Silvina Virginia Alberino, a la madre del imputado \_\_\_\_\_ Moqueda, a una amiga suya \_\_\_\_\_ Jiménez y a \_\_\_\_\_ Penas, joven que para el momento de los hechos frecuentaba el mismo grupo que \_\_\_\_\_ Mosqueda.

También se incorporaron por su lectura las declaraciones que ambas denunciantes prestaron en la etapa anterior y los siguientes elementos de prueba: el informe interdisciplinario de situación de riesgo confeccionado por la OVD, de fs. 9/10; las capturas de pantalla aportadas de fs. 18/39; las fotografías de fs.9/10; la historia clínica de \_\_\_\_\_ confeccionada por el Hospital Italiano a fs. 40/61; el informe acerca de las tareas realizadas por la

USO OFICIAL



División Delitos contra la integridad sexual de la Policía de la Ciudad de fs. 66/84; el informe médico confeccionado por la

OVD respecto de \_\_\_\_\_ de fs. 10/11; el informe psicológico -250 ter CPPN- de \_\_\_\_\_ de fs. 109/110; los informes médicos forenses de \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ confeccionados por la Dra. Silvina Alberino y agregados como documentos digitales; la certificación de antecedentes del imputado y el informe socioambiental del imputado.

### **Los alegatos.**

Tal como ha quedado registrado en el acta de debate, el fiscal, al formular su alegato, sostuvo *“que tiene por probadas las conductas ilícitas por la que \_\_\_ Mosqueda está siendo juzgado. Recrea los hechos objeto de imputación conforme el requerimiento de elevación a juicio. Recrea y analiza el descargo efectuado por el imputado; así como la ampliación de su indagatoria del día de la fecha. Recrea y analiza las declaraciones testimoniales de la denunciante \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_. Destaca que ambas víctimas viven en el conurbano bonaerense que desconocían la capital federal y tenían temor de moverse en la capital federal. Que ambas esperaron que se hiciera de día para irse y escaparse. Analiza los dichos de la madre y sus dichos sobre las pequeñas dimensiones del departamento. Analiza la situación de vivienda del imputado y concluye que no era común, cuestiona qué hubiese pasado si alguna gritaba. Se refiere a la cuestión de la falta de resistencia, a porqué no gritaron, porque no sacó el cuchillo, y sostiene que no lo hicieron porque no sabían que pudiera pasar. Entiende, incluso, que resulta un elemento agravante el lugar donde sucedió el hecho. Destaca que \_\_\_\_\_ dijo que estaba shockeada y lo único que le pidió fue que usara preservativo y él se negó. Se refiere a las reacciones de las víctimas, y argumenta que no necesariamente tienen que decir que no, que tienen su modalidad de manifestar su negativa, y afirma que en el caso \_\_\_\_\_ fue explícita. Refiere que no puede decir que lo haya sido verbalmente pero sí con sus actitudes. Entiende crucial el tema del preservativo, destacando que ambas dijeron lo mismo. Que el propio imputado reconoce el ida y vuelta con el preservativo y los*





# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*problemas que tiene con su uso. Dice que más allá de la intención de las víctimas al concurrir al domicilio, claramente desistieron de mantener relaciones sexuales. Descarta enfrentamiento o enemistad alguna con el imputado de parte de las víctimas y el resto de las chicas. Sostiene que no hubo pregunta o algo que le permitiese a la víctima enterarse que se estaba sacando el preservativo, que no se dieron cuenta. Destaca que \_\_\_\_\_, en esta oportunidad, fue más aguerrida y precisa en su declaración. Señala que no hay prueba alguna que demuestre la inmadurez o falta de comprensión de los hechos del imputado. Destaca que la práctica de sexo oral fue forzada. Señala que la madre no puede declarar en contra del imputado y la defensa dirá que nada pudo escuchar. Se refiere a los modos de consentimiento posibles según las circunstancias. Destaca que \_\_\_\_\_ dijo que la denuncia la hizo por el abuso y no por el tema del preservativo. Analiza los dichos de la Lic. Silvina Alberino y las conclusiones a las que arriba en su informe. Sostiene que las víctimas no mienten. Señala que no se trata de hechos aislados y destaca un modus operandi de parte del imputado. Sostiene que el imputado violó a ambas víctimas, vía vaginal y bucal y se hizo que le mantuvieran una fellatio in ore. Analiza las publicaciones de Facebook, las constancias de atención médica. Alude a una relación asimétrica, más notable en el caso de \_\_\_\_\_, pero además por las condiciones de vivienda del imputado que era un adulto. Refiere que el consenso debe ser inequívoco y voluntario y debe alcanzar a todas las circunstancias del acto. Encuentra acreditada la violencia física y psíquica. Argumenta que la insistencia del imputado avasalló la voluntad de las víctimas. Que el ingreso al domicilio no implica consentimiento. Que los elementos de prueba le permiten sostener que los hechos fueron tal cual como lo declararon las víctimas. Refiere que hasta aquí planteó su primera hipótesis. Refiere que podría darse el caso que los jueces descrean de la versión expuesta por cada una de las víctimas, sostengan que fueron al domicilio para mantener relaciones sexuales o despierten dudas de que sucedió de tal modo. Analiza el delito de estupro y los requisitos que exige. Descarta su configuración. Analiza el consentimiento y su alcance, con cita de fallo Angulo Losada vs. Bolivia de la CIDH. Se refiere al abuso sexual con acceso carnal del que se saca el preservativo - actuar sigiloso- "stealththing". Se refiere al precedente del Tribunal Superior Español del 14/6 /2024. Analiza el tipo penal del art. 119 del CP, el bien jurídico protegido por la norma: integridad sexual que abarca la libertad sexual de*



la víctima respecto de las circunstancias. Menciona los instrumentos internacionales incorporados a la legislación nacional y argumenta respecto del consentimiento y del “no” es “no”. Señala que el engaño se encuentra previsto en el art. 119 del CP (al decir alguna otra causa). Señala otro fallo del 12/1/24 causa SAP 1/24 Audiencia Provincial de Madrid. No encuentra causa de justificación ni de inimputabilidad. En cuanto a la calificación legal, el fiscal que el accionar de \_\_\_ Mosqueda \_\_\_ encuadra en el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco oportunidades respecto de \_\_\_\_\_: tres accesos vaginales, más dos actos de acceso oral (ya sea por el imputado o de la víctima hacia el imputado), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en concurso real con abuso simple respecto de \_\_\_\_\_ (una penetración más tocamientos y apoyo de genitales mientras ella dormía), todo ello en carácter de autor penalmente responsable, con cita de los arts. 45, 54, 55, 119, primero y tercer párrafo, del CP). Analiza las circunstancias previstas en los arts. 40 y 41 del CP, como atenuante que carece de antecedentes condenatorios, aclarando que no puede valorar su juventud porque era un adulto respecto de la víctima, ni los cursos ya que en nada afecta lo que hizo, al contrario, es instruido y por tanto conoce el disvalor de la acción. Como agravantes, la gravedad de los hechos, la reiterancia, que pese a la angustia de sus víctimas las siguió sometiendo, la modalidad y certeza de llevarlo a cabo en su domicilio, que aprovechó que las víctimas vivían en el conurbano y no sabían dónde estaban. Finalmente, por los motivos que expone, solicita que se imponga a \_\_\_ Mosqueda la pena de nueve años de prisión, accesoria legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3 del CP); y solicita que se obtengan los perfiles genéticos del imputado y se remitan al Registro correspondiente. Finalmente, de compartir su acusación, considera que se modifica in totum la situación de libertad del imputado, que, si bien no soslaya que se ha presentado hasta el momento, tiene en cuenta que dentro de sus expectativas estaba la absolución. En tal sentido, destaca que no tiene trabajo ni vivienda estable y sostiene que en caso de permanecer en libertad intentará fugarse y no cumplir la pena. Por ello, solicita la inmediata detención de \_\_\_ Mosqueda...”

Por su parte, la defensa, respondiendo a la acusación formulada contra su asistido, sostuvo “que en primer lugar, se refiere al caso de \_\_\_\_\_ Descarta la violación, el abuso



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*simple y el estupro a su respecto. Recrea sus dichos. Refiere que en ningún momento manifestó su falta de consentimiento y que vio el preservativo en el suelo, corriéndose con el cuerpo. Aclara que no fue llevada en modo alguno bajo engaño al domicilio y destaca que no fue imputada la privación ilegal de la libertad de las víctimas. Argumenta que \_\_\_\_\_ no se sacó el preservativo subrepticamente y recrea los dichos ratificados por \_\_\_\_\_ en el debate. Considera que no se verifica coito sin consentimiento, y que no fue manifestada como una negativa su incomodidad. Entiende que tampoco se acreditó el dolo de su asistido y que cualquier error de tipo excluye dolo y la culpa en el caso. Destaca que su pupilo acató cuando \_\_\_\_\_ le dijo que no. Que no fue una negativa brusca, sino que se puso a hablar por teléfono. Señala que tampoco se verifica violación por engaño y que no existe en nuestro ordenamiento. Entiende que debe evaluarse el hecho en el contexto que describe y destaca que jamás expresó su voluntad de irse. Entiende que el silencio de las víctimas no puede interpretarse como disconformidad. Sostiene, en subsidio, un error de tipo en punto al consentimiento en el segundo momento. Entiende que es posible afirmar que otra persona en igual situación hubiese ocurrido en el mismo yerro. Que no resulta exigible no caer en tal error. Prueba de ello es que cuando supo la oposición, cesó en su accionar. Entiende que ya sea por atipicidad objetiva o subjetiva su asistido debe ser absuelto, aún por duda. Descarta la figura de estupro dado que solamente es factible en el segundo o tercer párrafo del artículo 119 del CP. Sin embargo, analiza el estupro en función del tercer párrafo por lo alegado por el fiscal en cuanto a las modalidades de comisión. Analiza el aprovechamiento de una supuesta inmadurez sexual de la víctima. Se refiere a los elementos inmadurez sexual de la víctima, madurez del autor y al aprovechamiento de la inmadurez. Se expone sobre el punto. Sostiene que no se acreditó relación de preeminencia o subordinación de parte de \_\_\_\_\_ respecto de su defendido. Cuestiona la relación de poder en el caso. Analiza la falta de consecuencias informada en el informe pericial forense de \_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_. Señala que no hubo uso de alcohol ni conducta de seducción. Destaca que \_\_\_\_\_ -madre del imputado- se encontraba en el lugar y recrea sus dichos. Analiza los dichos de \_\_\_\_\_. Sostiene que no puede acreditarse el dolo de querer aprovecharse exigido por el estupro, y se refiere a la comunidad de intereses que los vincula. Refiere que de los dichos de la denunciante \_\_\_\_\_ se desprende la ausencia de llanto, que coinciden con los dichos de*



\_\_\_\_\_. Y entiende que no se sintió en situación de riesgo y que al menos por duda, corresponde la absolución de su asistido. Menciona precedentes jurisprudenciales sobre el tema. Seguidamente, analiza el caso de \_\_\_\_\_. Señala incompatibilidades en su relato. Sostiene que \_\_\_\_ cesó su conducta en el momento que manifestó su disconformidad con claridad. Sostiene que el uso del preservativo no fue puesto como condición sin la cual no podía tener lugar la relación sexual, en ninguno de los dos casos. Entiende que no puede tenerse por acreditada con certeza la falta de consentimiento. No se puede afirmar tipicidad objetiva ni subjetiva. Sostiene que no puede presumirse la falta de consentimiento sin afectar el in dubio pro reo. Que la prueba de la falta de conformidad está a cargo de la fiscalía. Destaca el descargo de su asistido y las inconsistentes declaraciones de las víctimas. Argumenta que el fiscal no se hizo cargo de las disímiles declaraciones de las víctimas. Se explaya sobre la historia clínica incorporada en la causa. Analiza el informe pericial de la víctima y sus dichos en punto a las consecuencias. Destaca que el fiscal acusó que él la obligara a efectuarle sexo oral, y no se amplió la acusación. Argumenta que, en todo caso podrá articular una nulidad por incongruencia en la sentencia. Que las manifestaciones de las víctimas no anulan el problema de comunicación de los actores a lo que suma la ausencia de prueba que no pudo ser recabada. Sostiene que los escraches son una moda para obtener notoriedad y empatía sustentados en un prejuicio contra el género masculino. Sobre el punto analiza los dichos de \_\_\_\_\_. Por lo que argumenta, sostiene que una apreciación subjetiva de sentirse abusada resulta insuficiente. En cuanto al planteo subsidiario, esto es consentimiento no válido por considerar el uso de preservativo (Stealthing) cuestiona que se encuentre atrapado por el art. 119. Argumenta que, en ninguno de los dos casos se puede sostener que el uso del preservativo era condición para iniciar el acto sexual. Que no hay modo de tener por probado el dolo de la figura de violación, aún por engaño que dice no existe. Se refiere a la configuración de delito de violación y a la ampliación de los medios coactivos. Sostiene que nada de lo vinculado al uso del preservativo es subrepticio. Que el Stealthing exige engaño y no fue dicho por las denunciantes. Que la norma prevé violencia física o psíquica pero no prevé el engaño. Sostiene prohibición de analogía. Argumenta que se fuerza la letra de la ley al procurar incluir el stealthing, que dice resulta una especie de estupro. Refiere que la fórmula de engaño fue pensada por el



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*legislador en el caso del art. 126 pero no así en el art. 119. Sobre el punto se refiere a la escala penal exorbitante prevista para la falta de consentimiento por penetración, que no guarda relación alguna con el retiro del profiláctico en la relación. Sin perjuicio de que, de las propias manifestaciones de las denunciadas, no surge que resultaba una condición sine qua non para mantener la relación. Se refiere a la atipicidad de la violación por engaño. Y señala que los hechos del tribunal superior español resultan claramente distintos a los aquí analizados, en el que se trató de un retiro subrepticio. Sostiene que el tema se debate entre qué se consiente y cómo se consiente. Menciona el precedente de la Audiencia provincial de Madrid Coyado Villalba del 29/12/2009. En subsidio, sostiene un supuesto de inculpabilidad por error de prohibición sobre la extensión de la norma permisiva, su subsistencia y alcance que excluye la culpabilidad, con cita del art. 34 inc. 1 del CP; y solicita su absolución por duda. Seguidamente, se refiere a la valoración de la prueba efectuada por el Fiscal sobre los aspectos que señala. Sostiene que el trauma fue descartado en las pericias médicas en ambos casos. Solicita, en su caso, que la pena sea por el mínimo legal de la figura que corresponda, y se valore su juventud, inmadurez, comportamiento a lo largo del proceso, contención familiar, trabajo y ausencia de consecuencias psíquicas relevantes. Entiende que el espacio físico fue aportado por él y permite ubicarlo, motivo por el cual en modo alguno puede ser considerado como agravante. Argumenta que la juventud de su asistido debe ser considerada atenuante y solicita se imponga el mínimo legal de la figura que corresponda y sea de ejecución condicional. Por último, sostiene que por aplicación del art. 128 CPPN y 375 CPPF solo pueden ser ejecutadas decisiones firmes; por lo que resulta claro que la detención está pedida como adelanto de condena, en violación al principio de inocencia, descartando medios menos lesivos para contrarrestar el supuesto peligro de duda. En tal sentido, destaca que el domicilio está constatado, el arraigo y contención de su familia, su ausencia de antecedentes, que admitió su apodo, datos desconocidos por el fiscal al pedir una medida tan gravosa. Le resulta llamativo que su trabajo como delivery constituya un riesgo procesal. Entiende que la fiscalía no se ha hecho cargo del fallo Loyo Fraire de la CSJN... ”.*

**La valoración acompañada de una explicación previa.**



En primer lugar, advierto que el fiscal ha incluido en la imputación durante la discusión final, un episodio de acceso carnal vía oral, supuestamente sufrido por \_\_\_\_\_, no contenido en la base fáctica descripta en el requerimiento de elevación a juicio.

Si bien esta observación podría dar lugar a especulaciones relativas a una modificación sustancial de la plataforma fáctica susceptible de afectar el principio de defensa en juicio, lo cierto es que, por el modo en que será resuelto el proceso, entiendo que esta modificación no logra impactar contra dicha garantía en términos que justifiquen la adopción de un temperamento nulificante del alegato, puesto que se trataría de la declaración de nulidad por la nulidad misma.

Sobre ello, tiene dicho nuestro más alto Tribunal que la declaración de nulidad no procede en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (conforme doctrina de Fallos: 295:961; 298:312, entre otros), toda vez que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554 y 322:507).

En otro orden de ideas, debo poner de resalto que, entre las bondades de un modelo acusatorio de enjuiciamiento penal, cuyos rasgos esenciales se exponen especialmente en la etapa del juicio, cabe destacar la circunstancia de que la prueba es percibida, a través de la intermediación, en forma directa por el juzgador, todo lo cual es favorecido por los principios de oralidad y publicidad.

Recuerda Gorphe que el principio de oralidad de los testimonios, inherente a todo sistema acusatorio, *"requiere que los testigos sean oídos directamente por el juez*



# Poder Judicial de la Nación

*encargado de juzgar, para permitir su examen inmediato (...). De esta manera el testimonio se convierte, en verdad, en una prueba viva, mientras la deposición escrita no constituye sino una prueba muerta: como decía De La Grasserie, el acta de interrogatorio «vela la fisonomía de los testimonios», y sólo refleja la sombra» (Cfr. Gorphe, François, *Apreciación judicial de las pruebas*, Trad. Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 322).*

Y pese a la claridad conceptual de esos principios reguladores del enjuiciamiento penal actual a nivel nacional, conviene recordar que el de "oralidad" exige que la prueba vinculada con la demostración de la comisión del hecho presuntamente delictivo sea producida en forma verbal, en palabras habladas, para que, a través de esa "inmediación", las partes y el tribunal, puedan conocer de modo directo lo que aquella prueba indica.

Esa oralidad está consagrada en el artículo 363 del Código Procesal Penal que establece que "[E]l debate será oral y público bajo pena de nulidad...".

Sin embargo, el legislador previó la posibilidad de que se presenten determinadas situaciones que exijan una excepción a la regla de inmediación, y admitió, para esos casos, que alguna declaración testifical prestada ante otro órgano, sea incorporada, a través de su lectura, al debate. Esta ya no se produce directamente frente al tribunal de juicio, sino que se la incorpora oralmente para su conocimiento.

Así, el artículo 391 del Código Procesal Penal establece que "las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes

USO OFICIAL



*casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción [...] 2º) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo”.*

En el caso que ha sido traído a nuestro conocimiento, hemos podido apreciar que, frente a la total contradicción de lo que una de las presuntas víctimas dijo en el debate y a la parcial imprecisión de lo que sostuvo la otra, resultó imperioso acudir al mecanismo aludido, a través del cual se intentó tomar conocimiento de la realidad de las cosas.

Como ha quedado asentado en el acta de debate y puede verse con toda claridad en la filmación de la audiencia que forma parte de dicha acta, \_\_\_\_\_, pese a haber dado inicialmente una versión que contradecía su propia denuncia en la OVD, dijo luego, al culminar la lectura de esa declaración y de la que prestó poco después en la fiscalía actuante en la etapa anterior, que todo había ocurrido como acababa de serle leído.

De ese modo es que entiendo que, al haber afirmado que el suceso que la tuvo como víctima se había desarrollado de la manera descrita en las actas que le fueron leídas (que contradicen abiertamente lo que relató al responderle al fiscal de juicio), la versión que debe tenerse en cuenta para analizar la conducta imputada a \_\_\_ Mosqueda es la que fue incorporada por lectura, de conformidad con el inciso segundo del referido artículo 391.

Y como con \_\_\_\_\_ ocurrió algo similar, también es esencialmente ese relato el que debe considerarse para juzgar al imputado.





# Poder Judicial de la Nación

Es sabido que el paso del tiempo desde la ocurrencia de los hechos hasta la celebración del debate (cinco años en el caso de una de las presuntas víctimas y siete respecto de la otra) no solo no colabora en la conservación de un recuerdo fresco, sino que favorece a su olvido o modificación. Eso es, muy seguramente, lo que ha sucedido en este caso donde prácticamente las dos denunciantes afirmaron que las cosas ocurrieron tal como les fueron leídas y no como creían recordar.

Las diferencias advertidas entre lo denunciado tiempo atrás y lo recordado hoy pueden obedecer a múltiples motivos que van desde el olvido a la mentira. Descarto, en el caso bajo estudio que \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ hayan faltado a la verdad. Ningún indicio de ello se desprende de sus testimonios y, por lo que diré, considero que, en rigor de verdad, el recuerdo de los episodios que experimentaron con el imputado se ha visto alterado.

Coincido con Margarita Diges (*"Testigos, Sospechosos y Recuerdos Falsos, Estudios de psicología Forense"*, Editorial Trotta) cuando, al analizar la posibilidad de que los recuerdos sufran cambios, modificaciones, añadidos o invenciones, sostiene que *"Muchas personas creen que el único problema de la memoria está en el olvido. Parecen suponer que, de alguna manera, los acontecimientos quedan grabados en un almacén de huellas y que nuestro problema consta básicamente en que podemos tener dificultades más adelante para reproducir la grabación porque el mero paso del tiempo hace que las huellas se deterioren, se desvanezcan. Como el desvanecimiento es gradual, a veces nuestro recuerdo de un suceso es fragmentario, nos suenan vagamente algunos detalles,*

USO OFICIAL



*persisten aún retazos de la memoria original. En otras ocasiones, el desvanecimiento parece haberse completado y no encontramos en nuestra memoria ningún rastro de un acontecimiento que sabemos positivamente que ha tenido lugar. Lo hemos olvidado por completo [...].*

Luego de informar cómo funcionan algunas memorias denominadas de "flash" (que no aplicarían aquí pues los relatos que obedecen a esa forma de aparición son los primeros que expone el testigo) se detiene a analizar los casos de recuerdos falsos y distorsionados.

Ilustró ese supuesto con un caso que llamó "el ejemplo más famoso de falso recuerdo" (atribuido a Jean Piaget). Por la claridad de esa exposición solo me atrevo a reproducir esa transcripción.

Así lo contó Piaget: *"También está la cuestión de las memorias que dependen de otras personas. Por ejemplo, uno de mis primeros recuerdos se fecharía, si fuera cierto, antes de haber cumplido los dos años. Todavía puedo ver, con toda claridad, la siguiente escena, en la que creí hasta los quince años cumplidos. Estaba sentado en mi cochecito y mi niñera me paseaba por los Campos Elíseos, cuando un hombre intentó raptarme. Quedé retenido por el cinturón que me sujetaba al asiento, mientras mi niñera intentaba valientemente protegerme del raptor. Ella recibió varios arañazos y aún puedo verlos vagamente en su cara. Luego la gente se agolpó en torno nuestro, llegó un policía con capa corta y un bastón blanco y el hombre huyó. Puedo ver aún toda la escena e incluso situarla cerca de la estación de metro. Cuando tenía unos quince años, mis padres recibieron una carta de mi anterior niñera, diciendo que se había enrolado en el Ejército de Salvación. Quería confesar sus*



# Poder Judicial de la Nación

*faltas y, en particular, devolver el reloj que se le había dado como recompensa en aquella ocasión. Había inventado toda la historia del rapto, haciéndose ella mismas los arañazos. Por consiguiente, yo debí de oír, cuando era niño, un relato de esa historia, en la que mis padres creían, y la proyecté en mi pasado en forma de recuerdo visual (Piaget, 1959, 257).*

A partir de este ejemplo, Diges explica, aunque en relación a in\_\_tes pero que, según entiendo y ella misma aclara, resulta perfectamente aplicable a este caso, que es posible que algunos recuerdos estén basados (o modificados) en historias que se cuentan en la familia, entre los amigos, en el repaso de fotografías, videos, en conjeturas sobre cómo deben haber sido las cosas a partir de conocimientos generales, sosteniendo, entonces, que esos recuerdos pueden ser invenciones o, al menos, haber sido contaminados por otras fuentes de información que llegan a alterarlos. Y agrega que, no solo los recuerdos de la infancia están expuestos a cambios e invenciones, sino que, en los adultos, el recuerdo de conversaciones mantenidas tiempo atrás muestra también que la memoria no es tan exacta y sufre modificaciones por idénticos motivos a los señalados.

Esas modificaciones, deformaciones o alteraciones del recuerdo suponen errores en el suceso recordado. Errores que provienen del debilitamiento de la memoria por olvido o confusión, o por la deformación que implica el agregado de detalles o la invención de un aspecto más o menos amplio del suceso, significando una inferencia a partir de los conocimientos actuales de lo que pudo haber pasado en esa situación.

USO OFICIAL



En definitiva, vemos que un testimonio puede no coincidir con la realidad debido a que los rastros de la memoria fueron alterados por otras huellas interfiriendo significativamente en la información conservada. Así, los falsos recuerdos se construyen combinando la memoria real con información adquirida con posterioridad.

Estas circunstancias me han llevado, como ya adelanté, a descartar, para la dilucidación de los eventos a juzgar, los testimonios que las denunciantes brindaron en la audiencia de debate y a sujetar el análisis a lo que se desprende de lo que sostuvieron durante la instrucción.

Como dije un poco más arriba, \_\_\_\_\_ declaró dos veces en la etapa anterior. La primera ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la segunda, ratificando y aclarando la anterior, en la fiscalía instructora.

La primera quedó redactada del siguiente modo:  
*“RELATA que se presenta en esta OVD por indicación de la Comisaría de la Mujer de San Justo, para exponer la situación planteada en relación a un conocido, no conviviente, el Sr. \_\_\_ del cual no recuerda el apellido, de 25 años de edad, de nacionalidad argentina, de estado civil soltero, domiciliado en la calle \_\_\_\_\_, Depto. \_°, del barrio de \_\_\_\_\_ en la Ciudad de Buenos Aires, teléfono celular: \_\_\_\_\_, teléfono de línea: desconoce, teléfono auxiliar: desconoce, con nivel de estudios secundarios completos, de condición laboral ocupada remunerada, quien se desempeña como empleado de “\_\_\_”, la dicente desconoce el ingreso mensual del Sr. \_\_\_\_\_. Manifiesta que lo conoció en el año 2016 en la Galería “Bond Street” a través de amigos en común. Y refiere que nunca mantuvieron una relación sentimental. Que los días sábados se encontraban con varios grupos de amigos en la galería y que en algunas oportunidades ha mantenido una conversación con \_\_\_\_\_. Expone que su grupo conviviente está integrado por la dicente, su madre \_\_\_\_\_ de 54 años y su hermana \_\_\_\_\_ de 19 años de edad y refiere que el Sr. \_\_\_ conviviría con la hermana y con la mamá. Con*



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*relación al episodio que motiva su presencia en esta OVD, refiere: el sábado 25 de mayo yo estaba en su casa de \_\_\_\_\_, eran las 00 hs., habíamos arreglado para tener un encuentro sexual y yo si bien no estaba del todo convencida accedí, y el problema comenzó cuando estábamos por tener el encuentro y no quiso usar el preservativo. Si bien no me gustó la idea él me penetró igual y me dijo que después se lo iba a poner, pero yo sabía que no era cierto. Cuando noté que no iba a ponérselo se lo volví a dar y recién ahí se lo puso pero no llegó ni a cinco minutos. Porque él acabó y terminó la primera relación sexual, él se fue al baño y yo me quedé acostada en su pieza. Cuando volvió hablamos un rato acostados y empezó a tocarme de nuevo, yo no quería, pero no supe decirle que no, comenzó a practicar sexo oral sin preguntarme antes. Después de eso empezó a penetrarme sin preservativo y fue así hasta que acabó. Lo cual yo creo que ni siquiera fue capaz de acabar afuera. Luego de eso él fue al baño otra vez y yo me quedé en su pieza de nuevo. Cuando volvió otra vez quería seguir, y se puso arriba mío y me penetró otra vez, no sabía decirle que no y me puse a llorar, pero creo que o no lo notó o no le dio importancia, me dolía mucho lo que me estaba haciendo. Intenté forcejear con él pero él a la fuerza me inmovilizaba y seguía haciendo lo que él quería. Hasta que en un momento me dolía mucho lo que me estaba haciendo y como notaba que cuando le decía que pare no lo hacía empecé a empujarlo con mis brazos y mis piernas, a lo que él me preguntó si era un juego o era en serio y cuando le dije que era en serio me dejó en paz y yo me acosté a dormir. A la noche mientras intentaba dormir él seguía tocándome, dormí muy mal y me despertaba a cada rato porque tenía pesadillas, a la mañana siguiente me hizo un té y me acompañó hasta la estación de Once. Él parecía estar tranquilo como que no pasó nada, incluso me quería dar la mano y yo se la di porque no sabía qué hacer. Todo el viaje hasta mi casa estuve llorando, pensando en todo lo que había pasado y que no tenía plata para la pastilla. Le pedí a un amigo que me pague la pastilla. Y \_\_\_\_\_ me mandó mensajes como que le gustó lo que pasó y que le gustaría que se repita. Como no sabía que decirle para no vernos más le puse una excusa, de que como termine hace poco una relación importante no estaba lista. Después lo bloqueé de todos lados y lo escraché en facebook. Si no me equivoco lo del escrache fue el lunes, lunes o martes. Y en su defensa dijo que pensó que era un juego mi forcejeo y que jamás me vio llorar. La hermana me habló para*



*decirme que yo mal entendí las cosas e intentó manipularme para que le crea. Eso fue hoy, ayer. Esto fue todo lo que pasó...”.*

No puede ponerse en duda el celo y cuidado con que los agentes de la OVD llevan adelante sus funciones al recibir a quienes se presentan en sus oficinas denunciando ser víctimas de conductas que violan sus derechos. Cualquiera que sea su agravio, pero especialmente con aquellas que dicen haber visto afectadas su integridad física y sexual.

Ello lo remarco pues resulta sumamente relevante la forma en que quedó asentada la denuncia formulada por \_\_\_\_\_, en lo que hace a la descripción del suceso que la agravió. Más adelante me referiré con mayor detalle a su análisis. Ahora conviene transcribir la declaración que la joven brindó, dos semanas después, en la fiscalía, por resultar complementaria de su anterior.

Allí *“...declaró: que leída que fue la declaración de fs. 6/8 manifiesta que ratifica sus dichos en su totalidad y reconoce como propia la firma inserta al pie de la misma. Sin perjuicio de ello desea aclarar que el domicilio de la calle \_\_\_\_\_ no es exacto lo que corroboró luego al pasar por el lugar, ya que no lo reconoció. Que es cerca de la Plaza de los Perros, cree que en \_\_\_\_\_ pero nombre de la calle. Asimismo aporta datos concretos que recabó luego siendo el nombre completo \_\_\_\_\_ Mosqueda \_\_, D.N.I. nro. \_\_\_\_\_, y un domicilio viejo que sacó del Padrón electoral siendo este \_\_\_\_\_ de esta ciudad. Preguntado por el señor Fiscal para que explique cómo acordaron un encuentro para tener relaciones sexuales responde que eran conocidos desde hacía varios años de verse en la Galería Bond Street. Que allí los sábados se reúnen diversos grupos de gente con gustos afines en tatuajes, música, etc. y suelen conocerse de verse asiduamente. Que solo sabía su nombre de pila y el celular lo obtuvo hace aproximadamente un año cuando él le pidió su número para conversar por whats app. Asimismo refiere que en ese momento la dicente estaba en pareja y él era muy respetuoso con eso. No obstante, al enterarse que la dicente había terminado con la relación con su novio, dado que lo publicó en Instagram, \_\_\_\_ comenzó a hablarle por*



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*este medio y una vez la fue a buscar a la facultad. Fue así que acordaron salir y si bien él le mencionó que le gustaría tener relaciones sexuales, la dicente no le dijo expresamente que sí sino que mencionó una frase similar a “me gustaría” (sic). No obstante aclara que al invitarla a salir la dicente pensó que irían a tomar algo y no a su casa, y que eventualmente le podría decir que no quería tener relaciones en el momento, pero éste le dijo que primero pasaran por su casa un rato y después se quedaron ahí. Que se dirigieron al departamento de él del cual no puede especificar la dirección exacta y estuvieron hablando y escuchando música por aproximadamente cuarenta minutos. Preguntada que fue por el Señor Fiscal como fue que decidieron tener relaciones responde que si bien se estaban besando, éste “de repente se sacó el pantalón” (sic) y le dijo a la dicente que haga lo mismo. Que la dicente se puso incómoda pero no le dijo que no, ante lo cual se lo sacó él. Preguntado por el Señor Fiscal para que explique a qué se refiere cuando dijo que “aunque no estaba convencida accedió a tener relaciones” (sic) responde que no estaba interesada en él realmente pero como él era muy insistente, accedió a salir con él. Preguntada por el señor Fiscal si le manifestó o exteriorizó de algún modo “que no estaba convencida a tener relaciones” responde que no. Preguntado por el señor Fiscal para que amplíe cual fue la situación que se planteó respecto de la negativa a utilizar preservativo responde que en primer lugar la penetró “sin pedirle permiso” ante lo cual la dicente “lo sacó” (sic) y le dio un preservativo para que se lo pusiera, pero él le dijo que eso le quitaba sensibilidad, ante lo cual la dicente insistió y si bien el continuó con la penetración, se colocó el preservativo antes de eyacular. Asimismo a requerimiento del señor Fiscal para que amplíe la expresión “sin pedirle permiso” (sic) expone que si bien estaban desnudos, todo se estaba dando muy rápido y la dicente no pensó que iba a concretar una relación sexual, que él no le daba tiempo a nada” (sic). Preguntada por el señor Fiscal si le manifestó, antes de la segunda relación sexual, que no quería hacerlo responde que no, que la dicente se quiso vestir pero él no la dejaba y le decía que se quede así. Preguntado por el señor Fiscal si la actitud de \_\_\_ fue en modo imperativo, responde que no, que se lo pedía riéndose. Preguntado si la dicente le dijo que se quería ir responde que no, que la dicente en realidad quería vestirse y acostarse a dormir. Asimismo aclara que si bien no le supo decir que no, estaba molesta y se quejaba y se movía queriéndolo sacar, ya que él estaba encima de la dicente, no lo hizo en forma*



rotunda. Preguntado por el señor Fiscal si en dicha oportunidad le volvió a insistir para que utilice el preservativo responde que no se lo dijo y él trató de “acabar afuera” (sic) pero cree que no lo hizo. Preguntado por el señor Fiscal qué ocurrió luego responde que transcurrieron quince minutos más y la dicente “se hacía la cansada” para que no la moleste más pero él se colocó arriba y volvió a hacerlo. Preguntado por el señor Fiscal si en ese momento le dijo que no quería tener relaciones responde que al principio se quedó quieta, sin responder al acto por lo que él se tuvo que dar cuenta de que no la estaba pasando bien, y después le empezó a decir que no quería, y lo empujaba con las manos, ante lo cual él la agarraba de las muñecas y las colocaba hacia arriba para poder seguir. Que luego lo empezó a empujar con los codos y con las piernas por un rato hasta que empezó a llorar. No obstante él continuó y luego de aproximadamente diez minutos, cuando él quiso cambiar de posición la dicente lo empujó con las piernas y ahí él le preguntó “si era en serio o era un juego” (sic) y la dicente le dijo que era en serio. Preguntado por el señor Fiscal que reacción tuvo \_\_\_ responde que se levantó y se fue al baño. Asimismo al regresar se acostaron y si bien él quería tocarla como para reiniciar un encuentro la dicente le dijo que no y se hizo la dormida hasta que él se quedó dormido. Preguntado por el señor Fiscal si en algún momento le comentó o le reprochó de que la había forzado responde que no porque “no entendía lo que estaba pasando, no sabía que pensar, qué es lo que había sucedido, si él o la dicente había entendido mal las cosas” (sic) [...] Preguntado por el señor Fiscal en referencia a sus manifestaciones en orden a que “le dolía” (sic) y si guardan relación con que \_\_\_ estaba siendo brusco físicamente responde que no, que supone que le dolía porque la dicente no quería hacerlo, asimismo refiere que si bien no le quedaron marcas en las muñecas, le quedaron doliendo varios días, como así también en la zona pectoral [...] Que al principio le mandó mensajes diciendo que le gustaba, que la había pasado bien, como si nada hubiera pasado, todo a través de Instagram, pero la dicente no le contestó. Preguntado por el señor Fiscal si supone que él notó que la dicente la estaba pasando mal responde que no lo sabe, que supone que sí. Preguntado por el señor Fiscal si estaban solos en el departamento responde que no, que estaba su mamá pero durmiendo en otro cuarto. Preguntado por el señor Fiscal cuando le dijo que se había dado cuenta de que estaba llorando responde que





# Poder Judicial de la Nación

*al tomar conocimiento de la publicación de la dicente, él hizo una publicación en su muro haciendo su defensa en la que explicaba “que el preservativo le daba ansiedad...”.*

En esa oportunidad la joven se comprometió a presentar en la fiscalía fotocopias de los mensajes de la red social Facebook a los que aludió en su declaración.

Esas copias fueron agregadas al expediente físico y al digital, pero al hacerlo el juzgado instructor no respetó su cronología ni tamaño, de modo que han quedado incorporadas algo confusa y parcialmente.

Sin embargo, en esas copias se alcanza a leer que las publicaciones realizadas por \_\_\_\_\_ se vinculan con los acontecimientos por los que se consideró afectada por el imputado, además que, a partir de su divulgación, otras adolescentes efectuaron comentarios sobre ellas, algunas de las cuales dijeron haber atravesado situaciones similares. Una resultó ser \_\_\_\_\_, la otra denunciante, quien, entre otras cosas, dijo “...que en el mismo momento él le agarró la mano y lo hizo tocarlo en los genitales por debajo de su ropa íntima, pidiéndole que lo masturbe a lo que la dicente se negó. Seguidamente se colocó encima y le dijo que le haga sexo oral a lo que la dicente se negó. No obstante \_\_\_ siguió insistiendo en tener relaciones hasta que la dicente accedió. Que en un primer momento la quiso penetrar sin preservativo por lo que la dicente le dijo que se lo coloque y accedió a colocárselo. Que estuvieron un rato “asi” (sic) hasta que la dicente observa que él se saca el preservativo y lo tira a un costado por lo que le dice que salga y él le respondió que “le molestaba, que interrumpía y no se sentía nada con el preservativo (sic), por lo que la dicente lo sacó de encima y él se ofendió poniendo “mala cara”, a lo que la dicente se puso a llorar y se alejó poniéndose a hablar por celular con su hermana. Asimismo relata que debido a que era muy tarde, la dicente se quedó a dormir y se acostaron en la misma cama, de espaldas, siendo que en un momento dado, la \_\_\_ despertó tocándola en sus partes íntimas y apoyándola con sus genitales, sin roa, contra la cola de la dicente, que tenía colocado un short. En ese momento la dicente se sintió muy incómoda, se puso a

USO OFICIAL



*llorar “fuerte” (sic) y se sentó en la cama, ante lo cual el la dijo y le dijo que “creyó que era distinta” (sic). Que la dicente se alejó a la punta de la cama y se sentó ahí quedándose dormida. Que a las 7.00 horas aproximadamente él le dijo que se tenía que ir [...]. Preguntado por el señor Fiscal si en algún momento se sintió forzada a tener relaciones responde que en la segunda oportunidad, cuando la despertó apoyándola sí, por eso se puso a llorar y se corrió a un borde de la cama...”.*

Esa es la descripción que las presuntas víctimas efectuaron del episodio que cada una de ellas experimentó con el imputado. Y esa es, entonces, la base fáctica que, puesta en conocimiento del tribunal, nos toca juzgar. Y, por lo que hasta aquí vengo esbozando y a continuación explicaré, entiendo que los únicos elementos útiles para la dilucidación del caso, son esas declaraciones prestadas en la etapa anterior y que he dejado transcriptas precedentemente.

Debemos recordar que el Fiscal planteó su alegato acusatorio presentando dos hipótesis de como consideró que habían ocurrido los hechos juzgados.

En la primera de ellas, dijo que tenía por probado que ninguna de las dos jóvenes había accedido voluntariamente a mantener relaciones sexuales con \_\_ Mosqueda y que todo ocurrió sin que prestaran su consentimiento; mientras que, en la segunda, sostuvo que, ante la posibilidad de que el tribunal considerara que tanto \_\_\_\_\_ como \_\_\_\_\_ habían concurrido al departamento del imputado con la finalidad de mantener relaciones sexuales con él y que todo se había iniciado en el marco de la legalidad, debía explicar que, en todo caso, ambas fueron engañadas en el “modo” en que se llevarían a cabo esas relaciones debido a que el imputado, contra la voluntad de las dos jóvenes, llevó adelante las prácticas sexuales sin utilizar preservativo.



# Poder Judicial de la Nación

De esa forma sostuvo, por un lado, que tuvo por probado que el imputado mantuvo relaciones sexuales contra la voluntad de quienes aquí se presentaron como víctimas valiéndose del ejercicio de violencia física y psíquica, aunque no especificó cuáles fueron esos actos violentos.

Dijo que las dos víctimas residían en el conurbano bonaerense y que desconocían la capital federal, salvo para ir al lugar donde habían conocido al imputado (galería Bond Street y el obelisco), desconocían los movimientos propios de la ciudad, le tenían temor a circular por sus calles y tuvieron que "aguantar" a que llegara el amanecer para "escapar" del lugar donde habían sido abusadas.

Sostuvo que las dos habían sido conducidas al departamento del imputado, al que calificó como un lugar que no era común debido a que en el living dormía la madre en un colchón sobre el piso, que todo era muy chico, aprisionante, cerrado, oscuro, en el medio de \_\_\_\_\_ y que ellas erandos víctimas vulnerables que no sabían quién era esa mujer que dormía allí ni cuál podía ser su reacción y que ambas habían sentido pavor por la situación característica de todo abuso sexual.

Respondiendo a una eventual defensa de la asistencia técnica del imputado, se adelantó a sostener que las jóvenes no gritaron porque tuvieron miedo, y que \_\_\_\_\_, quien según \_\_ Mosqueda habría tenido consigo una navaja, no la extrajo porque no sabía qué podía pasar.

Tuvo por acreditado el suceso vivenciado por \_\_\_\_\_ del modo en que ella lo relató al inicio de la audiencia de debate (sin explicar porqué, pese a las contradicciones entre esa versión y la expuesta en la etapa anterior, se quedó con una y no con la otra), y destacó que,

USO OFICIAL



más allá de que sea incorrecto exigir de la víctima una resistencia, ella fue explícita a través de sus actitudes en manifestar su oposición a mantener relaciones sexuales, además de que no supo en qué momento el imputado se quitó el preservativo ya que no hubo ningún ademán que le permitiera enterarse de ello. También dijo que \_\_ Mosqueda no cesó en su ataque pese al llanto de \_\_\_\_\_.

Resaltó que, aún en el caso de que ambas jóvenes hayan ido a ese departamento con la intención de mantener relaciones sexuales con el imputado, al llegar desistieron y éste las forzó.

Agregó que \_\_\_\_\_ en la audiencia de debatesostuvo que no fue a la casa del imputado porque quisiera tener relaciones sexuales, sino que fue forzada a mantenerlas, que él la inmovilizaba y manipulaba su cuerpo y que la denuncia la hizo por el abuso sexual y no por la cuestión del uso del preservativo.

También sostuvo que a partir de las publicaciones que realizó \_\_\_\_\_ a modo de "escrache" se pudo saber que otras chicas habían atravesado una situación idéntica a la denunciada y que, al igual que ella, habían sido coaccionadas por el imputado para mantener relaciones sexuales.

Con respecto a \_\_\_\_\_ dijo que a poco de llegar a su departamento se dieron un beso y que, pese a que ella no quería tener relaciones sexuales porque era una persona que recién conocía, él la conllevó a mantenerlas. Que, frente a la insistencia del imputado, "la chica tuvo que acceder"; que ella le había pedido que utilice el preservativo porque era un desconocido y que se sintió forzada desde el momento en que se quitó el preservativo porque el imputado quiso seguir.



# Poder Judicial de la Nación

Dijo que este caso no podía confundírselo con el mal llamado "estupro" porque acá no hubo consentimiento de nada.

Analizó las conclusiones de los informes psicológicos practicados sobre ambas víctimas y destacó, especialmente, aquellas que indicaban que ninguna de ellas había mentido.

Terminó esa primera hipótesis sosteniendo que lo central, en todo delito de abuso sexual, es la ausencia de consentimiento y que ésta puede deberse, entre otros motivos, al ejercicio de violencia física y/o psíquica. Y culminó diciendo que "acá hemos visto, en ambos casos, que hay violencia física y violencia psíquica. Las dos".

La segunda hipótesis acusatoria la vinculó con lo que la doctrina extranjera denomina "*stealthing*", sosteniendo que, si el tribunal descartaba la primera imputación, el caso debía, de todos modos, resolverse afirmando que Fan Mosqueda había cometido el delito de abuso sexual con acceso carnal.

Para ello sostuvo que la práctica de la modalidad abusiva del "*stealthing*", que consiste en un fraude que el sujeto activo despliega ante el sujeto pasivo a la hora de llevar a cabo un encuentro sexual, al ocultar la ausencia del preservativo (ya sea por no habérselo colocado o por habérselo retirado antes de tiempo), es igualmente atentatorio de la libertad sexual de la víctima al privársela de la posibilidad de elegir mantener, en esos términos, dicho encuentro.

Más allá de que el fiscal presentó dividida su acusación, al responder a la primera hipótesis necesariamente abarcaré cuestiones que se relacionan con la segunda, de modo que no será preciso que las conteste por separado.

USO OFICIAL



Inicialmente debo decir que, en lo que aquí interesa, el tipo penal del primer párrafo del artículo 119 del Código Penal, sanciona al *"que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción."*

De allí entonces que quepa destacar que este tipo penal exige del agente un aprovechamiento doloso de una circunstancia que impida, a quien aparece como víctima de un abuso sexual, consentir libremente la acción.

Antes de avanzar en el desarrollo de lo que vengo diciendo, debo aclarar que el abuso sexual con acceso carnal (que fue la imputación medular del fiscal), exige el análisis de la figura contenida en el primer párrafo de la norma citada, ya que la descrita en el tercero, no es más que una forma agravada de aquella, obtenida justamente por la introducción del sujeto activo en el cuerpo de la víctima.

De esa manera, el caso que nos ocupa nos obliga a detener nuestro análisis en, al menos, dos aspectos.

El primero de ellos exige la determinación de los alcances del concepto de "abuso sexual", mientras el segundo se relaciona con establecer si ha habido un consentimiento libre del sujeto pasivo.

De acuerdo con el bien jurídico protegido por este título del Código Penal, sólo será delictiva aquella conducta sexual que sea obtenida contrariando la voluntad de la otra parte, pues la sanción de este tipo de prácticas (con connotaciones sexuales contra la voluntad de la víctima por considerárselas una vejación, un ataque a la dignidad, un



# Poder Judicial de la Nación

ultraje o menoscabo de la integridad sexual) intenta preservar la salud e integridad sexual y, como veremos, la libertad sexual de las personas.

Aunque parezca una obviedad, el legislador no prohibió (pues no podría hacerlo) la realización de encuentros sexuales entre personas, sino que, tal como se desprende de la denominación que lleva este tipo penal, se sanciona sólo al que "abusa" sexualmente de otro.

Y resulta claro que sólo abusa sexualmente quien somete, ofende u obliga a otro a soportar una conducta que afecta su libertad sexual. En ese sentido se expidió el Diputado Cafferata Nores al informar sobre la presentación del proyecto luego convertido en ley que *"...no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de "sometimiento" de la víctima, de carácter sexual..."*.

Por ello es que ninguna duda puede caber en torno a que lo que se persigue castigar en toda situación de abuso sexual es, en primer lugar, el ataque a la libertad sexual de la víctima y, consecuentemente, el que sufre su integridad sexual.

En ese sentido, Ricardo Núñez en su Tratado de Derecho Penal (Tomo IV, pág. 213) identificaba la libertad sexual con la reserva sexual y la consideraba como un derecho del individuo a la incolumidad del consciente y voluntario trato de tipo sexual y un elemento primordial de la libertad civil que se vería gravemente afectada si el ordenamiento jurídico no defendiera a las personas contra los ataques a su reserva sexual.

Además, al presentar el proyecto de reforma al Código Penal (luego aprobado y sancionado como ley 25.087), los diputados Elisa Carrió, Elisa Carca, Alfredo Bravo y

USO OFICIAL



Víctor Fayad sostuvieron que: *"...Es necesario puntualizar que las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Si bien es cierto que estos delitos afectan su libertad, las personas afectadas viven esas situaciones particularmente como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá de que también afecten a sus familiares, tutores, al Estado, etc...*

*Estos delitos son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres. Es una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad, sobre su propio cuerpo. Es la humillación, el sometimiento y el abuso de un ser al que se le considera inferior...*

*Una percepción adecuada de las agresiones sexuales debe considerar al crimen estrictamente como una injuria a la integridad de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad o al honor de algún varón.*

*El nuevo encuadramiento que se propone pretende conceptualizar estos delitos teniendo como base que el bien jurídico tutelado es la integridad y la dignidad de las personas, independientemente de cualquier otra consideración.*

*En el caso de un ataque sexual, el daño físico es mucho más que una amenaza; es una realidad porque la violencia es una parte integral del acto. El contacto corporal y la invasión física es el propósito del crimen..."*

*En síntesis, por este tipo penal se sanciona el ataque, agresión o invasión sexual.*





# Poder Judicial de la Nación

Pero, también creo conveniente dejar sentado que en el artículo 119 del Código Penal, el legislador condensó una fórmula de muy amplia extensión en lo relativo a la imposibilidad del sujeto pasivo de consentir libremente los actos de significado sexual, pues expresamente los considera abusivos cuando la víctima "por cualquier causa" no los haya podido consentir libremente.

Desde mi parecer, se trata de una norma penal cuya técnica legislativa obedece a los denominados tipos con reglas ejemplificativas -cuyo más claro arquetipo es la regulación legal de la estafa (artículo 172 del Código Penal)-, que no deben confundirse con los denominados tipos abiertos.

En efecto, en el caso de la estructura típica aquí empleada, la ejemplificación cumple una función restrictiva de la fórmula general que implica que no cualquier motivo resultará susceptible de anular la libertad del consentimiento prestado para ser sujeto pasivo de actos sexuales, sino únicamente aquellos que asuman la entidad de los descriptos en la norma.

Es que, en definitiva, tanto la edad de la víctima (cuando es menor de trece años) -presunción legal *iuris et de iure* de consentimiento irrelevante- como los medios ejemplificados en el tipo penal de los que puede valerse el sujeto activo (violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder) son circunstancias que impiden a la víctima consentir libremente la conducta del agente.

Por consiguiente, la expresión utilizada en la fórmula legal que reza "o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la

USO OFICIAL



acción" debe ser interpretada en el sentido de que la invalidez del consentimiento del sujeto pasivo sólo podría derivar de "cualquier causa" de entidad sustancialmente análoga a las ejemplificadas en la disposición legal.

Así, se observa a nivel doctrinal que pueden integrar el catálogo de dichas causas supuestos tales como personas privadas de razón, carentes de sentido o impedidas de resistir por una enfermedad o situación similar, o bien estados de inconsciencia, o actos sorpresivos sobre la víctima.

Entiendo que la reforma operada por la ley 25.087 ha amplificado el universo de casos en los que una determinada condición de la víctima se erige en presunción *iuris tantum* de que ella carece de la capacidad suficiente para consentir libremente la relación sexual, razón por la cual la modalidad introducida en el inciso 1° del artículo 119 del Código Penal, abarca todas las hipótesis contempladas expresamente en el texto derogado y las excede.

En plena correspondencia con ello, Buompadre explica que dicha circunstancia típica trasunta un "aprovechamiento de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima" y la caracteriza diciendo que el aprovechamiento de que la víctima no puede consentir libremente la acción, hace referencia a "una especial situación de debilidad en que se encuentran ciertas personas por hallarse afectadas de enfermedades o padecimientos, o por encontrarse en determinadas situaciones que las colocan en una condición de inferioridad ante el autor, y que le reportan mayor dificultad (o una imposibilidad) para oponerse a los designios sexuales del agresor" (Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, T.



# Poder Judicial de la Nación

1, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 391).

En consecuencia, la regulación legal del primer párrafo del artículo 119 del Código Penal responde a una estructura típica que se vale de reglas ejemplificativas a fin de reducir el más vasto alcance prohibitivo que derivaría de la fórmula general empleada por la norma, tipificando la acción de quien se aprovecha de la víctima que se halla en una condición de inferioridad en razón de su vulnerabilidad, que le impide consentir libremente el acto y que le posibilita a aquél concretar sus designios sexuales.

Por ello es que el tipo penal exige que la víctima (para ser tal) por algún motivo no haya podido consentir libremente la acción. Y no alcanza para afirmar la existencia de un impedimento, la simple circunstancia de manifestar, con posterioridad al encuentro sexual, su disconformidad con algún aspecto de la forma de su realización.

Y esto es lo que, según entiendo, ha ocurrido en el caso bajo examen.

El repaso de las declaraciones de ambas jóvenes no permite afirmar que no hayan prestado su consentimiento para mantener, con el imputado, los encuentros sexuales por los que éste ha sido acusado por el fiscal.

Ninguna de las dos jóvenes que se presentaron como víctimas tenía menos de trece años al momento de los sucesos juzgados; ninguna de ellas ha manifestado que el imputado se valió del uso de amenazas ni de intimidación; tampoco refirieron que fueron violentadas, ni física ni psíquicamente, más allá de que el fiscal (sin dar fundamentos de sus dichos) así lo sostuvo, de modo que sólo queda

USO OFICIAL



analizar si \_\_\_ Mosqueda se aprovechó de que, por cualquier otra causa, ellas no hayan podido consentir.

En esa senda solo cabe remitirnos a las declaraciones de ambas denunciantes, de cuya lectura puede concluirse sin esfuerzo, no sólo que ninguna causa les impidió consentir, sino que, por el contrario, ellas mismas dijeron con toda claridad que nunca le manifestaron al imputado su oposición a sostener los encuentros sexuales.

Recordemos que, sobre esto, \_\_\_\_\_ dijo frente a los profesionales de la Oficina de Violencia Doméstica que *“el problema comenzó cuando estábamos por tener el encuentro y no quiso usar el preservativo. Si bien no me gustó la idea él me penetró igual y me dijo que después se lo iba a poner, pero yo sabía que no era cierto. Cuando noté que no iba a ponérselo se lo volví a dar y recién ahí se lo puso, pero no llegó ni a cinco minutos. Porque él acabó y terminó la primera relación sexual”*; que *“empezó a tocarme de nuevo, yo no quería, pero no supe decirle que no, comenzó a practicar sexo oral sin preguntarme antes. Después de eso empezó a penetrarme sin preservativo y fue así hasta que acabó. Lo cual yo creo que ni siquiera fue capaz de acabar afuera”* que *“cuando volvió otra vez quería seguir, y se puso arriba mío y me penetró otra vez, no sabía decirle que no y me puse a llorar, pero creo que o no lo notó o no le dio importancia”* que *“Intenté forcejear con él, pero él a la fuerza me inmovilizaba y seguía haciendo lo que él quería. Hasta que en un momento me dolía mucho lo que me estaba haciendo y como notaba que cuando le decía que pare no lo hacía empecé a empujarlo con mis brazos y mis piernas, a lo que él me preguntó si era un juego o era en serio y cuando le dije que era en serio me dejó en paz y yo me acosté a dormir”* (sobre este último tramo volveré más adelante).

Luego, como hemos visto, \_\_\_\_\_ declaró ante el fiscal de la etapa anterior, oportunidad en la que sostuvo que *“si bien se estaban besando, éste “de repente se sacó el pantalón” (sic) y le dijo a la dicente que haga lo mismo. Que la dicente se puso incómoda pero no le dijo que no, ante lo cual se lo sacó él”* que *“preguntado por el Señor Fiscal para que explique a qué se*



# Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

*refiere cuando dijo que “aunque no estaba convencida accedió a tener relaciones” (sic) responde que no estaba interesada en él realmente, pero como él era muy insistente, accedió a salir con él” que “preguntada por el señor Fiscal si le manifestó o exteriorizó de algún modo “que no estaba convencida a tener relaciones” responde que no” que “que en primer lugar la penetró “sin pedirle permiso” ante lo cual la dicente “lo sacó” (sic) y le dio un preservativo para que se lo pusiera, pero él le dijo que eso le quitaba sensibilidad, ante lo cual la dicente insistió y si bien el continuó con la penetración, se colocó el preservativo antes de eyacular” que “que si bien estaban desnudos, todo se estaba dando muy rápido y la dicente no pensó que iba a concretar una relación sexual, que él no le daba tiempo a nada” (sic). Preguntada por el señor Fiscal si le manifestó, antes de la segunda relación sexual, que no quería hacerlo responde que no, que la dicente se quiso vestir, pero él no la dejaba y le decía que se quede así. Preguntado por el señor Fiscal si la actitud de \_\_\_ fue en modo imperativo, responde que no, que se lo pedía riéndose. Preguntado si la dicente le dijo que se quería ir responde que no, que la dicente en realidad quería vestirse y acostarse a dormir”.*

Ese es el relato central, medular y concreto del hecho vivenciado por \_\_\_\_\_ y \_\_\_ Mosqueda, por el cual el fiscal solicitó que este último fuera condenado como autor de un grave delito contra la integridad sexual, sin explicar cómo es que, a su modo de ver, pese a que la propia “víctima” afirmó no haber manifestado de ningún modo su oposición o disconformidad ni haberse encontrado impedida de hacerlo, el imputado la violó. Utilizo este término porque es el que escogió el acusador público, cuando tal como él mismo dijo, buscó ser suficientemente gráfico.

Así como \_\_\_\_\_ reconoció no haberse manifestado en desacuerdo con el mantenimiento del encuentro sexual, lo mismo puede decirse de \_\_\_\_\_ quien sostuvo que “él le agarró la mano y lo hizo tocarlo en los genitales por debajo de su ropa íntima, pidiéndole que lo masturbe a lo que la dicente se negó. Seguidamente se colocó encima y le dijo que le haga sexo oral a lo que la dicente se negó. No obstante \_\_\_ siguió insistiendo en tener



*relaciones hasta que la dicente accedió. Que en un primer momento la quiso penetrar sin preservativo por lo que la dicente le dijo que se lo coloque y accedió a colocárselo. Que estuvieron un rato “así” (sic) hasta que la dicente observa que él se saca el preservativo y lo tira a un costado por lo que le dice que salga y él le respondió que “le molestaba, que interrumpía y no se sentía nada con el preservativo (sic), por lo que la dicente lo sacó de encima y él se ofendió poniendo “mala cara”, a lo que la dicente se puso a llorar y se alejó poniéndose a hablar por celular con su hermana...”.*

Otra vez. Ese es el núcleo del suceso cuya comisión, a título delictivo, se le imputó a \_\_\_ Mosqueda, sin que se explicara (o se pudiera explicar) en cuál de las modalidades comisivas contenidas en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal habría de considerarlo.

Y si bien el fiscal alegó que el imputado había desarrollado la conducta típica ejerciendo violencia física y psíquica contra las jóvenes, no se ocupó de abordar la necesaria fundamentación de esa huérfana frase y omitió describir en qué consistió esa violencia.

Las dos jóvenes resaltaron que \_\_\_ Mosqueda no las violentó. Ni física ni psíquicamente. Tanto es así que la propia \_\_\_\_\_, al ser preguntada sobre el punto, respondió que, cuando el imputado le pidió continuar con el coito, lo hizo riéndose. Por su parte \_\_\_\_\_ dijo que cuando ella puso fin al contacto sexual, \_\_\_ Mosqueda se ofendió poniendo “mala cara”.

Descartado el ejercicio de violencia física, quizás debemos encontrar en las descripciones que el fiscal hizo del lugar donde se llevaron a cabo los actos que aquí estamos juzgando, las circunstancias que lo llevaron a sostener que el imputado ejerció violencia psíquica para doblegar la voluntad de sus dos víctimas



# Poder Judicial de la Nación

Sin embargo, no coincido con el acusador en que esos datos puedan ser utilizados en ese sentido pues, además de que ninguna de las características que describió han sido acreditadas, lo cierto es que ni \_\_\_\_\_ ni \_\_\_\_\_ dijeron que algo de eso las haya intimidado. Solamente explicaron cómo era el lugar donde habitaba el imputado junto a su madre (y no una desconocida, como fue sugerido en la acusación).

El fiscal, por otro lado, describió la actitud del imputado como la de un cazador que sale en busca de su presa, cuando en realidad, tanto con una como con la otra joven, había acordado de antemano encontrarse en un lugar determinado para pasar un momento juntos. Deslizó también que, bajo engaño y contra su voluntad, las llevó a su departamento, cuando lo que \_\_\_\_\_, por su parte, sostuvo fue que *"al invitarla a salir la dicente pensó que irían a tomar algo y no a su casa y que eventualmente le podría decir que no quería tener relaciones en el momento pero este le dijo que primero pasaran por su casa un rato y después se quedaron ahí"*, mientras que \_\_\_\_\_ dijo *"que quedaron en encontrarse en la Plaza Constitución como amigos, en horas de la noche... que fueron a caminar por Plaza de Mayo y luego por Puerto Madero, yendo después a la casa de él"*.

En definitiva, no he advertido que el imputado se haya valido de ningún medio ilícito o ilegítimo para llevar a las jóvenes a su humilde casa (más allá de la apreciación esbozada por el fiscal acerca de las características de ese lugar) y que, ya en su interior, haya pretendido forzarlas a relacionarse sexualmente.

Resulta claro que en el caso de \_\_\_\_\_, cuando ésta exhibió su desacuerdo con el sostenimiento de la relación sexual al retirar su cuerpo, el imputado aceptó esa

USO OFICIAL



decisión sin contrariarla ni intentar vencer la presunta oposición.

Recordemos que \_\_\_\_\_ sostuvo en su declaración que se negó a masturbar al imputado y a succionarle el pene cuando éste se lo pidió en el marco del encuentro corporal que a solas estaban manteniendo en su departamento, sin hacer mención a que se viera forzada a ser tenaz en su oposición. Solo refirió que se negó, sin dar indicios de que el imputado intentara, siquiera torcer su voluntad.

Y que cuando ella, poco después, advirtió que el imputado se quitó el preservativo que se había colocado para realizar el coito (para cuya realización afirmó haber prestado su asentimiento) y retiró su cuerpo quitándose de encima al imputado, éste inmutable aceptó esa decisión.

Es decir que, cuando \_\_\_\_\_ se negó a masturbar al imputado, o a besarle el pene o a continuar con la cópula, lo hizo pacíficamente y sin necesidad de acompañar su oposición con el uso de alguna medida más enérgica. Y no dijo que frente a esa negativa suya, el imputado haya procurado violenta o amenazantemente hacerla cambiar de opinión. Cuando no estuvo de acuerdo con alguna modalidad de relacionarse sexualmente con \_\_ Mosqueda, le alcanzó con hacérselo ver.

La situación del imputado con \_\_\_\_\_ es idéntica a la anterior. Cuando no estuvo de acuerdo en sostener un contacto sexual, le bastó con mostrar su disconformidad, como ocurrió con el último de los coitos. Antes de ello, la propia \_\_\_\_\_ dijo no haber manifestado su oposición.

Y si bien, al mencionar el episodio en que el imputado le practicó a ella sexo oral, sostuvo que eso





# Poder Judicial de la Nación

ocurrió sin que el imputado le preguntara antes, no veo que de allí pueda válidamente deducirse que esa práctica sexual haya sido contra su voluntad o sin su consentimiento y mucho menos que constituyera un "acceso carnal" ya que no fue eso lo que la joven describió.

Recordemos que la propia \_\_\_\_\_ relató que, a esa altura, ya se habían besado, quitado la ropa y mantenido la primera de las cópulas, con lo que la secuencia así descrita, en la que el imputado buscó llevar a cabo un "cunnilingus", aún sin "preguntar antes", no puede llevar, sin más, a afirmar que se trató de un acto ilegítimo. Y mucho menos adecuarlo típicamente en la figura del abuso sexual con acceso carnal, cuando todo lo que se sabe del modo en que fue realizado ese acto es lo que \_\_\_\_\_ dijo: "comenzó a practicar sexo oral sin preguntarme antes".

En definitiva, hay aspectos del suceso traído a debate que no fueron controvertidos. El acuerdo sobre su existencia me ha relevado de dedicar un meduloso análisis probatorio. En tal sentido, no está en discusión que el imputado conocía a las dos denunciantes por compartir con ellas, aunque por separado, algunos encuentros sociales en las cercanías a la galería Bond Street; que con cada una de ellas mantuvo algún encuentro fugaz y alguna que otra salida; que cada una, en su momento, ingresó por propia voluntad y sin haberse visto de ningún modo obligadas, al departamento donde residía el imputado y que ya en su interior tuvieron un acercamiento sexual que incluyó la penetración vaginal.

Nada de ello ha sido puesto en duda. Sin embargo el fiscal, en su alegato, sostuvo, con marcada trascendencia, que las dos jóvenes fueron engañadas e involuntariamente llevadas al departamento del imputado y que ninguna de ellas

USO OFICIAL



había tenido la intención previa de mantener una relación sexual.

Debo decir, por un lado, que no encontré ningún indicio de que el ingreso a la vivienda del encartado se haya producido contra la voluntad de las jóvenes, como sostuvo el acusador. Y, por otro, que resulta totalmente irrelevante afirmar que ninguna de ellas fue dispuesta a mantener relaciones sexuales, pues lo determinante no es saber en qué momento pensaron en ello, sino que el encuentro sexual haya sido realizado con su consentimiento.

Y como me ocupé de explicar más arriba, entiendo que para mantener los contactos sexuales de esas dos noches, \_\_\_ Mosqueda contó con el consentimiento de quienes aquí han sido tratadas como víctimas.

Y más allá de esta conclusión ya repetida, considero que corresponde aclarar que el último de los coitos que mantuvieron \_\_\_ Mosqueda y \_\_\_\_\_, se vio interrumpido por propia voluntad de ésta luego de que le manifestara a aquél, su desacuerdo con su continuación.

Así, recordemos que \_\_\_\_\_ dijo que *“le empezó a decir que no quería, y lo empujaba con las manos, ante lo cual él la agarraba de las muñecas y las colocaba hacia arriba para poder seguir. Que luego lo empezó a empujar con los codos y con las piernas por un rato hasta que empezó a llorar. No obstante él continuó y luego de aproximadamente diez minutos, cuando él quiso cambiar de posición la dicente lo empujó con las piernas y ahí él le preguntó “si era en serio o era un juego” (sic) y la dicente le dijo que era en serio. Preguntado por el señor Fiscal que reacción tuvo \_\_\_ responde que se levantó y se fue al baño”*.

Observo con claridad que cuando el imputado tomó conocimiento de que \_\_\_\_\_ no deseaba continuar con el encuentro sexual, él aceptó sin discutir esa decisión,



# Poder Judicial de la Nación

aunque, al confundirla con un juego amoroso, previamente la interrogó al respecto.

Esta situación debe ser analizada desde la óptica de la teoría del error de tipo, ya que resulta claro que si el imputado, al observar las actitudes que adoptaba durante ese encuentro, se vio obligado a preguntar si era parte de un juego sexual o una negativa a continuar con él, es porque ignoraba que la joven ya no estaba de acuerdo en proseguir con el coito.

Esa ignorancia (o error) recayó sobre uno de los elementos normativos que componen el tipo objetivo del delito de abuso sexual. Y, como la consecuencia de ese error es la eliminación del dolo, la conclusión a la que debemos arribar sigue siendo la absolución del imputado por atipicidad de la conducta pues, más allá de la eventual evitabilidad del error, no existe la tipicidad imprudente para esta clase de delitos.

Algo similar ocurrió en el caso de \_\_\_\_\_ cuando nos contó que, durante la noche, el imputado apoyó su cuerpo desnudo contra el de ella y que, al no estar de acuerdo con mantener un encuentro sexual, corrió su cuerpo alejándose del de aquél.

Aquí también resulta posible que el imputado haya considerado (por error) que, como la joven había pasado la noche a su lado en su cama, cabía la posibilidad de que estuviera de acuerdo en mantener algún contacto sexual. Mas, advertido de la disconformidad de su acompañante, no avanzó en su intención y continuó durmiendo.

Una vez más, ese error elimina el dolo e impide, como dije más arriba, que se sostenga una imputación a título de culpa.

USO OFICIAL



Solo resta una última aclaración vinculada con el denominado "stealthing".

Como ha quedado expuesto hasta aquí, las dos hipótesis acusatorias han sido respondidas en forma conjunta pues hemos visto que las dos jóvenes prestaron su consentimiento a mantener relaciones sexuales con el imputado y que cuando éste quiso practicarlas sin protección, las dos, a su tiempo, le expresaron su negativa, que fue pacífica e inmediatamente aceptada.

De este modo es que no corresponde analizar aquí ese posible "stealthing" debido a que, para su adecuación se requiere que la ausencia de protección sea llevada a cabo, por parte del sujeto activo, de manera subrepticia y encubierta, ocultándoselo al sujeto pasivo que, de ese modo no tuvo la posibilidad de manifestar su desacuerdo.

Como ha quedado aclarado, cuando el imputado no usó o se quitó el preservativo, no lo hizo a espaldas de las jóvenes sino frente a ellas, dándole motivos, justamente, a que puedan expresar su disconformidad.

### **Epílogo.**

El voto que aquí presento a mis colegas de ningún modo puede ser entendido como negador genérico del sufrimiento que representa para las víctimas de ataques sexuales, el ser sometidas a la práctica de esa clase de agresión.

Somos muchos los que queremos terminar con ese flagelo y cada uno intenta hacerlo aportando lo que debe (y puede) desde su lugar. Algunos se encuentran organizados y no cabe sino aplaudir su lucha.

A quienes nos toca ejercer la jurisdicción, nos corresponde, cuando se han probado los extremos de la



# Poder Judicial de la Nación

imputación, ser severos en el castigo de semejantes hechos abominables, pero siempre respetando sin concesiones, todas las máximas constitucionales que presiden esta labor, pues nuestro mandato impone la preservación del inocente cuya presunción acerca de tal estado se alza como garantía de libertad y de verdad, al menos si es realmente cierto, como creo, que los derechos de los ciudadanos no sólo están amenazados por los delitos sino también por las condenas injustas o las penas arbitrarias.

Sostiene Ferrajoli que *"el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman (...) el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media"* (Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, cit.*, pp. 549–550).

Y precisamente porque no he querido ejercer la jurisdicción al margen del estado constitucional de derecho es que propongo al acuerdo este voto de absolución, convencido de lo importante que es la inocencia para los inocentes, aunque mucha gente no se dé cuenta de ello. Pero también creo que corresponde destacar que los tribunales de justicia no han sido establecidos para imponer una

USO OFICIAL



determinada moral en el desenvolvimiento de la vida diaria de los ciudadanos.

Debemos mantener claros los límites que separan la moral del derecho, lo ético de lo normativo o, en palabras más claras, el pecado del delito, y entonces, podremos afirmar sin tapujos que el brazo del poder penal no es el que debe dar alcance a quien fue traído a juicio por un actuar que, en todo caso, podría ser catalogado como irrespetuoso, insolente o egoísta pero alejado de la normatividad criminal.

Los Dres. Inés Cantisani y Jorge Horacio Romeo coinciden, en lo sustancial, con el voto precedente.

Por los fundamentos expuestos, lo establecido en los artículos 396, 398, 399 y 402 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal

**RESUELVE:**

**I.- ABSOLVER A \_\_\_\_\_ MOSQUEDA,** de los demás datos personales, en orden a los delitos de abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco oportunidades, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, en concurso real con abuso sexual simple -arts. 45, 55 y 119, primer y tercer párrafo del Código Penal-, por los que fue acusado por el Fiscal General- art. 402 del Código Procesal Penal de la Nación.- Sin costas.

**II.- FIJAR** la audiencia del jueves 1ero de agosto próximo, a las 18: 00 para la lectura integral de la sentencia.-

Tómese razón, comuníquese a quien corresponda, levántese la medida cautelar que pesa sobre el \_\_\_ Mosqueda, insértese copia en el registro de sentencias y archívese.



# Poder Judicial de la Nación

Ante mí:

USO OFICIAL

Signature Not Verified  
Digitally signed by SILVINA  
PATRICIA IRIARTE  
Date: 2024.08.01 15:14:49 ART

Signature Not Verified  
Digitally signed by JORGE  
HORACIO ROMEO  
Date: 2024.08.01 15:21:45 ART

Signature Not Verified  
Digitally signed by INES  
CANTISANI  
Date: 2024.08.01 15:45:44 ART

Signature Not Verified  
Digitally signed by ALEJANDRO  
NO CETI ACHAVAL  
Date: 2024.08.01 15:50:33 ART



#35620975#420924091#20240801151102753