



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

Reg. nro. 1425/25

En la Ciudad de Buenos Aires, en la fecha que surge de la constancia de firma electrónica que obra al pie, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Mauro A. Divito y Jorge Luis Rimondi, asistidos por el secretario actuante, resuelve el recurso de casación deducido en la causa nro. **CCC 37747/2019/TO1/CNC1**, caratulada “**FAN MOSQUEDA**, _____ s/recurso de casación”, de la que **RESULTA**:

I. Por veredicto del 11 de julio de 2024, cuyos fundamentos se dieron a conocer en esa misma jornada, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 10 de esta ciudad -integrado por la jueza Inés Cantisani y los jueces Alejandro Noceti Achával y Jorge Horacio Romeo- resolvió, en lo que aquí interesa:

“I.- ABSOLVER A _____ FAN 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- arts. 3º y 402 del Código Procesal Penal de la Nación.- Sin costas”.

II. Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Gabriel González Da Silva, interpuso un recurso de casación, que posteriormente fue concedido por el *a quo*.

III. El recurso interpuesto fue oportunamente mantenido ante esta instancia y admitido por la Sala de Turno del tribunal.

Puestos los autos en término de oficina (art. 465, CPPN), la fiscalía no realizó presentación alguna, mientras que la defensa oficial, por su parte, solicitó que se rechace el recurso y se confirme la sentencia impugnada.

El pasado 4 de agosto del corriente año se convocó a las partes a los fines del art. 465, último párrafo, del CPPN (conforme la Acordada 27/2020 de la CSJN, y la Acordada 11/2020 con remisión a la Acordada 1/2020 de esta Cámara); y, a solicitud de la defensa, el 18 de agosto se celebró la audiencia oral,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

en la que participaron -por la recurrente- la Dra. María Luisa Piqué y -por la defensa oficial del acusado- el Dr. Mariano Patricio Maciel y la Dra. Marina Soberano.

En esa ocasión, la fiscalía sostuvo que mantenía el recurso oportunamente interpuesto con fundamento en las previsiones del art. 456 del CPPN, al considerar que existió arbitrariedad en la valoración probatoria y un error en la aplicación de la ley penal sustantiva; y que el fallo implicó desconocer tratados internacionales. Por ello, solicitó que el tribunal ejerza su competencia positiva y condene al imputado a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas.

Precisó que esa parte había tenido por probado que, en el caso de L R (en esa época de 18 años de edad), los hechos atribuidos al acusado habían ocurrido el 25 de mayo de 2019 en el domicilio de éste; que las conductas consistieron en dos penetraciones vaginales sin el uso de preservativo, pese a los pedidos de la víctima, y la práctica de sexo oral sin consentimiento durante la madrugada; que se tuvo por acreditado que la víctima carecía de medios para regresar a su domicilio, sito en la provincia de Buenos Aires, hasta que amaneciera; y que durante la segunda agresión -ocurrida al amanecer- Fan Mosqueda penetró a la víctima inmovilizándole las muñecas y sólo cesó al ver que ésta lloraba.

En el caso de L M S (que tenía 14 años de edad), recordó que los hechos acontecieron el 8 de septiembre de 2017 en la vivienda del acusado y que existió coerción sexual progresiva: tocamientos y luego pedidos de masturbación y de sexo oral que fueron rechazados por la damnificada. Sostuvo que -luego- ella dejó de resistirse y destacó la fiscalía que en esa época tenía una edad “*rayana con el mínimo legal del 119*”, mientras que el acusado tenía 24 años. Dijo que se corroboró que él penetró vaginalmente a L M S y que, durante el acto sexual, removiò el preservativo que usaba, ya que ella lo vio tirado a un costado y, al preguntarle al respecto, el imputado le dijo que el profiláctico “*le molestaba*”, que “*no sentía nada*”, ante lo cual la nombrada se lo sacó de encima y empezó a llorar. Respecto al segundo episodio, expuso que ocurrió durante la madrugada, cuando ambos se hallaban acostados en la cama y Fan Mosqueda





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

empezó a tocar a la víctima e incluso le apoyó sus genitales, pero cesó debido al llanto de ella.

En definitiva, la Dra. Piqué dijo que la acusación fiscal versó sobre cinco hechos de abuso sexual con acceso carnal (en cuanto a L R) en concurso real con uno de abuso sexual con acceso carnal y uno de abuso sexual simple (respecto a L M S).

Entre sus críticas contra la decisión absolutoria, expuso que la valoración del fallo fue sesgada, al priorizar las declaraciones brindadas por las denunciantes durante la instrucción sobre las prestadas en el juicio oral, desconociendo la contradicción y la inmediación, ya que *“más que juicio oral, terminó siendo un juicio escrito”* y afirmó que las inconsistencias de los relatos en realidad no fueron tales.

Explicó que, a criterio del tribunal, la remoción del preservativo en ambos casos no fue subrepticia, por lo que no anulaba el consentimiento; pero la fiscalía entendió que tal ponderación resultó arbitraria, dado que omitió tener en consideración el contexto coercitivo, a partir de la asimetría por la diferencia de edad, la situación de vulnerabilidad en la que se hallaban las jóvenes por el lugar en el que se encontraban y la lejanía de sus viviendas, ya que por el horario no tenían posibilidades de tomar transporte público. Sostuvo que el fallo evidenció una equiparación errónea de estos casos con las relaciones entre adultos en igualdad de condiciones.

Enfatizó que se contó con evidencia médica que respaldó las denuncias, con cita de los peritajes del Cuerpo Médico Forense y la atención médica recibida por L R en el Hospital Italiano de San Justo días después del evento que la damnificara, que incluyó anticoncepción de emergencia y antirretrovirales por temor al contagio de alguna enfermedad de transmisión sexual, tratamiento que mantuvo durante un mes.

Aclaró que las presentaciones de L R y L M S fueron independientes, que las víctimas no se conocían, que los hechos ocurrieron con dos años de diferencia, y que la última denunció tras ver una publicación de la primera en la red social *Facebook*, en la que sindicaba al imputado como su agresor.

Respecto al *“consentimiento”*, la Dra. Piqué argumentó que, según el sistema jurídico argentino, debe ser libre, que es obligación del sujeto activo verificar la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

conurrencia de ese elemento durante el acto sexual y que el escrutinio debió ser más estricto en el caso de la menor de edad L M S.

Afirmó que la decisión se basó en estereotipos y que existió una inversión en la carga probatoria debido a que el tribunal *a quo* “puso la lupa” en las víctimas y no en la conducta del acusado.

Solicitó que esta Sala case la decisión impugnada y, ejerciendo su competencia positiva, condene a Fan Mosqueda.

Finalmente, la fiscalía manifestó que presentaría un memorial con breves notas adicionales, a lo que la defensa se opuso. Como el presidente del tribunal, Dr. Gustavo Bruzzone, aceptó tal presentación de la impugnante, la defensa oficial planteó un recurso de reposición. Ante ello, la Sala, por unanimidad, lo rechazó, con sustento en las previsiones del artículo 468 del CPPN y las reglas prácticas que rigen la actuación del tribunal, que determinan que las “breves notas” pueden ser presentadas hasta antes de la deliberación; y se estipuló, contando con la buena fe procesal de las partes, que la fiscalía podría hacer la presentación que anunciara, mientras que la defensa tendría un plazo de 72 horas para responderla -en caso de considerarlo necesario-, luego de lo cual el tribunal pasaría a deliberar.

A continuación, se otorgó la palabra a la asistencia técnica de Fan Mosqueda, la que petitionó la confirmación de la absolució. Explicó que esta se basó en un análisis detallado de las contradicciones en las declaraciones de las denunciante. Puntualizó que el fallo destacó que “*puede concluirse sin esfuerzo que ellas nunca manifestaron oposición a los encuentros sexuales*” y dio cuenta de la ausencia de amenazas, violencia física o psíquica. El Dr. Maciel señaló que entre la ocurrencia de los hechos y la sustanciación del juicio transcurrió un lapso significativo: 5 años respecto a L R y 7 en cuanto a L M S; que el deterioro natural de la memoria favorecía los olvidos y las modificaciones de los recuerdos, lo que se traducía en las contradicciones sustanciales entre las declaraciones prestadas en la fase de la instrucción y las brindadas en el debate oral.

Hizo hincapié en que, en ese marco, L R refirió frases tales como: “*Les voy a decir la verdad, hay muchas cosas que no recuerdo con mucho detalle, ya que*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

esto fue hace más de 5 años”, *“yo tengo muy borroso ese año, ese día*”; pero, al serle leídas las actas de la instrucción, confirmó esas declaraciones anteriores.

Agregó que, más allá de que el fiscal, tanto durante el juicio como al interponer el recurso de casación, desconoció que se contase con la grabación de la denuncia de L R en la OVD, el acta que la documentó indica: *“la entrevista será registrada en un formato de audio*”. Sostuvo que quizás ello explique por qué en la sentencia el tribunal no entendió el motivo por el cual la acusación se basó en los dichos de L R en el debate y no en los recibidos durante la instrucción: al entender del defensor, el fiscal nunca se impuso del contenido total de esas actas que, con preciso detalle, recogieron la declaración de la nombrada.

Al repasar la declaración de ___ L M S en el debate, el Dr. Maciel señaló que, del mismo modo, en más de 25 ocasiones respondió *“no me acuerdo*”, *“no me acuerdo bien cómo fue*” o *“tengo recuerdos borrosos*”, ante lo cual surgió la necesidad de dar lectura de la declaración hecha por ella 5 años atrás, para recordar un hecho sucedido hacía 7.

Recalcó que el fallo señaló que, si bien el fiscal adujo la concurrencia de violencia física y psíquica, omitió consignar la fundamentación de esa alegación.

En cuanto al señalamiento del fiscal sobre el denominado “stealththing”, la defensa manifestó que el tribunal afirmó la ausencia de un comportamiento engañoso respecto al uso del preservativo. Agregó que la decisión sostuvo al respecto que *“cuando el imputado no usó o se quitó el preservativo, no lo hizo a espaldas de las jóvenes, sino de frente a ellas*”, por lo que las denunciantes tuvieron oportunidad de manifestar su disconformidad.

A su turno, la Dra. Soberano expuso que la actividad sexual de Fan Mosqueda cesó cuando las denunciantes manifestaron su oposición. También se manifestó sobre el contexto de las denuncias y la actuación de su asistido en error de tipo, aludiendo a que no se trataba de un caso de *“ignorancia deliberada*”. Dijo que los encuentros fueron consensuados, que ambas jóvenes los habían acordado y que no se advertía cuál había sido el contexto coactivo en el que las habría colocado su asistido. Indicó que en el proceso se produjo un cambio radical: de encuentro sexual acordado a *“violación con fuerza*”. Dio cuenta de la aparición tardía de L M S, quien denunció tras ser buscada y hallada por la policía a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

través de *Facebook*. Por último, expuso que al momento de los hechos





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

L M S se hallaba próxima a cumplir los 15 años, edad que no constituía un impedimento legal para mantener relaciones sexuales consensuadas. Asimismo, explicó que la jurisprudencia citada por el fiscal en su recurso -tanto la de esta Sala como la del Tribunal Supremo español- no resultaba aplicable al caso.

Culminada la audiencia, la fiscalía presentó el memorial, en el que expuso críticas semejantes a las detalladas durante dicho acto procesal.

Por su parte, la asistencia técnica de Fan Mosqueda hizo una nueva presentación, mediante la cual replicó las críticas articuladas por la fiscalía y, en definitiva, solicitó que se rechazara el recurso interpuesto por la parte acusadora, confirmando el decisorio cuestionado y, en su defecto, se tenga presente el planteo de la cuestión federal.

Finalizada la deliberación, se arribó al siguiente acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

El juez **Divito** dijo:

1. Alcances del recurso del acusador público contra la sentencia absolutoria.

Previo a tratar la cuestión de fondo planteada, es conveniente delimitar cuál es el estándar que debe superar la acusación para que la impugnación de una decisión absolutoria resulte admisible y logre prosperar.

En esa dirección es dable destacar que en el precedente “**Caraccio**”¹ de esta Sala, al adherir al voto del colega Rimondi, recordé que “*según los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes ‘Gorriarán’ (Fallos 322:2488) y ‘Arce’ (Fallos 320:2145), el Ministerio Público Fiscal en tanto órgano del Estado no se encuentra amparado por el derecho, con rango constitucional, de ‘recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’ (art. 8º, párrafo 2º, inc. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”.

Este criterio es concordante con la postura que ha asumido esta Sala, con diferentes integraciones, en los precedentes “**Solís Chambi**”², “**Gallego**”³, “**Colman**”⁴ y “**Vega Cheruso**”⁵.

¹ CNCCC, Sala 1, Reg. 1982/2021, jueces Rimondi, Divito y Bruzzone.

² CNCCC, Sala 1, Reg. 912/18, jueces García, Días y Morín.

³ CNCCC, Sala 1 Reg. 78/19, jueces Llerena, Rimondi y Bruzzone.

⁴ CNCCC, Sala 1, Reg. 1604/21, jueces Bruzzone, Morín y Días.

⁵ CNCCC, Sala 1, Reg. 478/17, jueces Bruzzone, Niño y García.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

Desde esa perspectiva, la facultad que la ley procesal le otorga a la acusación pública para cuestionar -mediante el recurso de casación- una absolución, en modo alguno se encuentra equiparada al derecho a la amplia revisión de una condena que se le reconoce a la persona imputada.

En ese marco, cabe recordar que si bien, a nivel nacional, el Ministerio Público Fiscal cuenta con la apuntada facultad de recurrir en casación, ella se encuentra estrictamente reglada por las previsiones de los arts. 456 y 458 del CPPN.

Esto quiere decir que, para que la acusación pública pueda lograr la revisión de un fallo absolutorio, además de superar las limitaciones objetivas previstas en el citado art. 458 del CPPN, debe sustanciar, de manera precisa y clara, alguno de los motivos propios de casación (cfr. incs. 1 y 2 del art. 456, CPPN), o bien demostrar la existencia de alguna cuestión federal que habilite la intervención de esta alzada, conforme la doctrina emanada del fallo “**Di Nunzio**” de la CSJN.

Bajo tales premisas, frente a la reconstrucción de lo sucedido, efectuada -con las ventajas que ofrece la inmediación- por los jueces que presenciaron de manera directa la recepción de la prueba durante el debate, para que en esta instancia prospere una pretensión condenatoria no basta que el recurrente plantee dudas sobre los argumentos del tribunal o conjeture que los hechos pudieron desarrollarse de un modo distinto: antes bien, resulta necesario que la parte acusadora explicita, de manera acabada, sobre la base de las evidencias recogidas, las razones por las que sostiene que su hipótesis quedó demostrada con la certeza que supone el pronunciamiento que procura obtener.

En función de ello, corresponderá entonces verificar si la fiscalía recurrente ha demostrado la alegada arbitrariedad del razonamiento asumido por el tribunal y, además, si la hipótesis condenatoria planteada por el acusador público encuentra el necesario respaldo probatorio en las evidencias recogidas.

2. Los hechos atribuidos.

Sentado el marco de análisis bajo el cual se estudia el recurso, conviene repasar, inicialmente, que, al requerir la elevación de la causa a juicio, la fiscalía lo hizo en torno a los siguientes hechos:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

“A- El haber abusado sexualmente con acceso carnal de Lucila Belén L R, 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 Balvanera 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.

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 L R se acostó en la cama con el fin de dormir hasta que amaneciera para poder irse a su casa, Fan 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 Fan 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 L M S, 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 Balvanera de esta ciudad. En dicha oportunidad, Fan Mosqueda comenzó a insinuarse como para tener un acercamiento sexual, pero L M S 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 L M S también se negó.

Luego, tras insistir Fan 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 le dijo que salga, y él le respondió que le molestaba, que interrumpía y no sentía nada con el preservativo’. Finalmente, ante esta situación L M S lo empujó y se lo sacó de encima para luego ponerse a llorar.

Asimismo, unas horas más tarde, mientras LMS 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”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

Posteriormente, al presentar su alegato durante el juicio, la fiscalía tuvo por probados los hechos antes descriptos, afirmó que “(...) *el accionar de _ Mosqueda Fan encuadra en el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en cinco oportunidades respecto de L R: 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 __ L M S (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*” y pidió que se lo condene a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas.

Finalmente, el *a quo* resolvió -como se dijo- absolver a Fan Mosqueda en relación con los hechos atribuidos.

3. La valoración probatoria del tribunal.

Ahora bien, frente a la alegación de arbitrariedad que trae la fiscalía, resulta oportuno recordar cuáles fueron las razones que llevaron al *a quo* a decidir la absolución de Fan Mosqueda, para luego confrontarlas con la hipótesis propuesta por el recurrente.

El juez Noceti Achával -a cuyo voto adhirió el resto del tribunal- comenzó por afirmar 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 inmediación, en forma directa por el juzgador, todo lo cual es favorecido por los principios de oralidad y publicidad*”. A su vez, destacó que “*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*”.

Añadió que ese procedimiento, previsto en el art. 391 del CPPN, debió aplicarse en el presente caso “(...) *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 (...)*”.

Precisó que L R fue oída en el debate, pero dio una versión “*que contradecía su propia denuncia*” y, al serle leídas tanto la declaración brindada ante la OVD como en la fiscalía de instrucción, sostuvo que “*todo había ocurrido*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

como acababa de serle leído". Agregó que algo semejante aconteció con L M S.

Así, en definitiva, el juez del primer voto concluyó que eran aquellas declaraciones -incorporadas por lectura- las que debían tenerse en cuenta para analizar las conductas atribuidas al acusado, de conformidad con el inciso segundo del citado art. 391.

Sobre las diferencias advertidas en los relatos de las denunciantes, tras reseñar los múltiples motivos que podrían haber incidido en ello, descartó la posibilidad de que las declarantes hubieran mentido. Afirmó que *“(n)ingún indicio de ello se desprende de sus testimonios”* y consideró que *“el recuerdo de los episodios que experimentaron con el imputado se ha visto alterado”*.

Enunció 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”*.

Así, el magistrado que lideró el acuerdo tomó las declaraciones de L R y L M S incorporadas por lectura como *“la base fáctica que, puesta en conocimiento del tribunal, nos toca juzgar”* y *“los únicos elementos útiles para la dilucidación del caso”*.

Tras ello, evaluó que, en su alegato, el fiscal planteó dos hipótesis de los hechos: *“En la primera de ellas, dijo que tenía por probado que ninguna de las dos jóvenes había accedido voluntariamente a mantener relaciones sexuales con Fan 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 L R como L M S 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”*.

Continuó exponiendo que, como planteo principal, la fiscalía *“sostuvo, por un lado, que tuvo por probado que el imputado mantuvo relaciones sexuales contra la voluntad*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

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 Balvanera y que ellas eran dos víctimas vulnerables que no sabían quien 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”.

Agregó que, según el acusador, “las jóvenes no gritaron porque tuvieron miedo, y que L M S, quien según Fan Mosqueda habría tenido consigo una navaja, no la extrajo porque no sabía qué podía pasar”.

También mencionó que, durante la discusión final, “la fiscalía tuvo por acreditado el suceso vivenciado por L R 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, 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 Fan Mosqueda no cesó en su ataque pese al llanto de L R”.

Por otra parte, recordó que el fiscal adujo que, “aun 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 este las forzó”, dado que L R, en el debate, dijo que no fue a la casa de Fan Mosqueda “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” y que, tras el “escrache” en Facebook, surgieron publicaciones de otras chicas que, “al igual que ella, habían sido coaccionadas por el imputado para mantener relaciones sexuales”; mientras que, en torno al hecho vinculado a L M S, el representante de la vindicta pública





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

expuso 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 (...) 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”*.

Añadió que la fiscalía descartó que se tratara de un caso de estupro, pues *“acá no hubo consentimiento de nada”*.

Luego, el juez Noceti Achával reseñó que la parte acusadora, tras destacar los informes psicológicos practicados y sostener que las denunciantes no habían mentido, apuntó 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”*, que aquí, según la fiscalía, se habían verificado.

Recordó además la hipótesis acusatoria alternativa, de que los abusos sexuales con acceso carnal se habían cometido bajo la modalidad denominada *“stealththing”*, consistente 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)”*.

Así, tras repasar los argumentos presentados por la acusación, el juez del primer voto señaló que el tipo básico del abuso sexual *“exige del agente un aprovechamiento doloso de una circunstancia que impida, a quien aparece como víctima de un abuso sexual, consentir libremente la acción”* y 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 descripta 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”*.

Añadió que el presente imponía determinar los alcances del concepto de *“abuso sexual”* y establecer si, en cada caso, había mediado el consentimiento libre del sujeto pasivo.

En torno a ello, precisó que *“abusa sexualmente quien somete, ofende u obliga a otro a soportar una conducta que afecta su libertad sexual”* y 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”*; y 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*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

expresamente los considera abusivos cuando la víctima ‘por cualquier causa’ no los haya podido consentir libremente”, fórmula que, a su entender, se encuadra en los “tipos con reglas ejemplificativas”.

Finalmente, explicó 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 ”*, tras lo cual sentenció que *“esto es lo que, según entiendo, ha ocurrido en el caso bajo examen”.*

Fundamentó esa afirmación en que 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 ”*. Reseñó que, al momento de los hechos, ellas tenían más de trece años de edad y ninguna había *“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 tal modo, estimó que quedaba por establecer si el acusado se había aprovechado de que las denunciantes, *“por cualquier otra causa”*, no hubieran podido consentir.

Sobre ello, el juez del primer voto consideró que, a partir de las declaraciones de L R y L M S *“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”.*

Expuso que la primera, ante la OVD, dijo: *“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”;* luego *“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”;* asimismo, que *“Intenté forcejear con él, pero él a la fuerza me inmovilizaba y seguía haciendo lo que él quería. Hasta que en un*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

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”. Añadió que, en la fiscalía de instrucción, la joven afirmó 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”; al serle preguntado a qué se refería “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”; y, al ser interrogada sobre si en aquel encuentro había manifestado o exteriorizado de algún modo “que no estaba convencida a tener relaciones”, L R “responde que no” y precisó 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”, también 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”. El juez Noceti Achával destacó además que, según las actas incorporadas por lectura: “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”.

En ese marco, el magistrado cuestionó que el fiscal solicitara que el imputado “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...”.

En cuanto a la declaración de L M S, destacó que ella 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’





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

(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...".

Tras reseñar que ese había sido *"el núcleo del suceso cuya comisión, a título delictivo, se le imputó a Fan Mosqueda"*, el juez sostuvo que la fiscalía no había explicado *"en cuál de las modalidades comisivas contenidas en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal habría de considerarlo"* y, si bien había alegado la existencia de violencia física y psíquica, *"no se ocupó de abordar la necesaria fundamentación de esa huérfana frase y omitió describir en qué consistió esa violencia"*.

Sin perjuicio de ello, a fin de descartar la concurrencia de tales extremos, en el primer voto se destacó que *"L R, al ser preguntada sobre el punto, respondió que, cuando el imputado le pidió continuar con el coito, lo hizo riéndose. Por su parte L M S dijo que cuando ella puso fin al contacto sexual, Fan Mosqueda se ofendió poniendo 'mala cara'..."*.

Desestimada la violencia física, el magistrado que lideró el acuerdo, tras considerar que *"quizás debamos 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"*, argumentó que, más allá de que esas características no habían sido corroboradas, ninguna de las denunciantes había manifestado que *"algo de eso las haya intimidado"*, y agregó que, si bien el fiscal aludió a la presencia de una desconocida en el lugar, se trataba de la madre de Fan Mosqueda.

Por otra parte, en torno a la actitud atribuida al nombrado por el fiscal, como el *"cazador que sale en busca de su presa"*, dijo el juez que aquél, en ambas ocasiones, *"había acordado de antemano encontrarse en un lugar determinado para pasar un momento juntos"* y no había llevado a las jóvenes hasta la vivienda bajo engaño o contra su voluntad, ya que L R manifestó 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 L M S afirmó *"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"*.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

A partir de lo expuesto, el juez Noceti Achával afirmó: *“no he advertido que el imputado se haya valido de ningún medio ilícito o ilegítimo para llevar a las jóvenes a su humilde casa (...) y que, ya en su interior, haya pretendido forzarlas a relacionarse sexualmente”*.

Consideró claro que *“en el caso de L M S, cuando ésta exhibió su desacuerdo con el sostenimiento de la relación sexual al retirar su cuerpo, el imputado aceptó esa decisión sin contrariarla ni intentar vencer la presunta oposición”*. En ese sentido, recordó que ella *“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”*; apuntó 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”*; y agregó que *“cuando L M S 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 Fan Mosqueda, le alcanzó con hacérselo ver”*.

Respecto de L R, el fallo estimó que la situación resultaba idéntica, pues *“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 L R dijo no haber manifestado su oposición”*. Adunó que *“si bien, al mencionar el episodio en que el imputado le practicó a ella sexo oral, sostuvo que eso 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 (...)”*. Rememoró que *“a esa altura, ya se habían besado, quitado la ropa y mantenido la primera de las cópulas, con lo que la secuencia así descripta, 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 L R dijo: ‘comenzó a practicarle sexo oral sin preguntarme antes’ ...”*.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

Aclaró también que *“el último de los coitos que mantuvieron Fan Mosqueda y L R, se vio interrumpido por propia voluntad de ésta luego de que le manifestara a aquél, su desacuerdo con su continuación”*. Así, expuso que la nombrada 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”*.

Sobre ese fragmento de la imputación, el juez apreció que Fan Mosqueda había confundido la actitud de su compañera con un juego amoroso y, tras interrogarla al respecto, cuando advirtió que ella no deseaba continuar con el coito, se detuvo. En ese aspecto, entendió que había mediado un error de tipo, en tanto el imputado *“ignoraba que la joven ya no estaba de acuerdo en proseguir con el coito”*.

Argumentó que dicho 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”*.

De modo similar se pronunció en torno a lo que contó L M S, acerca de 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”*.

Finalmente, descartó el alegado *“stealththing”*, explicando que éste requiere que el autor se comporte *“de manera subrepticia y encubierta, ocultándose 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”*.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

En definitiva, por dichas razones, el magistrado del primer voto -al que adhirieron sus colegas- propuso la absolución de Fan Mosqueda.

3. Los agravios presentados por el Ministerio Público Fiscal.

En su recurso, el Dr. González Da Silva sostiene que la valoración de los dichos de las denunciantes fue *“parcial, arbitraria e improcedente por basarse exclusivamente en lo que ocurrió durante la instrucción y no en la férrea atribución de los hechos que hizo no una, sino las dos víctimas contra el imputado durante el transcurso del debate”*. Puntualiza que esa evaluación llevó al tribunal a desestimar *“todas aquellas secuencias en las que ellas fueron enfáticas al manifestar la falta de consentimiento, tomando en consideración solo las piezas en las que, podrían apoyar la afirmación categórica, de que hubo consentimiento o en su caso, hubo un error de tipo al respecto”*; y alega que *“el juez apoyó la absolución en las supuestas contradicciones existentes entre lo dicho por las víctimas durante la instrucción y las manifestaciones vertidas en el juicio, descartando así la totalidad de la prueba que resulta inconveniente para asegurar la existencia de consentimiento”*.

Dice que la exégesis escogida por el tribunal resulta *“sorprendente”* y *“desconcertante a 32 años de que se implementara el CPPN, a punto de mutar por un modelo de proceso acusatorio que enfatiza en la oralidad”*, cuando en este caso *“las víctimas, con gran esfuerzo por parte de esta Fiscalía para convencerlas de la necesidad de su asistencia, se sometieron a ser interrogadas en un juicio oral y público, pese a los traumas que les generó los sucesos imputados”*.

Aduce que *“insólitamente”* el magistrado del primer voto *“se basó pura y exclusivamente en lo que se produjo durante la instrucción, considerando que en aquella oportunidad brindaron un relato “fresco” por la cercanía del tiempo en que ocurrieron los hechos, soslayando olímpicamente todo lo que nos enseña la psicología forense, en cuanto a que, en estos casos, el trauma inicial es tan severo, que las víctimas tienden a recordar con mayor claridad las gravísimas circunstancias de lo que vivenciaron, una vez que pueden ir superando el dolor (que, prácticamente jamás resulta paliado del todo), cosa que, precisamente se verifica del modo contrario al que sostuvo el Sr. Juez: con el paso del tiempo”*.

Si bien admite que el sentenciante procedió de ese modo *“porque, según considera, las víctimas, luego de relatar pormenorizadamente lo que les había ocurrido, fueron confrontadas con lo que declararon durante la instrucción y allí, según aquél considera, habrían vuelto sobre sus dichos, convalidando la totalidad de lo expresado en aquella etapa”*, alega que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

las denunciantes fueron categóricas en sus relatos incriminantes y lejos estuvieron de retractarse.

Señala que *“la sentencia establece que en los encuentros sexuales entre las víctimas y el imputado, existió consentimiento, agregando que en aquellos momentos en los que las víctimas no habrían consentido el acto sexual con todos sus alcances, existió un error”*; y que, para arribar a esa conclusión, se tuvo en cuenta *“lo dicho por las víctimas durante la instrucción, en forma parcial”*. Añade que la *“atribución de elegir el testimonio conveniente, la funda, en las contradicciones que incurrieron en el debate las declarantes”*, por lo que se acudió al mecanismo de la lectura.

Frente a ello, el impugnante, tras invocar las declaraciones brindadas por L R y ___ L M S en el debate -que transcribe en su recurso- y repasar la versión de descargo ofrecida por el acusado, expresa que *“no es posible afirmar, por un lado, tal como se señala en la sentencia atacada, que existió consentimiento para los actos sexuales, y por otro lado, que en aquellos en los que pareciera que no hubo consentimiento por parte de las víctimas, se presenta en el análisis de la conducta, un error de tipo en el elemento normativo, que elimina el dolo del tipo penal de abuso sexual”*.

Aduce que, pese a *“la insistencia de la lectura, como ya dije integra de las declaraciones prestadas durante la etapa de instrucción, ambas mantuvieron incólumes sus relatos, en cuanto a que fueron forzadas en los actos sexuales”*.

Añade que los sucesos analizados no fueron aislados, sino un verdadero *“modus operandi”* de Fan Mosqueda, *“reiterado en el tiempo, reproduciendo un modelo en el cual el consentimiento para el acto sexual se ve viciado por la interrupción y cambio en las condiciones del encuentro, en la hipótesis de mínima y en la hipótesis de máxima, directamente el imputado violó”*.

Expone que ambas víctimas vivían en el conurbano bonaerense y, salvo los lugares de encuentro a los que habitualmente concurrían, desconocían la ciudad, por lo que les daba temor circular solas; y que por ese motivo soportaron permanecer en la vivienda del acusado -hasta que se hizo de día- y que él las acompañase hasta el sitio en el que debían tomar el transporte público que las llevó hasta su hogar. También señala que se trata de jóvenes, de corta edad, *“que fueron conducidas a la vivienda de un adulto (porque recordemos que la edad del imputado al momento de los hechos osciló entre los 24 y 26 años de edad)”* y, al ingresar a ese sitio de pequeñas dimensiones, vieron a *“una mujer, que hacía masajes en la*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

sala/comedor/living, donde además dormía en un colchón en el piso”. Considera que fue una “situación poco común, generando un escenario aprisionante, frente a dos víctimas vulnerables”.

Añade que, durante el debate, la defensa logró instalar la idea de que L M S tenía conocimientos sobre el uso de navajas y que podría haberlos empleado de sentirse en peligro, de modo que *“se pone en cabeza de las ellas la necesidad de defenderse ante un ataque. Se le está exigiendo a las víctimas oponer resistencia”.*

Tras recordar que también se planteó la duda acerca de por qué las jóvenes no gritaron, asevera que no lo hicieron debido a que *“eran dos chicas muy jóvenes en la casa de un adulto, de madrugada, donde además se encontraba la madre, respecto de quien, no sabían cómo podía reaccionar”.*

Argumenta entonces que no corresponde exigir a las víctimas una reacción determinada ante el delito, menos aún si se trata de una agresión sexual.

Prosigue diciendo que durante el juicio se presentó al imputado como *“una persona aniñada e inofensiva”*, frente a lo cual destaca que *“se trata de un hombre de 24 años (cuando ocurrió el primer hecho) y 25 a punto de cumplir 26 años (cuando ocurrió el segundo hecho), que no solo se involucraba con chicas mucho más jóvenes que él, sino que sabía exactamente lo que estaba haciendo, pues no hay ninguna pericia, en el expediente que determine un retraso madurativo, no hay nada que permita afirmar que este hombre no tiene la madurez intelectual que corresponde a su edad cronológica”.*

Añade que L R explicó en su declaración que, durante el acto sexual, lloraba y empujaba al imputado, lo que entiende como suficiente *“manifestación de voluntad corporal”*, y se pregunta *“por qué se exige a una víctima que diga que NO”.*

Expone que *“si una compañera ocasional en un encuentro sexual, como lo era en este caso, la está pasando mal y está llorando, porque pensar que es un juego sexual en el primer encuentro, y no pensar, que no quiere seguir con el acto?. Es simple, porque es mentira la confusión, porque no le importaba que querían ellas o que les pasaba, lo único que quería era concretar el acto sexual, tanto así que como tiene problemas de erección, decide unilateralmente quitarse el preservativo en medio del acto sexual”.*

Por otra parte, argumenta que *“si los hechos no fueron como los describieron las jóvenes damnificadas”*, no habría motivo para que Lucila le contara a su madre lo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

sucedido, concurriera a una clínica tres días más tarde para hacer una consulta médica *“en el marco de una relación sexual forzada con penetración (sin protección), donde se le aplicó un tratamiento de profilaxis para infecciones sexuales transmisibles y el posterior seguimiento por infectología”*, y luego activara este procedimiento penal. Tampoco comprende cuál sería el motivo para que L M S se presentara ante el llamado de la justicia y denunciara un hecho sucedido dos años atrás. Afirma que *“(l)a razón es que, los hechos sucedieron tal y como fueron plasmados en el debate, circunstancia en la que fueron más precisa, que durante la instrucción”*.

Reitera que los hechos respondieron a un *“modus operandi”* en el que *“las chicas terminaron llorando, luego de ser penetradas vaginalmente y sin preservativo y de ninguna manera estuvieron de acuerdo con esa práctica sexual. Ambas manifestaron en que se vieron forzadas por la situación, que no tenían intención de tener relaciones sexuales, pero pese a haber accedido a ello, en medio de la relación, manifestaron no querer continuar, cada una a su manera. Existió una relación asimétrica, no solo por la diferencia de edad (más notable en el caso de __, de tan solo, 14 años de edad) sino también por el lugar en que ambas se encontraban, en horas de la madrugada lejos de su casa, es decir la casa del imputado, que era un adulto”*.

Añade que: *“La circunstancia de haber concurrido a un sitio a los fines de mantener relaciones sexuales con un compañero ocasional, no implica en modo alguno consenso para la aceptación de cualquier modo de concreción de un acto sexual”*.

Tras recordar que el elemento principal para la configuración de un delito sexual es la ausencia de consentimiento, aduce que, en el caso, concurrió violencia tanto física como psíquica, dado que se forzó a las víctimas a practicar actos sexuales por fuera de lo consensuado. Destaca que las damnificadas fueron contestes al afirmar que *“intentaron poner un freno a lo que estaba sucediendo pero la insistencia del imputado avasalló la voluntad de ellas, que expresaron ambas de distintas maneras que se sintieron forzadas”*.

Sostiene que, además, *“los profesionales médicos y psicólogos que depusieron en el debate resaltaron el modo catastrófico (en lo que hace a su integridad psíquica) en que se encontraban las víctimas aún hasta el presente”*, elementos que no fueron valorados por el *a quo*.

Agrega que tampoco se ponderaron las publicaciones de la red social *Facebook*, aportadas por L R, que dieron cuenta de los episodios





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

sufridos por otras chicas, a manos del mismo autor, los cuales resultaron semejantes a los aquí tratados.

Indica que la historia clínica de L R documenta *“la atención médica con fecha 28/05/2019 en orden a una relación sexual forzada con penetración (sin protección) por persona conocida pero ajena a su círculo familiar y cotidiano, aproximadamente 36 horas atrás, donde se le indica profilaxis para infecciones sexuales transmisibles y el posterior seguimiento por infectología”*.

Afirma que *“(e)l acto sexual debe ser consensuado y este consenso debe ser inequívoco y voluntario durante toda la duración del acto y debe además alcanzar a todas las circunstancias de este, como no lo fue en este caso la penetración sin preservativo”*; respecto a este último extremo, destaca que el propio imputado *“reconoce que hay un ida y vuelta con el tema del preservativo”*, cuando *“(h)abla específicamente de los problemas que tiene con el preservativo, que coincide con lo manifestado por las víctimas”*.

Sobre ese punto, señala que *“constituyó la imputación complementaria o si se quiere subsidiaria con la que fundamenté mi acusación y a la que la sentencia rechazó en sólo tres renglones (sic) plasmados al final del fallo”*. Así, introduce el planteo relativo a la modalidad de *“stealthing”*, que enuncia como la práctica de mantener *“relaciones sexuales sin preservativo, vulnerando el consentimiento o la forma en que fue pactado el acto, o quitárselo subrepticamente durante su producción”* y agrega que *“(l)a traducción del término stealth al idioma español sería ‘sigiloso’, por ello la denominación de esta práctica en este idioma sería ‘sigilo’, aludiendo a la conducta del sujeto activo varón que pretende no ser descubierto”*. En torno a esta modalidad, reseña un trabajo de la investigadora Alexandra Brodsky y la jurisprudencia española.

Sobre el error de tipo del que dio cuenta la sentencia, la fiscalía recuerda que, según el tribunal español, *“es indudable que el dolo exigido puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001 y 159/2005). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo”.

Añade que: “Ya opere como error de tipo, ya como error de prohibición, lo que resulta decisivo es que esa alteración en la representación de alguno de los elementos del tipo o de la propia conciencia de antijuridicidad, pueda ser argumentada a partir del hecho probado ... El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido, error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, sino que, además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud”. STS 708/2016: “Es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido”...”.

Sostiene que “(c)omo principio general, debe partirse de la idea de que el derecho exige al autor imputable, que es capaz potencialmente de reconocer la antijuridicidad, la ilicitud de la acción, su contradicción con el mandato normativo que la prohíbe, que también determine su voluntad conforme a este conocimiento posible. En consecuencia, el autor deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar

Para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento, habrá que estar, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo, a su formación, su nivel de sociabilidad en el entorno determinado donde actúa, con relación a lo que constituye la conducta prohibida. Dicho espacio suministrará los elementos principales para poder valorar si el desconocimiento de la ilicitud puede tener, o no, efectos disculpantes.

Tomando como base no solo la norma afectada sino también y, principalmente, el ámbito concreto en el que la persona se desenvuelve socialmente se puede distinguir cuándo el desconocimiento de la norma no es disculpable y cuándo es plausible, incluso, en personas motivables por el derecho.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

Esta aproximación al contexto de lo cotidiano permite descubrir un primer nivel de cognoscibilidad. En este sentido, puede afirmarse, bajo criterios de experiencia general, que toda persona que forma parte de una sociedad dispone de una 'reserva de conocimientos' relativos a su mundo vital".

Continúa transcribiendo "Habrá que apelar a las circunstancias de cada caso y de cada sujeto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata, como es aceptado, es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Por ello, no es posible objetivar las conductas en cuanto a la exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho, y en sentido contrario, tampoco es aceptable realizar una máxima subjetivización que haga depender de la "percepción del autor" la injusticia de la conducta".

Expone que "Aplicado al caso enjuiciado, debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad y afirmando como premisa básica que su apreciación no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto..." y asevera que "quien tiene la carga de probar ese error es quien lo alega y también debe exponer las circunstancias que permitan su fijación por el tribunal, debiendo acreditarse tanto su existencia como su carácter invencible, y, en el caso, la defensa se limitó a interrogar de forma generalista si el procesado supo que ese actuar podía ser delictivo, sin mayores concreciones".

Finalmente, explica que todas estas cuestiones, expuestas en su alegato acusatorio, no fueron controvertidas por el a quo, con lo que la argumentación brindada para descartar cualquier tipo de error "no fue contrarrestada, pero si empleado el concepto dentro de los argumentos desincriminantes".

Por estos motivos y los demás que desarrolla, considera que el fallo ha sido arbitrario y que "sus argumentos deben ser descalificados por no construir una derivación de lo que se verificó en la práctica, ni tampoco por acertar, incluso a nivel dogmático en la solución del caso mediante argumentos que pudieran aplicar al mismo" ; que "la fundamentación de la sentencia es solo aparente, veredicto sustentado en una lectura parcial de la prueba producida e incorporada a las actuaciones, motivo que la descalifica como acto jurisdiccional válido por contar con fundamentación aparente y arbitraria y, por lo tanto, nula para las exigencias del debido proceso penal".





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

En definitiva, peticiona que se case la decisión impugnada y se condene a Fan Mosqueda conforme a los términos que oportunamente planteó en su acusación.

4. Solución del caso.

Luego de examinar la prueba recogida, su ponderación por parte del tribunal oral y los agravios que presenta la fiscalía, sin desconocer la seriedad de éstos, entiendo que, de todos modos, su pretensión condenatoria debe ser rechazada, pues no logra revertir la solución que asumió el *a quo*.

En ese sentido, en relación con la alegada arbitrariedad en la valoración probatoria, considero que, bajo ese planteo, en rigor, la fiscalía se limita a expresar su disconformidad con el análisis plasmado en el fallo, que, desde luego, puede -o no- ser compartido, pero en modo alguno exhibe semejante defecto, ya que contiene una fundamentación suficiente, que -como se verá- no se apartó de las constancias de la causa ni de las disposiciones legales que rigen su valoración.

Por lo demás, las críticas que desarrolla el recurrente no aparecen complementadas por un análisis de la prueba que demuestre, acabadamente, que en el juicio se ha alcanzado la certeza necesaria para emitir un pronunciamiento condenatorio como el que pretende.

Antes bien, los argumentos expuestos, de manera unánime, por el tribunal de juicio, ilustran acerca de la insuficiencia probatoria apreciada y respaldan, consecuentemente, la imposibilidad de afirmar la concurrencia de los requisitos típicos que exigen las figuras del abuso sexual, que en modo alguno puede ser tildada de irrazonable o basada en la pura subjetividad de los jueces.

En efecto, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, advierto que el *a quo*, lejos de desatender los dichos de las denunciantes en el debate -respecto de los cuales, incluso, sostuvo que no apreció mendacidad-, se limitó a relativizar su eficacia convictiva como prueba de cargo, de manera fundada, tras evaluarlos en su totalidad. En esa dirección, se tuvo en cuenta, principalmente, lo que ambas manifestaron luego de que se les leyó lo que habían declarado durante la fase inicial del proceso, es decir, en momentos más próximos a la ocurrencia de los hechos.

Así, se apuntó en el fallo que, cuando fueron preguntadas por las discordancias advertidas entre sus primeras declaraciones y las posteriores, luego





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

de que se les leyeron los fragmentos pertinentes de aquéllas, las dos damnificadas afirmaron que los eventos habían sucedido del modo en que quedó volcado en las actas escritas de la etapa preliminar. En tales condiciones, pienso que el *a quo* explicitó de manera razonable los motivos por los que, en lo sustancial, se atuvo a las declaraciones originales -debidamente introducidas mediante la lectura prevista en el art. 391, inc. 2º, del CPPN-.

Así, el proceder asumido por el órgano jurisdiccional, lejos de haber privado de sentido al debate oral -como aduce el recurrente-, ha sido un modo de aprovechar las ventajas que ofrece la inmediación, a fin de valorar los dichos de las denunciantes, conforme a las reglas de la sana crítica, con mayor razón cuando éstas enseñan que la memoria de las personas es limitada y, por lo tanto, resulta factible que, cuando alguien rememora sucesos del pasado, puedan aparecer imprecisiones, olvidos o contradicciones. De hecho, el propio código procesal reconoce tal posibilidad y ofrece herramientas, como la que aquí se empleó, para mermar los efectos de semejantes inconvenientes⁶.

Por lo demás, el enfoque del *a quo* no se ciñó a optar directamente por las declaraciones recogidas en la etapa inicial y prescindir de lo que las denunciantes refirieron en el debate, dado que, en rigor, los dichos de éstas se ponderaron en su totalidad, incluyendo -claro está- lo que expresaron cuando se les leyeron aquellas actas.

En síntesis, pese a las críticas del recurrente, no advierto irregularidad alguna en la ponderación probatoria efectuada en la instancia anterior, sobre la base de las declaraciones incorporadas por lectura.

Hecha esa aclaración, tampoco observo un desacierto en el enfoque del caso efectuado en el fallo, a partir del diseño legal de las figuras del abuso sexual, en cuanto exhiben -como nota común- la ausencia del consentimiento válido de la víctima, sea porque ésta es menor de trece años, porque es sometida por violencia, coacción o intimidación, o porque media otra circunstancia que le impida prestar su aquiescencia de manera libre (CP, art. 119).

Desde esa perspectiva, más allá de que los acusadores -incluso durante la audiencia sustanciada en esta instancia- destacan la edad de las denunciantes

⁶ CNCCC, Sala 1, Reg. 708/2025, jueces Bruzzone, Rimondi y Divito.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

como un dato relevante, lo cierto es que L R, al momento del hecho, era mayor de edad y L M S se hallaba próxima a cumplir quince años.

Además, pese a que el fiscal sostiene que en los sucesos se verificó la concurrencia de violencia física y psíquica, no logra rebatir la postura del tribunal, acerca de que esa parte había omitido precisar cuál sería la prueba que respaldaría tal conclusión con el necesario grado de certeza; y que, a todo evento, ninguna de esas modalidades se había acreditado en sus aspectos objetivos y subjetivos. Para ello, como quedó dicho, se consideró lo que las denunciantes mencionaron y las aclaraciones que ellas mismas formularon, sin que -al respecto- el recurrente logre demostrar la arbitrariedad que alega.

En particular, sobre la alusión de L R a que en el último acto sexual “*intenté forcejear con él*” y empujarlo con sus brazos y piernas, la propia declarante aclaró, entre otras cosas, que el imputado, en cierto momento, “*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*”. De tal modo, más allá de que Fan Mosqueda declaró que, en forma previa a ese encuentro, con la nombrada “*se habían expresado que ambos se gustaban sexualmente*” y “*habían manifestado que le gustaban las mismas cosas como ahorcar o agarrar de las muñecas*”, han sido las propias palabras de esta denunciante las que respaldaron el error de tipo que apreció el *a quo*, al interpretar que, en aquel momento, el imputado bien pudo considerar que se trataba de un juego y, cuando supo que no lo era (frente a su propia consulta), se detuvo y no prosiguió con el coito.

En nada modifican dicha apreciación las alegaciones de la fiscalía acerca de que el error no se habría acreditado debidamente. Al respecto, es menester recordar que, como es sabido, la carga de la prueba recae sobre la parte acusadora. Por ende, toda la argumentación que ésta desarrolla en torno a la idea de que dicho error debió ser probado, en definitiva, encierra la pretensión de invertir aquella carga y prescindir del beneficio de la duda (CPPN, art. 3), de un modo incompatible con el principio de inocencia.

Sobre este punto, cabe recordar que la CSJN sostuvo, mediante una remisión al dictamen del Procurador General, en el precedente “Abraham Jonte” (Fallos: 324:4039), que el imputado no tiene la carga de probar la disculpa, aunque no aparezca probable o sincera, pues no destruida con certeza la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone su absolución. También se dijo allí que la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de culpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación. En lo sustancial, dicha doctrina fue reiterada luego, *mutatis mutandi*, en “Vega Giménez” (Fallos: 329:6019).

De tal modo, las apreciaciones que hizo el *a quo*, acerca de que no se probó que mediara violencia física o psíquica, que las denunciantes no hubieran podido consentir libremente los contactos sexuales, o que -a todo evento- el imputado hubiera tenido conocimiento de la falta de aquiescencia, lejos de representar una arbitrariedad, aparecen como una conclusión razonable, que se ajustó a las constancias de la causa y, en particular, a las descripciones de lo sucedido que hicieron las nombradas. Por lo demás, asiste razón a la defensa en cuanto señala que la fiscalía omitió explicar en su hipótesis del caso por qué causa las damnificadas no pudieron consentir libremente las relaciones con Fan Mosqueda.

En efecto, tal como se reseñó en la sentencia, L R s manifestó ante el equipo interdisciplinario de la OVD que habían arreglado con el imputado “*para tener un encuentro sexual y si bien no estaba del todo convencida accedí (...)*” y que “*el problema comenzó cuando estábamos por tener el encuentro y no quiso usar el preservativo*”; mientras que, en la fiscalía de instrucción, dijo que con Fan Mosqueda acordaron salir y, cuando él le mencionó sus intenciones de tener relaciones sexuales, ella respondió con una frase similar a “*me gustaría*”, lo que evidencia, más allá de los matices, que el encuentro pactado entre los jóvenes incluía un posible contacto íntimo. Desde luego, ello en modo alguno impedía que, llegado el momento, L R optara por no concretarlo.

Sin embargo, cuando en la fiscalía fue preguntada para que diga si había exteriorizado de algún modo que ella no estaba convencida de tener relaciones con el acusado, respondió que no; y agregó que, durante el primer contacto sexual, él “*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*”. En otras palabras, lo que la joven le expresó a su compañero fue su disconformidad en mantener un acto sexual sin protección, frente a lo cual él,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

tras cierta reticencia, en definitiva, accedió a colocarse el preservativo, sin que ella manifestara oposición.

Y, en torno al segundo tramo, L R expuso, ante la OVD, que ella permaneció acostada en el cuarto de Fan Mosqueda y, cuando este regresó del baño, *“empezó a tocarme de nuevo, yo no quería, pero no supe decirle que no”*; y luego, en la fiscalía, se le preguntó *“si le manifestó, antes de la segunda relación sexual, que no quería hacerlo”*, a lo que ella respondió *“que no, que la dicente se quiso vestir pero él no la dejaba y le decía que se quede así”*. Además, según consta en el acta respectiva: *“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”*; agregó que durante ese segundo acto sexual el acusado no usó preservativo; y, al serle inquirido *“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”*.

Respecto a la tercera relación sexual, señaló que él fue al baño y ella se quedó en la habitación, hasta que, cuando él regresó, retomó los tocamientos y ella *“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”*. Añadió que, posteriormente, Fan Mosqueda reintentó un nuevo contacto físico, ella le dijo que no y aquél se quedó dormido a su lado; aclaró que ella en ningún momento le reprochó nada y que el hecho de que *“le dolía”* no se vinculaba con que ___ haya sido brusco; e incluso dijo que no sabía si él había notado que en ciertos momentos ella lloraba, pero tras el *“escrache”* en redes sociales, él replicó que creyó que el forcejeo era un juego y que *“jamás me vio llorar”*. También contó la conducta posterior de Fan Mosqueda, que durmió junto a ella hasta la mañana siguiente, le preparó el desayuno, la acompañó hasta el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

punto en el que debía tomar el medio de transporte que la conducía a su casa y le mandó mensajes diciéndole que le había gustado el encuentro.

En definitiva, sobre lo acontecido en aquella ocasión en el dormitorio del acusado, la apreciación del *a quo*, acerca de que lo manifestado por L R no evidenció que Fan Mosqueda haya actuado pese a la oposición o la negativa de la joven, se ajustó al relato de ésta, incluso respecto del tramo final, en que se interpretó que él había incurrido en un error en torno al consentimiento de la denunciante.

De otro lado, __ L M S manifestó que, tras concertar el encuentro, se juntó con Fan Mosqueda, fueron a comprar bebidas, se dirigieron a la casa e ingresaron al cuarto, donde el imputado insinuó su intención de mantener relaciones sexuales, a lo que ella respondió que no quería, pues estaba saliendo con alguien, y él replicó *“que no se iba a enterar”*, momento en 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”*. Al momento de describir los pormenores, la joven sostuvo 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”*, pero momentos después *“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’ ...”*, frente a lo cual *“la dicente lo sacó de encima y él se ofendió poniendo ‘mala cara’ ...”*, mientras que ella *“se puso a llorar y se alejó poniéndose a hablar por celular con su hermana”*. Sostuvo que, dado que era muy tarde, permaneció en la vivienda de Fan Mosqueda, *“se quedó a dormir y se acostaron en la misma cama”*, hasta que *“__ despertó tocándola en sus partes íntimas y apoyándola con sus genitales, sin ropa, contra la cola de la dicente, que tenía colocado un short. En ese momento la dicente se sintió muy incómoda, se puso a llorar ‘fuerte’ (sic) y se sentó en la cama, ante lo cual el la dejó 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”*. Aclaró que ambos permanecieron en el mismo cuarto hasta que, a las 7 de la mañana, Fan Mosqueda la despertó y le dijo que tenía que irse, la acompañó a la estación de subte y no volvieron a verse; y al ser preguntada por el agente fiscal, si se sintió





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

forzada a tener relaciones, respondió que “*en la segunda oportunidad, cuando la despertó apoyándola ...*”.

Sobre la base de dicha narración, nuevamente, no aparece arbitrario el enfoque del tribunal, en cuanto reconstruyó que, una vez en el dormitorio del acusado, donde éste manifestó su intención de mantener relaciones sexuales y ella, luego de cierta reticencia, accedió; aunque, frente a la actitud de quitarse el profiláctico, L M S optó por “*sacárselo de encima*”, sin que él intentara forzarla o doblegarla, más allá de que puso “*mala cara*”. Algo similar sucede con el segundo tramo, en que Fan Mosqueda le apoyó sus genitales, situación que incomodó a la joven, porque dicha conducta -si bien ella mencionó que se había sentido forzada- se produjo tras la primera cópula, mientras permanecían acostados y habían estado un rato durmiendo juntos.

En tales condiciones, no resulta arbitraria la conclusión alcanzada por el *a quo*, en cuanto estimó posible que el acusado hubiera actuado de ese modo en la creencia -equivocada- de que contaba con la aquiescencia de L M S, con mayor razón cuando, frente a la reacción de ella -quien dijo que empezó a llorar y se sentó en la cama- tampoco intentó torcer su voluntad bajo alguno de los medios previstos por la figura del art. 119 del CP. Adviértase que la denunciante refirió que el imputado se limitó a decirle que “*creyó que era distinta*” y que esa fue la última interacción, antes de que se quedaran dormidos hasta la mañana siguiente, en que Fan Mosqueda la acompañó para que tomara el subte.

En síntesis, pese a las críticas que trae el recurrente, estimo que éstas no logran evidenciar una arbitrariedad en las consideraciones que hizo el *a quo*, a partir del relato de las propias denunciantes, para descartar que se hubieran comprobado los delitos que la fiscalía le atribuyó al acusado.

Desde luego, ello -como lo aclaró el *a quo*- no ha implicado sostener que las jóvenes fueron mendaces, sino simplemente que sus declaraciones, en las condiciones descriptas, no reflejaron la ocurrencia de hechos penalmente típicos -en su caso, porque no pudo acreditarse con certeza la tipicidad subjetiva-, como para sustentar una condena.

En cuanto a la atribución alternativa del “*stealth*”, el tribunal interpretó, con criterio cuya arbitrariedad no alcanzo a advertir, que esta modalidad de abuso presupone una actuación subrepticia del autor, quien no se coloca o retira la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

protección disimuladamente, cuando la cópula fue consentida con el empleo de un preservativo. Dicha aproximación, en rigor, coincide con el concepto que propone la fiscalía recurrente.

Bajo ese enfoque, observo que las consideraciones del *a quo* sobre este punto se ajustaron a lo expresado por las denunciantes, acerca de que advirtieron que el acusado no se había puesto profiláctico o se lo había sacado -en forma ostensible- durante el acto sexual. De tal modo, tampoco es posible predicar arbitrariedad alguna en la conclusión de que no se verificaron las exigencias propias de esa modalidad delictiva.

En síntesis, pienso que, si bien el acusador público viene propiciando, en relación con los dichos de las víctimas, un análisis distinto al efectuado por el tribunal sentenciante, no logra -a mi juicio- demostrar la arbitrariedad que le atribuye al fallo en ese sentido.

Dicha apreciación no se ve afectada por la crítica que el impugnante presenta sobre la falta de ponderación de los informes periciales y la historia clínica de L R, en tanto las transcripciones que la propia fiscalía hace de tales constancias reflejan los dichos de las jóvenes acerca de los hechos y el estado emocional que les provocaron, pero sin elementos adicionales que conduzcan a descalificar la ponderación que se hizo en la instancia anterior, ni datos que respalden la aseveración del recurrente, acerca del “*modo catastrófico (en lo que hace a su integridad psíquica) en que se encontraban las víctimas*”. En particular, sobre el caso de L R se transcribe que, según el informe elaborado por la Lic. Alberino, “(...) *no se pueden hacer consideraciones con fehaciencia científica respecto a la veracidad de algún suceso fáctico en particular*”; y, en cuanto a su historia clínica, el fragmento que se destaca en el recurso se vincula a la anamnesis, esto es, el resultado del interrogatorio del médico para obtener y asentar información sobre el motivo de la consulta.

Bajo tales premisas, que desdibujaron el cuadro de cargo, tampoco la genérica mención de las constancias de Facebook -sobre las que no se aportan mayores precisiones- o la asimetría que existía entre el imputado y las denunciantes conduce a modificar la solución absolutoria. Sobre esta última cuestión, se advierte que la fiscalía no logró explicar en la audiencia cuál sería el contexto coercitivo al que las habría sometido el acusado, máxime si se tiene en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

consideración que -como lo expuso el tribunal- las jóvenes sabían que quien estaba en el living de la vivienda era la madre de Fan Mosqueda, que ellas estuvieron permanentemente utilizando sus teléfonos celulares y que a L M S, incluso, él le prestó un cargador para evitar que el dispositivo se quedara sin batería.

En definitiva, pese a que la fiscalía considera que los hechos por los que concretó su acusación quedaron plenamente acreditados, el análisis plasmado en el fallo permite observar que el tribunal llegó a una conclusión opuesta, con argumentos razonables y luego de examinar todas las pruebas incorporadas al debate, con las ventajas que ofrece la inmediación.

Así, la alegada arbitrariedad, sobre la que insiste la recurrente, queda reducida a una simple disconformidad con las consideraciones efectuadas en la sentencia, pues no se demuestra que éstas se hayan apartado de las constancias de la causa o de las disposiciones legales que rigen su ponderación.

En síntesis, la solución a la que arribó el tribunal, lejos de aparecer como el producto de la mera voluntad de los jueces, respondió a una valoración racional de todos los elementos de convicción incorporados al debate, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 398 del CPPN).

En definitiva, se trata de un caso en el que el tribunal, luego de examinar la totalidad de la prueba y, en particular, las declaraciones de las víctimas, entendió que los eventos analizados, más allá de eventuales reproches morales, no encuadraron en figura penal alguna, sin que la fiscalía recurrente logre demostrar que, al proceder de ese modo, incurrió en el absurdo que se alega.

5. Propuesta al acuerdo.

Por las razones expuestas, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar el fallo impugnado en todo lo que ha sido materia de agravio (arts. 465 y 470 a *contrario sensu* del CPPN).

Las costas de la instancia, se imponen en el orden causado (arts. 530 y 531, CPPN).

El juez **Rimondi** dijo:

Por compartir, en lo sustancial, el voto del colega Divito, adhiero a la solución propuesta.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1

37747/2019/TO1/CNC1

El juez **Bruzzone** dijo:

En atención a que los colegas Divito y Rimondi coincidieron acerca de la solución que corresponde asignar al caso, me abstendré de emitir voto, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 último párrafo, CPPN.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, **RESUELVE**:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar el fallo impugnado en todo lo que ha sido materia de agravio; las costas de la instancia se imponen en el orden causado (arts. 465 y 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 del CPPN).

Se deja constancia que el juez Bruzzone participó de la deliberación y emitió su pronunciamiento en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Regístrese, comuníquese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente, el que deberá notificar personalmente al imputado, notifíquese (Acordada 15/13 CSJN y Lex100), y remítase el expediente oportunamente.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

MAURO A. DIVITO

JORGE LUIS RIMONDI

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA

