

**IPP 10811/I**

**Número de Orden:16**

**Libro de Sentencias nro:7**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticuatro **días del mes de Junio del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri**, para dictar resolución en **la I.P.P. nro. 10811/I: "J., D. O. s/ lesiones culposas"** y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden Doctores **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

**1ra.) ¿ Es justa la resolución apelada ?**

**2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

### **V O T A C I O N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO:** Interpone recurso de apelación el señor Auxiliar Letrado de la Defensoría General Departamental, doctor Martín D. Daich a fs. 153/156 contra la resolución dictada por el señor Juez de Garantías doctor Guillermo Mercuri, a fs. 138/142vta., por la que no hizo lugar al sobreseimiento solicitado en favor de D. O. J. y eleva en consecuencia la presente causa a juicio por el delito de lesiones graves en los términos del art. 90 del C.P.

Esgrime el recurrente, en reiteración de los argumentos que fundaron la oposición defensiva en ocasión del traslado del art. 336 del C.P.P., que conforme la teoría de la tipicidad conglobante la conducta bajo análisis no constituye delito. Concreto, se agravia en tanto entiende que el a quo no analizó ni el consentimiento ni el acuerdo previo entre su defendido y A. quienes, a su criterio,

intentaron dirimir sus problemas durante una pelea callejera para concluir que la víctima prestó su aquiescencia.

En esa línea analiza la prueba testimonial para concluir que la misma es suficiente para acreditar la existencia del consenso para la pelea entre ambos previo al momento del hecho.

Cita doctrina - Zaffaroni- en apoyo de su tesis, y en definitiva, ante la ausencia de lesividad, peticona el sobreseimiento de su asistido en los términos del art. 323 inciso tercero del C.P.P. por no constituir delito el hecho atribuído desde que no se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por la figura imputada.

Adelanto que, en mi opinión, el recurso interpuesto no ha de prosperar.

El supuesto fáctico de autos, se detalla en oportunidad de la elevación fiscal de la causa a juicio (fs. 129/133). Allí, se imputa a J. haber golpeado - en el rostro y en diversas partes del cuerpo- a H. D. A. en horas de la madrugada del día 29 de mayo de 2007, mientras circulaba caminando por la primera cuadra de calle Belgrano de esta ciudad; como consecuencia de ello sufrió las lesiones descriptas en el informe médico forense de fs. 35 -disminución del órgano de la visión-, y a las que se asignara el carácter de graves.

Principio por señalar que en autos existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditada, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa, la materialidad ilícita y la responsabilidad del imputado en el hecho materia de investigación (arts. 337 y 157 del C.P.P.), por ende descarto la posibilidad de aplicación de la propuesta defensiva de aplicar al caso la tesis de la tipicidad conglobante sostenida por el doctor Eugenio Zaffaroni.

Del testimonio de la víctima A. (fs. 1 "no tiene buena relación"), junto al de S. E. P. (fs. 5 "entre ambos había problemas personales), al de su ex novia L. R. (fs. 112/113) y a los propios dichos del imputado (fs. 58vta. "roces") surge la existencia de un conflicto previo entre la víctima y J., que pudo tener su origen

en algún suceso durante el cursado de una carrera de Marketing dictada en el Instituto Juan XXIII de esta ciudad.

Ahora bien. La preexistencia de una discordia no presupone la existencia de un acuerdo previo para dirimir sus desavenencias a través de una pelea.

El relato del imputado, contrario a los dichos de la víctima, tiene como eje central la tesis de defensa frente a las provocaciones de A., mientras que su ex compañero de residencia M. A. (fs. 123/123vta.) introduce la posibilidad de que haya existido un acuerdo previo para la pelea.

Las versiones se contraponen entre sí y con la de los restantes testigos mencionados anteriormente. En especial con los dichos de L. R. quien refiere que su ex novio presentaba una personalidad conflictiva y que sólo conoce lo ocurrido a través del relato que éste le hiciera del suceso, de lo que se deduce que en ningún momento la testigo concurrió al local del Bingo como manifiesta J. en su declaración en los terminos del art. 308 del C.P.P.

Los dichos del imputado no encuentran anclaje en la prueba testimonial producida en esta etapa de investigación, y la sindicación de la posibilidad de un acuerdo previo para "pelear" realizada por A. se reduce a una mera referencia solitaria que pierde entidad convictiva frente al contenido de las deposiciones de la víctima y de L.R..

Ha quedado probado en autos con el grado de probabilidad exigido por la ley procesal en esta etapa que no existió un acuerdo previo para la pelea entre víctima y sujeto activo, de modo tal que no cabe más que descartar la aplicación de la hipótesis del sobreseimiento en los términos del art. 323 inciso 3ro. del C.P.P. - exclusión de la tipicidad objetiva conglobante- que postula la defensa en base a la tesis doctrinal propuesta.

Por lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución de fs. 138/142vta., en tanto

existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditada, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa, la materialidad ilícita y la responsabilidad el imputado J. en el delitos de lesiones graves - art. 90 del C.P- que se le imputa (art. 157 del C.P.P.).

Y existiendo mérito suficiente para elevar esta causa a juicio y la posibilidad que ofrece el debate de intermediarse y contradecir ampliamente todas las dudas o controversias sobre la valoración de la prueba testimonial, sigan los autos según su estado (art. 337 del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO:** Si bien coincido con mi colega preopinante en que corresponde rechazar el recurso interpuesto por la defensa del imputado J. y elevar la presente causa a juicio, difiero parcialmente con la valoración de la prueba realizada en el voto que inicia esta resolución, en particular en lo referente al contexto fáctico que habría rodeado al ilícito.

Analizados los elementos de convicción reunidos, entiendo razonable considerar -con el grado de probabilidad requerido- que J. le habría causado las lesiones a la víctima, pero que, sin embargo, su ataque no habría sido en forma sorpresiva y sin mediar palabra **sino en el marco de una pelea y/o de una discusión entre ambos.**

Principalmente tengo en cuenta el testimonio de M. A., a fs. 123 y vta.; valoro su relato como consistente y permite una comprensión más plausible del conflicto que se investiga en esta causa; y ello al compararla con la que "ofrecería" la víctima y también con la del propio imputado.

Igualmente y a pesar de inclinarme hacia la hipótesis de que las lesiones fueron causadas en el marco de una discusión y/o pelea entre las partes, no comparto la solución jurídica propuesta por la defensa.

La víctima en su denuncia, ofreció como testigo de su versión (del ataque sorpresivo del procesado) a S. P., quien -complementando

parcialmente esos dichos- refirió que cuando fue a buscar al damnificado al Bingo, mientras caminaba por calle Belgrano: "...observa a un sujeto que se encontraba golpeando a su amigo por lo que el dicente rápidamente se acerca hacia donde se encontraba su amigo y este sujeto sale corriendo...". Expresó que conocía al agresor como D. J., quien estudiaba con la víctima, agregando que no sabía porqué lo habría golpeado de esa manera, pero que conocía que entre ambos había problemas personales.

Sin embargo, al prestar una segunda declaración a fs. 79/80 manifestó que al llegar caminando por calle Belgrano, en el cordón de la vereda de la intersección con la calle San Martín, vio a su amigo tirado en el suelo inconsciente, lesionado y con sangre en su rostro, pero que no vio a ninguna persona golpeándolo. Al preguntársele si sabía quién había agredido a A. expresó "...sabe que la golpiza fue propinada por D. J....por habérselo dicho A. una vez recuperado de las lesiones...".

Estas diferencias entre los relatos hacen perder solidez a la versión aportada por el testigo, que ratificaba el relato realizado por la víctima. La distancia entre ambas declaraciones no es menor ya que, si nos ajustamos a su segundo testimonio, dejaría de ser un testigo presencial sobre la materialidad ilícita y la autoría, para transformarse en alguien que puede aportar ciertos indicios teniendo en cuenta su arribo una vez finalizados los sucesos (siendo que con respecto a la autoría sólo podría considerárselo testigo de oídas).

A mi entender estas circunstancias disminuyen la fuerza del testimonio, y por lo tanto restan apoyo a la hipótesis de la acusación, en cuanto al móvil y la forma de la agresión.

Las **objeciones** sobre la consistencia de los elementos de convicción analizados cobran mayor importancia al **confrontarlas con la versión ensayada por el imputado** al momento de prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. **y con lo declarado por los testigos** por él propuestos.

En esa oportunidad, Junca manifestó que las lesiones que le causó a A. ocurrieron en la esquina de las calles Belgrano y San Martín donde se

habían dirigido junto a la víctima para hablar, por algunos conflictos que tenían entre ellos. Relató que en ese instante la víctima intentó pegarle una trompada y que él se defendió, intercambiando algunos golpes, hasta que el damnificado cayó al piso, posiblemente inconsciente. En ese instante se habrían aproximado al lugar dos amigos de A. e intentaron pegarle, por lo que salió corriendo del lugar.

Al relatar la forma en que comenzó la pelea en la que habría causado las lesiones por las que hoy se lo acusa, el imputado narró que el día del hecho había ido al Bingo con su novia, L. R., donde se habría encontrado con A. quien le dijo que lo esperaba afuera para hablar. Contó que posteriormente -aproximadamente a las 03:40 hs.- se encontraba en la puerta del Bingo junto a un amigo, de nombre M. A., esperando a A. quien -cuando salió de su trabajo- le propuso que fueran solos a dialogar, dirigiéndose hacia la esquina donde se iniciaron los sucesos violentos.

Como puede notarse, si bien el justiciable describe los sucesos en una forma en la que le resultaría completamente favorable, posicionándose en una posible causal de justificación (legítima defensa), **su relato posee similitudes con la primera declaración del testigo P.** Las dos historias coincidirían en que P. habría presenciado, aunque sea por un instante, cuando J. golpeaba al damnificado y que habría salido corriendo cuando el testigo se aproximó al lugar.

Estos datos **son coherentes, también, con la versión de los hechos narrada por el testigo M. A.** -a fs. 123 y vta.-, cuya declaración fuera propuesta por el imputado. Es dable tener en cuenta que el testigo conocía a ambos partícipes; a la víctima, de vista desde la adolescencia por haber tenido trato con él en la ciudad de Viedma, donde vivía un primo suyo al que visitaba ocasionalmente. Al imputado, desde el año 2008, por haber vivido los dos en la misma residencia, siendo que al momento de los hechos convivían por cuestiones económicas en el mismo departamento, ubicado a dos cuadras de la esquina de Belgrano y San Martín, pese a haber referido que nunca entablaron una relación de amistad.

Sobre lo ocurrido el día del hecho, A. relató que

aproximadamente a las 24:00 hs., llegó J. al inmueble donde vivían y le dijo que iba a pelear con A., ya que "...al parecer..." habían quedado en "encontrarse a esos fines" cuando éste último saliera de trabajar en el Bingo (fs. 123/123 vta.). Contó que acompañó al imputado -porque éste se lo pidió- y que una vez frente al Bingo apareció A. con dos muchachos, de los que él conocía a uno de vista de Viedma, y del que sabía que era oriundo de esa ciudad.

El testigo contó que **J. le preguntó a A. si iban a pelear y que la víctima le dijo "...sí, mano a mano en la esquina..."**, retirándose los dos hacia ese lugar. Pasado un tiempo uno de los acompañantes de A., junto a quienes se había quedado A., habría decidido que los tres fueran hasta a la esquina "...a ver cómo van...". Los dos amigos de A. habrían ido corriendo y él testigo caminando detrás, pudiendo observar que J. se fue raudamente cuando los primeros llegaron, quienes comenzaron a ayudar a la víctima a levantarse.

Como puede notarse, el relato de A. es parcialmente concordante con la versión que brindó el imputado y también con el primer testimonio de P.. También es destacable que P. vive en la ciudad de Viedma y que el testigo A. dijo que conocía de vista a uno de los acompañantes de A. de sus visitas a esa ciudad, sin perjuicio de que no se han realizado mayores intentos para precisar o aclarar los datos que surgen de ese testimonio.

Por último, y en lo que respecta al testimonio brindado por L. R., a fs. 112 y vta., entiendo que del mismo no puede extraerse que ella estuviera ausente en el primer encuentro entre la víctima y el imputado en el Bingo, en el habrían decidido encontrarse cuando terminara A. su jornada laboral, ya que sólo ha expresado que no presenció el hecho y que de lo sucedido se enteró por los dichos de J. (del que sabe que tenía problemas con todo el mundo). El testimonio es sumamente escueto y limitado a la respuesta de tres preguntas en forma concisa, no contándose con un relato de los acontecimientos de esa noche que permita conocer si efectivamente acompañaba a J. con anterioridad a que ocurriera el hecho, si estuvo presente al momento del

encuentro entre los dos dentro del Bingo o si nunca presencié esta situación.

Así, de una armónica valoración de todos los elementos obrantes en la causa, razonablemente puede considerarse -con el grado de probabilidad requerido por esta etapa procesal- que **el damnificado no habría sido abordado y golpeado por el imputado en forma sorpresiva y sin mediar palabra, sino que habría participado de una pelea con previa discusión** (y tal vez con "arreglo" de lugar y tiempo), vinculado a los conflictos previos que tenían.

Sin embargo, y como anticipé, mi convicción sobre la forma en que ocurrieron los hechos, no implica que corresponda otorgar al conflicto la solución que propone la defensa al propiciar la atipicidad de la conducta por entender que ha existido un consentimiento prestado por parte del damnificado que conllevaría a la falta de lesividad, basándose en la explicación de dogmática penal que sigue Eugenio Zaffaroni en su obra "Derecho Penal Parte General", Ediar. 2002, pág. 498/507. Ello sin dejar de destacar que esa solución no es unánime ni pacífica entre los diversos autores que han estudiado la temática.

A mi parecer, el recurrente se ha limitado a expresar que la situación que aquí se investiga debería adecuarse a la solución conclusiva propuesta por esa doctrina, pero no ha explicado debidamente las razones por las que entiende que resultaría atípica la acción, pasando por alto las dificultades de aplicación y las complejidades que presenta la disponibilidad de bienes jurídicos (muy particularmente cuando están relacionados con la vida y la salud) y el consentimiento del sujeto pasivo en determinados contextos.

Esas dificultades incluso son destacadas por el autor citado en la misma obra en la que pretende sustentar la defensa su requerimiento, donde -luego de analizar los conceptos de aquiescencia, acuerdo y consentimiento y su vinculación con la lesividad de la acción- refiere "*...no obstante la regla no tiene valor absoluto, especialmente cuando se refiere a la salud y a la integridad física...*" (Obra citada, pág. 502).

La **aquiescencia** de la víctima como causal de atipicidad o de justificación de una conducta es un tema de estudio dificultoso en la dogmática penal y, entiendo no corresponde llevar a cabo en esta resolución un acabado abordaje de tópicos especialmente técnicos y abstractos con los que se vincula. Sin embargo, como el planteo recursivo está dirigido directamente a cuestiones eminentemente teóricas, trataré los que considero dirimientes.

Actualmente en doctrina existe posición coincidente respecto a que la aquiescencia, el acuerdo o el consentimiento del titular del bien jurídico, en determinados casos implica que la acción lesiva -de un bien jurídicamente protegido- realizada por un tercero no deba ser sancionada. Las razones que motivan tal solución y el específico estrato analítico de la teoría del delito en el que repercute la aquiescencia de la víctima, dependerá de cada teoría en especial. Así en algunos casos se considerará que excluye la tipicidad sistemática, en otros la conglobante y para algunos la antijuridicidad.

Esta diferencia está íntimamente vinculada con el tipo de bien jurídico que se lesiona y con el contexto en el cual se desarrolla la acción lesiva; esto es: en qué medida la acción o el resultado pueden considerarse disvaliosos. Así, suele ejemplificarse que no es lo mismo disponer de la propiedad privada, de la libertad sexual, de la integridad física o de la vida, siendo que en el caso de estos dos últimos bienes jurídicos el tema es particularmente complejo. Explicaré mi posición partiendo de esa complejidad.

En nuestro orden jurídico actualmente es mayoritaria la tendencia doctrinaria y jurisprudencial respecto a que una persona podría disponer de su integridad física en un cierto grado y en determinadas situaciones, como puede ser por ejemplo en el caso de lesiones de escasa entidad permitir una lesión en el lóbulo de la oreja para colocar un aro, o algunas más lesivas como consentir la realización de un tatuaje, y hasta acordar que se causen lesiones de mayor gravedad, como las que son producto de una intervención quirúrgica o la que pueden causarse en una pelea de

boxeo. **Justamente lo dificultoso es hasta qué grado y en qué situaciones.**

También puedo aseverar, que no existiría -hasta el momento- opinión doctrinaria o jurisprudencial igualmente consolidada respecto a la posibilidad de disponer de la vida de una forma similar, es decir: que el titular del bien jurídico pueda consentir que la acción de un tercero le produzca la muerte (o agote el bien jurídico vida que sería lo mismo). En ese sentido el autor que cita el recurrente remarca, en la misma obra, las diversas opiniones y trabajos que se han desarrollado sobre la temática de muerte digna consentida o eutanasia (pág. 503 nota 109).

Desde este entendimiento, hay algunas precisiones que deben efectuarse para arribar a la solución que considero corresponder. Muchos de los ejemplos que pueden encontrarse cuando se aborda el tema del consentimiento en las lesiones, son supuestos de acciones que producen un resultado que no es estrictamente disvalioso, dado que en muchos casos resulta beneficioso (o aportan algún beneficio) para el titular del bien jurídico que se lesiona. Así acciones o resultados tolerados o fomentados por la sociedad, como puede ser el caso de los tatuajes, las intervenciones quirúrgicas o las causadas por participar en actividades deportivas, como el boxeo (sin pasar los límites del reglamento).

Es decir que las posibilidades de disponer del bien jurídico por parte de su titular se relaciona -en algún punto- con intereses generales de la sociedad en preservar ciertos bienes jurídicos, y en determinadas ocasiones aún contra el consentimiento prestado por el titular. También entra en juego la necesidad o interés de preservar determinados bienes de una posible lesión, cuando no fuera causada en el marco de una actividad que se considere fomentada o tolerada por la sociedad; son ejemplos de ocasiones en que podría limitarse la libertad del titular del bien jurídico en la forma o el contexto en el que puede disponer de él.

En esa línea de pensamiento deben evaluarse las lesiones graves causadas a la víctima de autos en el marco de una pelea callejera, en la que los dos involucrados habrían accedido a participar. Así, es importante tener en cuenta que

-de acuerdo a lo que surge de los elementos de convicción- aquí se habría consentido un curso de acción que podía ser dañino o peligroso para diferentes bienes jurídicos (léase propiedad, integridad física e incluso para la vida de los intervinientes), en un contexto de violencia física, sin reglas; y sin ningún tercero que cumpla alguna función de control y con la ausencia de medidas de seguridad que pudieran evitar que la entidad del resultado excediera la voluntad de los participantes.

Es justamente a la luz de esta última posibilidad, que podría -razonablemente- llegar a hipotetizarse que las agresiones podrían haber concluído en la muerte de uno de los participantes en el devenir de la pelea; en ese contexto y con esa posibilidad es que considero que debe analizarse la cuestión y así concluyo que, en estas condiciones, no puede existir consentimiento previo que excluya la tipicidad de la conducta que causara las lesiones (sean estas leves, graves o gravísimas).

Si se sostiene que en nuestro orden jurídico no puede prestarse eficazmente el consentimiento para la pérdida de la vida en el contexto de una pelea callejera, tampoco podría prestarse el acuerdo a un curso de acción que eventualmente pudiera causar la muerte en ese mismo contexto, aunque su resultado concreto sean sólo lesiones (Claus Roxin Derecho Penal Parte general, Tomo I, Civitas, 1997, pag. 530).

Debe agregarse que los acuerdos entre personas para solucionar sus conflictos a través de la violencia en peleas callejeras, no son tolerados ni fomentados por el derecho, no pudiendo afirmarse (de una manera ligera) que la existencia de la aquiescencia elimine la tipicidad de la conducta de aquél que causa lesiones a otro. Existen inclusive reglas específicas sobre la ilicitud de este tipo de formas de solucionar conflictos (por medio de la violencia) entre las personas, como son -si bien poco contemporáneas- aquellas normas que prohíben el duelo, donde incluso se sanciona a quienes participen en él, aún sin que se infiera lesión a alguno de los participantes (arts. 97 inc. 1 y 98 inc. 3 del Código Penal).

En lo que respecta al resultado, y en el mismo sentido que vengo proponiendo, aclaro que si bien desde la posición que sostengo el orden jurídico no permitiría acuerdos previos como el que propone el recurrente, sí se prevé otra solución para aquellos casos en que la entidad sea escasa; así en el caso de leves se deja en manos de quien es la víctima la posibilidad de instar o no la acción penal, salvo cuando medien razones de seguridad o interés público. Y esa oportunidad no se le otorga al titular del bien jurídico en caso de que las lesiones sean graves o gravísimas, como es el caso de autos, todo lo que confirma mi sentir en el sentido del sufragio que vengo proponiendo.

De alguna manera esa solución que toma el legislador nacional para determinar de acción pública los casos de lesiones graves y gravísimas, demuestra también el interés social (y estatal) en los hechos en los que se producen las mismas, y más allá de la exclusiva voluntad del titular del bien jurídico.

Por lo expuesto, considero que se encuentra acreditado -con el grado de probabilidad requerido en esta etapa procesal- que el imputado Junca causó dolosamente las lesiones graves por las que se lo acusa, sin que el contexto en el que se habrían provocado influya sobre la tipicidad de la conducta (ni en este momento en la antijuridicidad); por lo que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DIJO:** Adhiero al voto del doctor **Soumoulou**, sufragando en el mismo sentido, compartiendo los fundamentos expuestos.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución recurrida de fs. 138/142vta..

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO:** Adhiero al voto del doctor **Soumoulou**, sufragando en el mismo sentido.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DIJO:** Adhiero al voto

**del doctor Soumoulou, sufragando en el mismo sentido.**

**Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.**

### **RESOLUCION**

Bahía Blanca, junio        24 de 2013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, este **TRIBUNAL RESUELVE**: rechazar el recurso de apelación interpuesto por el doctor Martín D. Daich a fs. 153/156 y, en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 138/142vta., por la que no se hizo lugar al sobreseimiento solicitado en favor del imputado D. O. J., en el delito de lesiones graves - art. 90 del C.P- que se le imputa (art. 157 del C.P.P.) y, en consecuencia elevar la presente causa a juicio.

Notificar. Fecho, devuélvase a la instancia de origen.