

# LOS TIPOS PENALES DE HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA: DEBATE SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

por **Fernanda E. Mendaña\***

## **I. Introducción**

A lo largo de este trabajo, procuraré abordar algunas cuestiones problemáticas que presenta la actual redacción, y consecuente aplicación, de las figuras penales consagradas en los artículos 95 y 96 del Código Penal, que acuñan los tipos penales del homicidio y las lesiones en riña.

Como una primera aproximación a ello, debo destacar entonces, que por “riña” se entiende el *súbito acometimiento de hecho y recíproco que se ejerce por lo menos entre tres personas*, mientras que por “agresión” suele entenderse *el acometimiento de muchos contra uno que se limita a defenderse en forma pasiva*.<sup>1</sup>

Si bien hasta la actualidad, la Corte Suprema como intérprete final de la Carta Magna, no se había pronunciado sobre los reparos de índole constitucional que se han dirigido desde antaño a la estructura de los aludidos tipos penales, ello cambió a partir del caso “*Antiñir*”<sup>2</sup>, resuelto el 4 de julio de 2006, en el que la Corte se expidió sobre este tema tan controvertido.

No obstante, el fallo de la Corte Suprema ha dejado más “sombras” que “luces”, pues se advierten matices y contradicciones que patentizan las dificultades que ofrece el tema y, además, porque el criterio de la mayoría exhibe ciertas debilidades llamativas.

Es por ello que considero que la sentencia no cierra la discusión, sino que aporta argumentos y criterios para inaugurar un debate vigoroso y enriquecedor sobre la estructura de estos tipos penales y las consecuencias jurídicas de su aplicación en el marco de un proceso penal. Tanto así, pues los enfoques que han de tenerse en cuenta, se conectan con la

---

\* Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A. Colaboradora en la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, cátedra del Dr. Hendler, comisión a cargo de la Dra. Alliaud (U.B.A.). Actual relatora de la Defensoría Oficial N° 4 en lo Penal, Contravencional y Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. (fmendana@jusbaire.gov.ar)

<sup>1</sup> D’ALESSIO, Andrés, *Código Penal. Comentado y anotado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 68.

<sup>2</sup> “*Antiñir*, Omar Manuel, Antiñir, Néstor Isidro, Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña en concurso real” (CSJN, A. 2450. XXXXVIII, resuelta el 4 de julio de 2006).

misión que corresponde al derecho penal en un Estado democrático de derecho y a la operatividad del sistema de garantías penales y procesales.

Este trabajo tiene en miras aportar a esa necesaria discusión.

## **II. El caso “Antiñir” como fruto de nuevas reflexiones**

En el caso “*Antiñir*”, a partir de una votación dividida y por demás cuestionada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la constitucionalidad de los delitos de homicidio y lesiones en riña, lo cual sirvió para poner dichas figuras penales nuevamente bajo la lupa, en el entendimiento de que aquéllas resultan violatorias de principios y garantías de raigambre constitucional.

### **II.1. Antecedentes**

La Cámara Segunda del Crimen de Neuquén rechazó el planteo de inconstitucionalidad de las figuras contenidas en los artículos 95 y 96 del Código Penal, que fuera efectuado por la defensa de los señores Omar Manuel Antiñir y Miguel Alex Parra, y los condenó a la pena de tres años de prisión, de ejecución condicional, por considerarlos coautores de los delitos de homicidio en riña en concurso real con lesiones leves en riña. Asimismo, impuso una pena de dos años y seis meses de prisión, de ejecución condicional, a Néstor Isidro Antiñir, tras considerarlo coautor del delito de homicidio en riña. Para así resolver, el tribunal del juicio tuvo por probada la participación de los nombrados en una reyerta, junto al menos cinco personas más, en la que se habría utilizado armas de fuego, elementos contundentes, puños y puntapiés.

Contra la sentencia, la defensa dedujo recurso de casación, reeditando el planteo de inconstitucionalidad del tipo penal atribuido. La impugnación se sustanció ante el Tribunal Superior de Neuquén, el que descartó los agravios, arguyendo que las figuras en cuestión resultan constitucionalmente válidas, sobre la base de considerar que la particular estructura normativa de los arts. 95 y 96 del Código Penal no conculca principios constitucionales ya que una de las exigencias típicas de estas figuras consiste, precisamente, en haber ejercido violencia sobre la persona del ofendido. A su vez agregó que, para que se pueda imputar a un sujeto, válidamente, estos delitos, no será suficiente que haya participado en la riña ejerciendo violencia sobre la víctima sino que, además, esas violencias deben guardar alguna *relación causal general* con el resultado.

Sostuvo el Tribunal que las exigencias del tipo para los autores son las siguientes: a) que intervengan directamente en la riña; b) que ejerzan violencia sobre la persona del ofendido y; c) que esas vías de hecho, en alguna medida, hayan tenido cierta idoneidad causal general en relación con el resultado. Dicho en otras palabras: lo que no se sabe con precisión es quién (o quiénes) de los protagonistas causó tal o cual golpe que (aisladamente considerado o en su valoración conjunta) en definitiva produjo el deceso. Al respecto, señaló el Tribunal, que ello no quiere decir que la ley haya presumido que, por la mera intervención (en la riña) y sin que conste quien ejerció violencia o si esa violencia guardó relación causal general con el resultado, se pueda llegar a una condena.

## **II.2. Resolución y doctrina de la Corte**

Frente a tal decisión, la defensa dedujo recurso extraordinario federal, fundado en que se había invocado la inconstitucionalidad de una ley nacional de derecho común, resultando de aplicación el art. 14 de la ley 48. El más Alto Tribunal, admitió la vía extraordinaria y se pronunció sobre el fondo de la cuestión, declarando la constitucionalidad de las normas bajo estudio. La posición mayoritaria fue sostenida por los Dres. PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, LORENZETTI, ZAFFARONI y ARGIBAY, aunque estos dos últimos con votos propios, mientras que el Dr. FAYT, en disidencia, se expidió por la inconstitucionalidad.

La mayoría, si bien en un principio expresó que “*la formulación de la ley (“se tendrá por autores”) da pie a cuestionar su legitimidad constitucional*”<sup>3</sup>, pues consagraría una “presunción de culpabilidad” y una regla que lesiona la “presunción de inocencia”<sup>4</sup>, luego proporcionó distintas razones para apoyar su decisión de rechazar el planteo de inconstitucionalidad deducido.

En tal sentido se destacan los siguientes argumentos:

a) Que en la sentencia recurrida se “*restringió considerablemente la aplicabilidad de la norma, al someterla a exigencias mucho más estrictas que las que prima facie podrían derivar del tenor del texto legal*”. No existiría “*presunción de autoría*”, pues “*se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó “ejercer violencia” en el contexto de una riña, y que tal conducta resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso*”. Esto significaría que el tipo penal

---

<sup>3</sup> Véase apartado 5° del voto mayoritario.

<sup>4</sup> Véase apartado 5° y 6° del voto mayoritario.

*“fue interpretado, razonablemente, como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada (y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado”<sup>5</sup>;*

b) Que el texto legal sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendido *“como una autorización a los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una ‘pena de sospecha’, vedada por el art. 18 de la Constitución”<sup>6</sup>;*

c) Que *“la referencia de la norma a la falta de constancia de quién causó el resultado no puede ser interpretada como un elemento de la tipicidad (carácter tumultuario de la riña) que desaparece cuando sí se pueden determinar los actos particulares, pues ello significa extender la punibilidad si bien en menor grado como consecuencia de lo que, en definitiva, se quiso pero no se pudo probar, y de este modo, eludir la consecuencia de una absolucón por duda”*. Con cita del dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores, expresó que el *“el art. 95 no debe ser entendido como una disposición que viola el principio de inocencia (in dubio pro reo) de tal modo de sancionar a algunos que hicieron algo’, porque no está probado quién fue el responsable de lo más grave’, sino que, aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave, todos los demás que hubieren ejercido violencia deben responder con la estructura de un homicidio preterintencional o lesiones que terminaron más graves de lo que era la violencia misma ejercida con dolo, por tanto, también preterintencional...”<sup>7</sup>.*

También el Juez ZAFFARONI se introdujo en la cuestión aceptando que si la imputación por la mera causación es inadmisibile en el estado actual de la ciencia jurídico-penal, *“mucho menos puede tolerarse un tipo penal que ni siquiera exija la prueba de la causación”<sup>8</sup>*. Sin embargo, luego contradijo buena parte de tal entendimiento en función de las siguientes consideraciones:

a) Que si bien la doctrina nacional sostiene que se trata de *“homicidio y lesiones en riña y no de riña con resultado de homicidio y lesiones”*, a diferencia de lo que acontece en el derecho alemán, *“cabe pensar que el texto argentino no despreció totalmente el modelo*

---

<sup>5</sup> Véase apartado 6° del voto mayoritario.

<sup>6</sup> Véase apartado 8° del voto mayoritario.

<sup>7</sup> Dictamen por el que se proponía la aprobación del proyecto de ley sobre "Régimen de la responsabilidad penal por imprudencia e imputabilidad disminuida" (conf. orden del día N° 1187, sesiones ordinarias de 1997, p. 4057)

<sup>8</sup> Apartado 6° de su voto.

alemán, desde que no se refirió sólo a la riña sino que, siguiendo precisamente ese modelo, incluyó también a la Angriff, o sea, a la agresión”<sup>9</sup>;

b) Que el requisito de que no consten el autor o autores, no es una mera cuestión procesal, sino de fondo. Y aclaró: “en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es fácticamente imposible establecerla. Cuando esa autoría conste, rigen las reglas de la autoría y de la participación [...] No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material”<sup>10</sup>;

c) Que toda riña o agresión importa un peligro para la vida o la integridad física de las personas. La ley argentina, no obstante, no quiso crear un delito de peligro, sino sólo sancionar a los que incurren en conductas más peligrosas cuando ese peligro se concreta en una lesión: “...la conducta peligrosa es la participación en una riña o agresión ejerciendo violencia sobre una persona, y el peligro se concreta en la muerte o lesión de la persona...”. Aclarando que, “...si alguna presunción juris existiese, sería la de que en el tumulto no se puede establecer participación conforme a las reglas generales, lo que tampoco es una verdadera presunción, sino el resultado de la experiencia común de los hechos...”<sup>11</sup>.

El Juez FAYT, en disidencia, entendió que “...el principio de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) como corolario del de legalidad y el de presunción de inocencia consagrados en nuestra Constitución Nacional, se erigen como garantías básicas [...] del individuo frente al poder penal del Estado.”<sup>12</sup>. En tal sentido indicó que “no es posible al menos, sin menoscabar un sistema respetuoso de las garantías del derecho penal, justificar una condena sobre la base de que el resultado guarde “alguna” o “cierta” relación con la violencia ejercida.”

Toda vez que la relación causal aludida no puede servir de base a una presunción de responsabilidad penal que es manifiestamente objetiva, y por ende, repudiada por nuestro ordenamiento constitucional, en opinión del Dr. FAYT el tribunal provincial debió recurrir a la noción inconsistente de la “relación causal general”, lo que pone a las claras la imposibilidad

---

<sup>9</sup> Apartado 11° de su voto.

<sup>10</sup> Apartado 13° de su voto.

<sup>11</sup> Apartado 15° de su voto. En ese análisis, sostiene el magistrado que “...no se pone a su cargo el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro que llevaría la prohibición demasiado lejos e incluso invadiría terreno legislativo reservado a las provincias (como sería el caso de un tipo que penase la sola participación en riña tumultuaria), es abarcada por un tipo que sólo abarca la participación en riña tumultuaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña.”<sup>11</sup> (Apartado 16° de su voto).

<sup>12</sup> Apartado 5° de su voto.

de motivarse en los elementos "relación causal"/ "imputación objetiva", derechamente<sup>13</sup>. Dijo al respecto, que la preterintención no puede emplearse para suplir la necesidad de la demostración de relación causal/imputación objetiva, pues "al no ser irrelevante la circunstancia de que no conste quién causó efectivamente las lesiones o la muerte, la previsibilidad no puede ser el justificativo de la imputación y, es claro, entonces, que la punibilidad según el diseño legal se basa exclusivamente en la mera sospecha de haber causado el resultado..."<sup>14</sup>.

Siguiendo con su análisis, el magistrado expresó que "...si se considerara que el a quo interpretó a la figura como delito preterintencional, [...] es claro que dicha interpretación, por un lado, importa una inadmisibile laxitud del concepto de creación del riesgo, y por el otro, se trata solo de un intento de lege ferenda, en tanto no se condice en modo alguno con la estructura del tipo penal en la que la punición desaparece cuando se individualiza a quienes causaron la muerte o las lesiones. Es por ello que los tipos penales en cuestión no son más que un inadmisibile salvoconducto para solucionar un problema netamente probatorio..."<sup>15</sup>.

Y agregó que resulta intolerable un tipo penal, aun cuando en apariencia más benigno, en el que no se exija la prueba de la causación, es decir sin que pueda saberse si la persona a quien se castiga ha "...sido o no la causante del resultado exigido por el tipo..."<sup>16</sup> Por lo demás, observó que se produce una manifiesta afectación al principio de inocencia y, como decía MONTESQUIEU, "...cuando la inocencia no está asegurada, la libertad no existe..."<sup>17</sup>. Razones ellas que lo llevaron a concluir que las figuras penales previstas en los arts. 95 y 96 del Código Penal vulneran fundamentalmente los principios de inocencia y de responsabilidad penal personal o de culpabilidad por el hecho propio como corolario del de legalidad, amparados por nuestra Constitución con especial vigor<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Apartado 9° de su voto.

<sup>14</sup> Citando a QUINTANO RIPOLLÉS concluye que, en nuestro sistema, en lugar de optar "...por el sometimiento a las reglas generales de la participación y de la prueba, y en caso de no poderse precisar el verdadero autor absolver a los partícipes o castigarlos por los actos cuya ejecución se probare, bien configurando el tipo en la forma germano-italiana de penar la mera participación en reyertas, independientemente de las muertes o lesiones que resultaren y que se imputarían a los acreditados culpables de ellas..." se termina creando artificiosamente una ficción de autoría. (Apartado 10° de su voto)

<sup>15</sup> Apartado 10° de su voto.

<sup>16</sup> Apartado 13° de su voto. En suma, indicó que: "...se trata de disposiciones claramente "censurable(s), puesto que fundamentar criterios sobre meras presunciones es reprobable en materia penal, y ello conduce [como intentó demostrarse] a soluciones a todas luces injustas" en tanto se trata de un privilegio "para el verdadero autor ignoto, pero injusto perjuicio para el que no lo fue y responde tan sólo por desconocerse aquél..." (Apartado 17° de su voto).

<sup>17</sup> Apartado 17° de su voto.

<sup>18</sup> Apartado 18° de su voto.

### **III. Origen y evolución legislativa de los tipos penales**

Estimo de utilidad hacer una rápida revisión sobre los antecedentes y el origen de las normas penales que analizamos, pues ello contribuye al análisis de la estructura del tipo vigente y permite apreciar su conflictividad.

1. Proyecto Tejedor de 1867. Nuestra legislación penal recepta la tipificación de la riña con consecuencias lesivas o letales desde el código de Tejedor, que preveía en el art. 9 que *“si entre las heridas que se verifiquen en la víctima unas resultan mortales y otras no, los autores de estas últimas serán castigados según la naturaleza y gravedad de las heridas causadas por ellos, conforme a las disposiciones especiales relativas a las lesiones. Si no existe certidumbre completa a este respecto, todos serán sancionados según las mismas disposiciones, absolviéndolos de la instancia en lo que concierne a las heridas que dieron la muerte”*.

2. Proyecto de 1881. Este proyecto, por su parte, propuso en su art. 200 que: *“Cuando en un riña en que toman parte más de dos personas resultasen uno o más muertos o heridos, se aplicará a los autores conocidos la pena que corresponda al hecho propio que les fuera probado, siempre que esa pena sea mayor que la designada para la complicidad de los hechos cometidos, y en cuyo carácter quedan todos los que hubiesen constituido la agresión colectiva...”*.

3. Código Penal de 1886. En su artículo 98, siguiendo los lineamientos del Proyecto Tejedor, estableció que *“cuando en riña o pelea resultaren uno o más muertos, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Si constase quien o quienes dieron la muerte, sólo él o ellos serán castigados como homicidas; y como cómplices los otros que estuvieren de su parte; 2. Si la muerte se produjese por el numero de las heridas no siendo mortal alguna de ellas, todos los autores de las heridas serán castigados como homicidas con el mínimun de la pena señalada para este delito; 3. Si no constase quién o quiénes infirieron las heridas, todos serán castigados con prisión de uno a tres años”*. La ley 4189 introdujo modificaciones en tanto dispuso que *“cuando en riña, pelea o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte, o lesiones [...], sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido...”*.

4. Proyecto de 1891. En la exposición de motivos se criticó el art. 98 del C.P. vigente, considerando que: *“es injusto que en este caso, en que se aplica pena según una mera presunción juris, sean reprimidos todos los que tomaron parte en la riña. Bastará presumir*

autores de la lesión o muerte a los que ejercieron violencias o estuvieron en contra del ofendido...”.<sup>19</sup> A su vez, trató la cuestión en el art. 125, en cuanto estableció: “Cuando en riña, pelea o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 121 y 122, sin que constaren quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se les aplicará la pena de uno a cuatro años de penitenciaría. Si las lesiones fueren las del art. 120, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de penitenciaría”.

5. Proyecto de 1906. Su redacción se asimila a la actual; sólo modificó la penalidad, imponiendo prisión en vez de penitenciaría y separó en el art. 96 el caso de las lesiones leves. “Vemos entonces que la redacción actual proviene de la concebida por el Proyecto de 1906; que, en su momento, había seguido los pasos de los Códigos españoles de 1850 y de 1870...”.

6. Proyecto de 1937. Trató por separado al homicidio de las lesiones, en los arts. 119 y 132 respectivamente, y se limitó a establecer la sanción para cada caso sin realizar una presunción de autoría.

7. Proyecto de 1941. Tomó como modelo al español y en su art. 116 propició que se sancionara con privación de libertad de uno a seis años a los que hubiesen causado lesiones graves en el marco de la riña o agresión si resultare la muerte, y con la misma pena, a aquellos que hubiesen ejercido violencia sobre la víctima si no constare quiénes le causaron dichas lesiones.

8. Proyecto de 1951. Se inspiró, en cambio, en el modelo italiano, concibiendo a la riña como figura autónoma y con pena de multa, salvo en los casos de muerte o heridas en que se sancionaba con pena de prisión (art. 193)<sup>20</sup>.

9. Proyecto de 1960: Definió a la riña como un “...acontecimiento recíproco y tumultuario en que intervienen tres o más personas...”, tipificando así, a la participación en riña como un *delito de peligro*<sup>21</sup> (en el que se equiparó a su vez la participación con armas con

---

<sup>19</sup> Citado por MORENO, Rodolfo, “El Código Penal y sus antecedentes”, T. IV, Ed. Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 59.

<sup>20</sup> “El Código italiano vigente, en su art. 588, reprime la simple participación en una riña con multa. [...] En caso de producirse el resultado de muerte o lesiones, se pena por la sola participación en la riña, tanto si ocurriere en su curso como inmediatamente después, o como consecuencia.” (TERÁN LOMAS, Roberto, A., M., *Derecho Penal. Parte especial.*, T. 3, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, p.249.)

<sup>21</sup> Los delitos de peligro, por su parte, han dado lugar a serias críticas doctrinarias cuyo reflejo se observa a lo largo de la jurisprudencia. Al respecto, señala Zaffaroni que “La multiplicación de los tipos de peligro abstracto llamó poderosamente la atención de la doctrina sobre ellos. Para caracterizarlos se apela a dos criterios: para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure*; para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. [...] Por consiguiente, el

el ejercicio de la violencia física), con aplicación de una pena menor de hasta tres meses y una agravante en caso de producirse la muerte.<sup>22</sup>

10. Anteproyecto de reforma del C.P. de 2004.<sup>23</sup> Trató la cuestión en el art. 108 con idéntica redacción a la actual, con una única diferencia que reside en la pena, estableciendo días multa para el caso que resulten de la riña lesiones leves.

El análisis de la evolución legislativa permite destacar, como aspectos salientes, los siguientes: a) el antecedente más antiguo (el Código Tejedor), tenía una redacción que respetaba mejor el carácter personal de la responsabilidad penal, al menos en lo que atañe al resultado muerte; b) la presunción de autoría aparece ya en el Código de 1886 y con un sentido amplísimo (“todos los que estuvieron en contra del herido”), que luego se morigera en la ley n° 4189, al adoptarse como pauta el ejercicio de violencia sobre el ofendido, que luego adopta el Código vigente; y, c) los proyectos posteriores no aportaron cambios significativos, aunque en los proyectos de 1951 y 1960, se concibió a la riña como delito autónomo y la participación en ella como delito de peligro.

#### **IV. Los límites al *ius puniendi* en un Estado de Derecho**

El derecho penal en un estado democrático de derecho debe cumplir con una misión de protección de los ciudadanos. Como afirma MIR PUIG, por ende, la función de prevención que debe cumplir el derecho penal está conectada en la medida y “sólo en la medida” en que resulte necesaria para aquella protección<sup>24</sup>.

El delito de homicidio y lesiones en riña ha generado, desde su consagración, innumerables debates no sólo en el plano doctrinario sino también en la jurisprudencia, por cuanto se caracteriza por un contexto en el que las acciones se desarrollan de manera confusa,

---

*análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado ex ante, y por peligro concreto el que existió valorado ex post, no es satisfactorio, dado que en cierto sentido todo peligro es abstracto ex ante y es concreto ex post. Por ello, todos los peligros deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico...”. (ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General.*, 2º ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 491/2.)*

<sup>22</sup> Véase lo expresado por Soler en su nota al art. 136 del Proyecto de 1960, en cuanto señaló que: “Desde luego suprimimos la referencia a agresión, que tanto complica el sentido del artículo. Si una acción puede ser calificada como agresión de varios contra uno, entrarán en juego los principios comunes de la participación con respecto a los resultados que la acción conjunta produzca.” Citado por CHIAPPINI, Julio, “Los delitos de homicidio y lesiones en riña (arts. 95 y 96, Código Penal)”, publicado en: *La Ley*, T. 1985-E, p. 921.

<sup>23</sup> Para ampliar, puede consultarse: A.A.P.D.P, Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007.

<sup>24</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. B de F Lta., Montevideo, 2004, p. 104.

no permitiendo que pueda determinarse con certeza quién o quiénes han sido los autores de la muerte o la lesión. En este sentido, “...*toda la doctrina coincide en que se protege la vida o integridad psicofísica, por lo que es aplicable todo lo dicho al tratar este bien jurídico penal (comienzo y fin de la vida, concepto de persona, concepto de lesión, etcétera).*”<sup>25</sup> Esto, a su vez, ha dado lugar a críticas con relación a las penas a aplicar en el caso concreto, deviniendo éstas desproporcionadas para aquellos casos en que la muerte se produjere por varias lesiones leves individuales, que de ser consideradas en forma individual, no habrían podido producir el resultado muerte.

Al respecto, señala DONNA, con cita de BINDING, que “...*para resolver estas dificultades se ofrecen dos vías: una, la de castigar la mera participación en la riña de donde resulte muerte como delito autónomo; otra, la de operar con presunciones de causación de la muerte producida en la riña.*”<sup>26</sup>

En este orden de ideas, intentaré analizar la decisión de política criminal plasmada en la ley argentina y la decisión de la Corte Suprema, considerando aquel límite de carácter general y también al conjunto de principios que procuran restringir la reacción penal y el uso de la violencia estatal. Entre ellos se destacan el principio de legalidad, el de materialidad de la acción, el de culpabilidad y la presunción de inocencia. En este apartado se pretende analizar la doctrina de la Corte a la luz de tales principios.

#### **IV.1. La función limitante del principio de legalidad**

Tradicionalmente, se ha entendido que este principio se encuentra contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma de 1994, con el nuevo bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 C.N.), comprende también a los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todo lo cual se complementa, asimismo, con el llamado principio de reserva del art. 19 de la Carta Magna.

Al respecto cabe destacar, que desde el punto de vista formal, la legalidad significa que “...*la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada,*

---

<sup>25</sup> BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 3, 2º ed., Ed. Hammurabi, 2010, p. 1073.

<sup>26</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial.*, T. I, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 185.

*conforme al procedimiento que establece la propia Constitución.*”<sup>27</sup>. Se trata pues de un principio “...contemplado en el ordenamiento jurídico positivo de la mayoría de los Estados, ya sea en la Constitución o en leyes penales, en tanto es considerado un corolario fundamental del Estado de derecho.”<sup>28</sup>

Como derivación de ello, se entiende, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, que este principio impone ciertos requisitos indispensables con los que debe cumplir la ley, como ser: *precisa, expresa, taxativa y previa*<sup>29</sup>.

La jurisprudencia nacional, ha reconocido estos alcances en numerosos precedentes. Así, en el caso “Musotto”<sup>30</sup>, la Corte señaló que “...el principio de legalidad en materia penal [...] exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y las penas a aplicar...”. A su vez, en el caso “Antúnez García”<sup>31</sup>, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal expresó que “...los tipos penales totalmente abiertos violan el principio de la certeza jurídica a través del principio de legalidad, preservado por el art. 18 de la Constitución Nacional...” y “...estas situaciones nos colocan frente a una verdadera represión de la peligrosidad predelictual, resabio del más acendrado positivismo jurídico”.

Por otra parte, la Corte Interamericana también ha sentado una doctrina coincidente a partir de la interpretación del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso “Lori Berenson Mejía c. Perú”<sup>32</sup>, entre otros. De igual modo, recientemente en el caso “Kimel vs. Argentina”<sup>33</sup>, estableció que cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, ya sea en sentido material o formal, siendo

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 112.

<sup>28</sup> BIGLIANI, Paola y COSTANZO, Mariano; *El olvido de la legalidad. Un análisis del principio de legalidad a través de la “inflación penal” y sus consecuencias*, en A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado.*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 315.

<sup>29</sup> Sostiene María A. GELLI que el principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no exclusivamente la descripción de la conducta típica en sentido estricto (GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada.*, 3º ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 222.) En igual sentido, con relación a los alcances del principio de legalidad, véase lo resuelto en “Mirás”, CSJN, Fallos: 287:76 y “Baena c. Panamá”, CIDH, sentencia del 2/2/2001.

<sup>30</sup> CSJN, Fallos: 310:1909.

<sup>31</sup> CNACC de la Capital Federal, Sala VI, caso “Antúnez García” (20/4/86). Véase al respecto, lo comentado por el Prof. Hernán Gullco en: GULLCO, Hernán, *Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia comentada.*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 88/95.

<sup>32</sup> CIDH, caso “Lori Berenson Mejía c. Perú”, sentencia del 25/11/2004. Allí señaló: “La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. (ap. 125). En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo...” (Apartado 126).

<sup>33</sup> CIDH, caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2/5/2008, apartado 63.

indispensable utilizar términos precisos que permitan acotar claramente la conducta punible y dotar de pleno sentido al principio de legalidad.

Puede observarse, conforme lo reseñado hasta aquí, que a lo largo de diversos esfuerzos jurisprudenciales, así como doctrinarios, se ha tratado la cuestión del principio de legalidad en base a dos funciones distintas y complementarias. Por un lado, una función de previsibilidad o advertencia previa, con lo que sirve de basamento del principio de confianza que alega; así lo planteó el T.E.D.H. en el caso “Kokkinakis vs. Grecia”<sup>34</sup> y lo recogió nuestra jurisprudencia en el caso “Tellez”<sup>35</sup>. Por otra parte, el principio de legalidad tiene la función de evitar que los jueces ejerzan funciones legislativas; en estos términos lo plasmó la C.I.D.H. en el caso “Kimel” -ya citado-, estableciendo que es el propio legislador quien debe definir los conceptos de la ley, ante lo que la jurisprudencia sólo cumplirá un rol integrador en los casos de duda, pero nunca podrá crear o definir el tipo penal de que se trate<sup>36</sup>.

Los alcances que actualmente se le asignan a este principio han sido comprendidos por el profesor FERRAJOLI bajo la expresión “legalidad estricta”, la que exige la máxima taxatividad legal y precisión empírica de las formulaciones legales. Con respecto al principio de *máxima taxatividad penal* ha expresado que: *“Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. [...] La primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena. La segunda condición comporta además el carácter absoluto de la reserva de ley penal, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas...”*<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> TEDH, caso “Kokkinakis vs. Grecia”, sentencia del 25/5/1993.

<sup>35</sup> CSJN, *Fallos*: 308:552. Al respecto, puede leerse también el voto en disidencia del Juez Barra, en el precedente “Albornoz”, CSJN, *Fallos*: 315:276, con relación a si los cambios jurisprudenciales pueden afectar al principio de legalidad. Allí el magistrado arguyó que “...esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad.” (v. consid. 6°).

<sup>36</sup> Véase también el voto del Juez Frankfurter en el caso “West Virginia State Board of Education v. Barnett” del Tribunal Supremo de los E.E.U.U. (1943), en cuanto afirmó: “...quedará fuera de nuestras atribuciones reescribir la ley”.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 34/5.

Considero que en el caso “Antiñir” aparece una clara afectación de este principio, que se hace patente en los propios votos de la mayoría, especialmente en el de ZAFFARONI, pues plantea que si bien la doctrina nacional sostiene que se trata de “*homicidio y lesiones en riña y no de riña con resultado de homicidio y lesiones*”, a diferencia de lo que acontece en el derecho alemán, “...*cabe pensar que el texto argentino no despreció totalmente el modelo alemán, desde que no se refirió sólo a la riña sino que, siguiendo precisamente ese modelo, incluyó también a la Angriff, o sea, a la agresión.*”. Es decir que, en lugar de asumir que la textura de la norma es inconciliable con los principios y presupuestos constitucionales, se toma como pauta, para alterar el sentido del tipo, una fuente o normativa de molde absolutamente diferente.

Por otra parte, aunque la mayoría sostenga que el fallo del Tribunal Superior de Neuquén ha “restringido” la aplicación de la norma, lo que no admite es que, aun limitada, sigue siendo una atribución de responsabilidad penal que va mucho más allá de la acción efectivamente probada. En efecto, se termina reprochando un resultado (la muerte), cuya producción se verifica en los hechos pero sin saber quién lo causó, y sobre la precaria idea de que “generalmente” la acción resulta idónea para causar el resultado muerte o lesiones, según el caso.

#### **IV.2. El principio de materialidad de la acción, el nexo causal y la previsibilidad del resultado.**

Conforme a este principio, sostiene FERRAJOLI, que “...*ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción.*”<sup>38</sup>, es que la materialidad o exterioridad constituye un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado. Por tanto queda excluida del nexo causal “toda forma de responsabilidad objetiva ‘por hechos de otro’ o ‘por caso fortuito’, supuestos que constituyen hipótesis de ausencia de acción más que de culpa.

El fallo refleja cómo la mayoría de la Corte se aferra a la idea expuesta por el Tribunal Superior provincial, en cuanto reconoce que la conducta permite apreciar una *relación causal general* con el resultado muerte, lo que representa sólo una afirmación dogmática, en tanto no se trata de una probabilidad verificada sino de un eventual curso causal hipotético.

---

<sup>38</sup> *Ídem*, p. 480.

Del mismo modo, no se puede sostener, como pretende la Corte en el voto mayoritario, que existe en el caso un *riesgo previsible de producción del resultado*, pues este razonamiento conectado con el elemento subjetivo (dolo o culpa) supone previamente que en el plano de la objetividad se acredite la causalidad que reclama el reproche penal. En este sentido, la crítica de Fayt es certera, especialmente cuando afirma que el criterio jurídico consagrado en los delitos preterintencionales no resulta equiparable, pues en éstos no se discute la causación material del resultado sino el vínculo subjetivo de éste con el autor.

En efecto, creo que es absolutamente inadmisibles que, sin saber real y concretamente cuál ha sido la contribución del agente con el resultado, toda vez que la figura penal en cuestión parte de este presupuesto, pueda afirmarse que la conducta realizada (ejercer violencia sobre el ofendido, sin importar la intensidad) represente la producción de un riesgo idóneo y que el agente, en tal sentido, haya podido prever el resultado. No es más que una manifestación del decisionismo más censurable, dado por el “...carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la irrogación de la pena”<sup>39</sup>. El decisionismo es, para FERRAJOLI, “...el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas...”; que “se manifiesta en el carácter subjetivo del juicio, que, en ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado en valoraciones, diagnósticos y sospechas subjetivas antes que en pruebas del hecho.”<sup>40</sup>.

#### **IV.3 La “ficción de autoría” y el desconocimiento del principio de culpabilidad.**

El principio de culpabilidad, paradójicamente, es para ZAFFARONI “...el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo intersubjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante.”<sup>41</sup>. Como derivación de este principio, debe excluirse de cualquier imputación los resultados accidentales o no previsibles y la exclusión de la punibilidad cuando el sujeto no ha podido conocer y comprender la conminación legal. También sostiene ZAFFARONI que

---

<sup>39</sup> *Ídem*, p. 43.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, *Op. Cit.*, p. 139.

“...dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional e internacional, cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*.”<sup>42</sup>

Debe tenerse presente que el principio de culpabilidad ha sido tratado en la jurisprudencia en numerosas oportunidades, y por la Corte Suprema de la Nación recientemente, en el caso “Gramajo”<sup>43</sup>, ocasión en la que hizo hincapié en que dicho principio supone, como requisito ineludible para la aplicación de una sanción, la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente. De igual modo, en cuanto al alcance del principio, en el caso “Tejerina”<sup>44</sup>, el Juez Maqueda hizo referencia a que la Constitución Nacional impuso desde antaño un derecho penal de acto que presupone una concreta posibilidad de reproche, descartando toda forma de reproche a la personalidad del agente. Esto nos permite concluir que el principio de culpabilidad, como uno de los principios fundamentales que rigen en el derecho penal, “...ha permitido afirmar que no debe ser castigado quien actúa sin culpabilidad como en los supuestos de responsabilidad por el resultado.”<sup>45</sup>

Para el propio ZAFFARONI, la violación “más grosera” de este principio, en el primer nivel, se da en lo que se ha entendido como el *versari in re ilícita*, que significa que *quien quiso la causa quiso el efecto*. Y agrega “...que se trata de una máxima anacrónica, pero que ha tenido singular éxito y que aún hoy se filtra en criterios jurisprudenciales y doctrinarios, tanto como en la ley misma.”<sup>46</sup>

Es en este contexto que estimo que la redacción del artículo 95 del Código Penal consagra una grosera afectación al principio de culpabilidad, pues como ha reconocido la doctrina nacional, la disposición del mentado artículo requiere, en principio, una condición negativa, que se configura justamente con la **ausencia de conocimiento respecto de quién o quiénes son los autores del resultado lesivo**. Como destaca SOLER, dicha circunstancia trae aparejada el peligro de hacer responder, en carácter de autor, a personas que no lo sean realmente y que sólo se hayan limitado a ejercer violencia sobre la víctima (condición que la ley exige para

---

<sup>42</sup> *Ídem*, p. 141. A continuación, agrega, como segundo plano de análisis, la máxima *no hay pena sin exigibilidad*, con relación a que el autor debe poseer un ámbito de autodeterminación conforme a valores y reglas, por lo que “*Su desconocimiento importa negar la base del estado de derecho, porque vacía de todo sentido el principio democrático: la democracia sólo tiene sentido cuando se presupone que los seres humanos son entes capaces de decidir...*”.

<sup>43</sup> CSJN, Fallos: 329:3680.

<sup>44</sup> CSJN, Fallos: 331: 636. Voto en disidencia del Dr. Maqueda.

<sup>45</sup> RIGHI, Esteban, FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena.*, 1º ed., 1º reimpresión, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 65.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, *Op. Cit.*, p. 141.

imputar el resultado)<sup>47</sup>. Del mismo modo, NÚÑEZ entiende que la particularidad de este delito consiste en haber sido cometido en el contexto de una riña o agresión que, por ende, no permita individualizar al autor del resultado lesivo<sup>48</sup>. El precepto tiene una brutal claridad pues expresa que “...se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia...”, lo cual implica una clarísima presunción de autoría, que entra en conflicto con el más elemental principio que rige a la responsabilidad penal, que es el de culpabilidad. Ello implica que, frente a la imposibilidad de conocer con certeza al verdadero autor del resultado alcanzado en la riña o agresión, el legislador ha optado por no dejar impune el hecho y castigar a los presuntos autores con una pena de menor cuantía que la ordinaria.

Sin perjuicio de que nuestro Código Penal pueda ser más exigente que otros, toda vez que requiere que el ejercicio de violencia implique efectiva violencia física sobre la víctima, o incluso que la norma se aplique en forma restrictiva (según la Corte), lo cierto y concreto es que un simple autor de lesiones (incluso leves), puede resultar punible por el delito de homicidio en riña a título de *autor*. Al respecto, SOLER ya advertía del riesgo de condenar a quien no ha sobrepasado el límite mínimo establecido por la norma para ser captado por dicha presunción o “ficción” de autoría<sup>49</sup>.

Cuando se dice que el principio de culpabilidad excluye la responsabilidad objetiva, se hace referencia a que no está permitido atribuirle al autor aquéllas consecuencias que no aparezcan previstas en el plan de evitación de la norma (sea cual fuere la relación subjetiva que vincule al autor con la consecuencia arribada)<sup>50</sup>. En ese orden, DONNA señala que, si bien se ha intentado limitar la imputación (de estas figuras) únicamente a quienes hayan ejercido violencia sobre la víctima, ello no descarta que, bajo la presunción de autoría que se colige, pueda resultar responsable del resultado muerte aquél que, por ejemplo, en el medio de la lucha ejerció violencia insignificante, incapaz de producir la muerte<sup>51</sup>. Esta exigencia, originada con las teorías finalistas que acuñaron el concepto de culpabilidad en orden a eliminar la responsabilidad objetiva, se ve sin dudas afectada por la “ficción” de autoría a la que recurre la normativa mencionada, en tanto termina por confirmarse la concurrencia de un presupuesto típico sin que pueda, en los hechos, corroborarse su comisión. El hecho de que,

---

<sup>47</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 3, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 146/57.

<sup>48</sup> Concuera con lo referido por algunos miembros de la Corte Suprema en el caso “Antifiñir”. Véase: consid. 8° de la mayoría, críticas en el consid. 11° del Dr. Zaffaroni, y consid. 13° del Dr. Fayt.

<sup>49</sup> SOLER, *Op. Cit.*, ps. 153/4.

<sup>50</sup> YAPUR, Ariel, “La dudosa adecuación constitucional de las figuras de homicidio y lesiones en riña: a la vez un estudio sobre los alcances del principio de culpabilidad”, publicado en: *Jurisprudencia penal de la CSJN*, Dirección de PITLEVNIK, Leonardo, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 76.

<sup>51</sup> DONNA, *Op. Cit.*, p. 298.

tal como señala la doctrina, la pena a aplicar sea menor, no la convierte de ningún modo en admisible<sup>52</sup>.

Así, la génesis del delito de homicidio en riña parece apoyarse, principalmente, en la previsión de una sanción cuando se tiene sospechas de que un sujeto ha provocado un resultado disvalioso, pero no puede comprobarse su autoría con certeza en el caso concreto. Esto aparece en los comentarios doctrinarios de la época de sanción del código vigente y representaba el criterio dominante a fines del siglo XIX, el cual estimo no puede ser un criterio que se pueda defender en la actualidad.

En esa línea, sostenía GROIZARD que todos los códigos de Europa han considerado que “...lo esencial no debía ser, cuando el autor de la muerte es desconocido, procurar averiguar quién era o quiénes eran los autores de las lesiones graves para castigarlos especialmente, sino imponer una pena común a todos los que en poco o en mucho en la lucha hubieren tomado parte; teniendo en cuenta que, en más o en menos, es indudable que a la muerte ocurrida contribuyeron o ayudaron.”<sup>53</sup>. Es decir, ni más ni menos, que lo que se ha dado en denominar la “pena por sospecha” resulta inaceptable con nuestro desarrollo jurídico y con los parámetros fijados por nuestra Constitución.

Deviene importante señalar, en este punto, una diferencia sustancial, entre la doctrina sentada por la mayoría y la pretendida por el Juez ZAFFARONI en torno a la aplicación de la figura para los intervinientes en la riña cuando sea conocido el autor del resultado (muerte).

Por un lado, la mayoría, invocando la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores, dejó sentado que, de acreditarse quién o quiénes son los autores del resultado (muerte), “...todos los demás que hubieren ejercido violencia deben responder con la estructura de un homicidio preterintencional o lesiones que terminaron más graves de lo que era la violencia misma ejercida con dolo, por tanto, también

---

<sup>52</sup> Ello implica, por ende, que la pena no deba regirse únicamente por la utilidad pública que se espera de ella, sino que se limite a los márgenes establecidos por el principio de culpabilidad del autor. Véase al respecto, JAKOBS, Günther: “Culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales”, publicado en: Colección de estudios nº 27, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 12. Agrega el autor, seguidamente, que “Por ello, el Tribunal Constitucional Federal deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de derecho material, sino además específicamente de respetar la dignidad humana...”.

<sup>53</sup> GROIZARD, Alejandro, citado por JOFRE, Tomas, *El Código Penal de 1922*, Ed. Sociedad Abogados Editores, 1922, p. 196. El art. 420 del citado Código español de 1870 establecía: “Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente, hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de prisión correccional en sus grados medio y máximo.”

*preterintencional...*”.<sup>54</sup> Muy distinta fue la postura adoptada por el Juez ZAFFARONI al respecto, quien señaló que “*En efecto: en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es prácticamente imposible establecerla. Cuando esa autoría conste, rigen las reglas de la autoría y de la participación...*”.<sup>55</sup>

Consideramos que cabe razón al Juez FAYT, en tanto que, de conocerse a los autores de la muerte (quienes, indica: “*...no son necesariamente quienes causaron la "herida final"...*”), como lo planteara la nombrada Comisión, “*...la figura queda desvertebrada para el derecho argentino.*” Ello así, pues el homicidio en riña nace “*...sólo en el supuesto del desconocimiento no en el de ausencia o irresponsabilidad...*”<sup>56</sup>.

Discrepancias como la que se observa aquí, demuestran la fragilidad de la posición mayoritaria que queda plasmada en ese tema, y que da cuenta de una contradicción abismal con la postura sostenida por el Juez ZAFFARONI en su voto concurrente. A mi entender, la doctrina de la Corte, aunque de una manera más refinada, termina justificando la ficción de autoría que, como otras ficciones es, al decir de ALF ROSS, “*...una suposición conscientemente falsa...*”<sup>57</sup>. Coincido así con VAN APELDOORN, en cuanto a que “*...las ficciones, en la medida de lo posible, deben ser rechazadas del derecho...*”, pues el Derecho “*...cuya función es regular la vida real, no debe incorporar reglas que, con arreglo a su tenor, son contrarias a la realidad...*”<sup>58</sup>.

#### **IV.4 La prueba de los hechos. El principio de inocencia y el *onus probandi*.**

Más allá de los distintos significados y alcances que suele adjudicársele a la palabra “verdad” en el marco de los distintos sistemas procesales, y también en el ámbito de la filosofía, parto de la idea a la que refiere FERRAJOLI, en el sentido de diferenciar el *significado* (dimensión semántica) y los *criterios* de verdad (dimensión pragmática)<sup>59</sup>. Dice al respecto: “*Mientras la ‘correspondencia’ al menos en la definición de TARSKI, es el significado de la palabra verdad, la ‘coherencia’ y la ‘aceptabilidad justificada’ son en cambio criterios de (decisión de la) verdad. Precisamente, la coherencia es el criterio que impone considerar falsa a una proposición si está en contradicción con otra reputada verdadera o si es*

---

<sup>54</sup> Apartado 13° del voto mayoritario.

<sup>55</sup> Apartado 13° de su voto.

<sup>56</sup> Apartado 10° de su voto.

<sup>57</sup> ROSS, Alf, citado por MARÍ, Enrique, *La Teoría de las Ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 342.

<sup>58</sup> VAN APELDOORN, citado por MARÍ, *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>59</sup> Véase GUZMÁN, Nicolás, *La Verdad en el Proceso Penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 64.

*derivable de ella otra reputada falsa y considerarla verdadera si se deriva de otra reputada verdadera o si está en contradicción con otra reputada falsa; la aceptabilidad justificada es el criterio que permite reputar verdadera una proposición con preferencia a otra cuando, de acuerdo con otras aceptadas como verdadera, resulte dotada de mayor alcance empírico, como conclusión de una inferencia inductiva o como premisa de una inferencia deductiva.”<sup>60</sup>.*

Afortunadamente, en los últimos tiempos se ha desarrollado una mayor atención sobre los hechos y la prueba, no sólo acerca de la concepción jurídica de esta última, su noción y estructura, sino por sobre todo acerca de su incuestionable trascendencia en la práctica. Ello resulta de suma importancia para cualquier procedimiento judicial, pero por sobre todo en el contexto de un proceso penal, que exige estándares mucho más exigentes por las consecuencias extremadamente disvaliosas que los errores judiciales generan.

Por otra parte, se ha abandonado la idea de la búsqueda de la “verdad real”<sup>61</sup> como uno de los fines (absolutos) del proceso penal, tal como se postulaba desde las concepciones inquisitivas. Pues no se puede ocultar que, en el marco del proceso penal, el conocimiento al que se logra acceder resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, por lo que en opinión de MAIER la verdad procesal penal es *estrecha, parcial y restringida*<sup>62</sup>. No obstante, como bien señala GUZMÁN, es un grave error considerar que puede y debe renunciarse a la verdad, toda vez que “*Renunciar a la lógica inquisitiva no implica renunciar al valor verdad (insustituible para la aplicación de una condena).*”<sup>63</sup>. El proceso penal constituye una instancia de *verificación* de la imputación y, como tal, una fuente de legitimación externa, ético-política o sustancial de la jurisdicción<sup>64</sup>.

Como consecuencia, en orden a reducir los riesgos de error en la búsqueda de la verdad y al mismo tiempo respetar los derechos fundamentales que estatuye nuestra Constitución, lo correcto es adoptar un criterio que permita ponderar las hipótesis probatorias de acuerdo a un más alto grado de confirmación, partiendo de un razonamiento inductivo en que la verdad absoluta sobre los hechos no resulta cognoscible sino más o menos probable en atención a las circunstancias del caso. Sostiene MAIER que el procedimiento penal puede alcanzar su objetivo aunque no se arribe a una certeza positiva o negativa sobre la imputación, si permite

---

<sup>60</sup> FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>61</sup> Sobre el concepto de *verdad* en el marco del proceso penal, véase MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*, 2º ed., 3º reimp., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 841/7 y ss.

<sup>62</sup> MAIER, *Op. Cit.*, ps. 854/5.

<sup>63</sup> GUZMÁN, *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, *Op. Cit.*, p. 543.

solucionar el conflicto, arribar a la *paz jurídica*<sup>65</sup> a través de una decisión dotada de la autoridad.

Al hablar de “verdad”, necesariamente debe considerarse la situación de “duda” que representa un estado de incertidumbre, de falta de certeza<sup>66</sup>; al decir de MAIER, un “...estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer, la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación.”<sup>67</sup>. Lo que no se puede soslayar es que el estándar exigible en el proceso penal es aún más exigente que en otros procesos, en los que se toleran criterios de *aceptabilidad* o de *probabilidad prevaleciente*<sup>68</sup>; por el contrario, en materia penal se requiere que el hecho esté probado “más allá de cualquier duda razonable”.

Esto es así, pues nuestro sistema jurídico estructura un sistema de distribución del error que no es simétrico, toda vez que debe ser el Estado (encargado de la persecución de los delitos de acción pública) quien debe quedar menos protegido por el riesgo de error, debiendo alcanzar un quantum de confirmación determinado para así poder tener un determinado hecho por probado<sup>69</sup>. En esa labor, “el juez ocupa la posición análoga a la de la comunidad científica que evalúa la investigación realizada por otros...”<sup>70</sup>.

Entonces, para confirmar o apoyar una hipótesis en particular en la reconstrucción temporo-espacial de los hechos, deberá ineludiblemente recabarse la prueba pertinente para tal fin. La *prueba*<sup>71</sup>, más allá de los distintos significados que pueda atribuírsele a la expresión, tiene un sentido de “*demonstración de la verdad de un hecho*”<sup>72</sup>, y demostrar quiere decir que existen elementos o razones suficientes para asumir una aserción como fundamentada. Explica TARUFFO, que “...en el contexto de la justificación racional del juicio de hecho, es decir, de la concatenación y de la combinación de las inferencias en función de las cuales la aserción del hecho es asumida como verdadera, la prueba opera como elemento de justificación de esa aserción.”<sup>73</sup>.

---

<sup>65</sup> MAIER, *Op. Cit.*, p. 852. Véase también ps. 859/877 con relación a los medios y métodos para averiguar la verdad.

<sup>66</sup> Conf. SENTIS MELENDO, Santiago, *In dubio Pro Reo*, publicado en: Colección Breviarios de Derecho, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 20.

<sup>67</sup> MAIER, *Op. Cit.*, p. 844.

<sup>68</sup> Véase TARUFFO, Michele, *La Prueba de los Hechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, ps. 295 y ss.

<sup>69</sup> Debemos señalar que muchas de estas especificaciones y terminologías han sido tomadas de BAYÓN, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, ponencia presentada al Congreso italo-español de teoría del derecho, Universidad de Girona, 14 y 15 de noviembre de 2008 (inédito).

<sup>70</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p.139.

<sup>71</sup> Véase MAIER, *Op. Cit.*, ps. 858/9.

<sup>72</sup> Véase TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 441.

<sup>73</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 446.

Como es sabido, entre las garantías procesales de raigambre constitucional se encuentra la “presunción de inocencia”<sup>74</sup>, que significa que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente, lo que representa el punto de partida para toda la comprensión del proceso penal, pues le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales, entre ellas la *carga de la prueba* y la vigencia del *in dubio pro reo*.

En cuanto al *onus probandi* no se discute que no incumbe al imputado la carga de probar su inocencia sino que, más precisamente, es en el acusador (público o privado) en quien recae la carga de probar la culpabilidad de aquél<sup>75</sup>. En cuanto a la regla del *in dubio pro reo*, ella implica que, de no verificarse con certeza todos los elementos que permitan afirmar la existencia de un hecho punible, el resultado debe ser, sin dudas, la absolución. La falta de certeza “...representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución”<sup>76</sup>.

Pienso, en función de la plataforma jurídica que se estructura sobre los conceptos de verdad-prueba y sobre el significado de la presunción de inocencia, que también resulta inaceptable la justificación constitucional que se brinda respecto del tipo penal del art. 95 del C.P., pues se prescinde de criterios de verdad aceptables y se soslaya la necesidad de demostrar la efectiva contribución causal al resultado que capta el tipo penal.

Por otro lado, es evidente que se resiente la presunción de inocencia y se viola el *in dubio pro reo*, pues la duda no conduce a la absolución, sino a la aplicación de un tipo penal que, aunque con una conminación punitiva atenuada respecto del tipo básico, resulta operativo sobre una base de “sospecha” o “mera posibilidad” de que, determinado accionar, podría haber causado el resultado. Es evidente, en este plano, que la “duda” termina por operar como una presunción en contra de los imputados, aunque se pretenda justificar tal proceder a partir de un elemento típico impreciso, como es el de “ejercer violencia” sobre la persona ofendida. Valga la redundancia, debo aclarar en este punto, que *ejercer violencia* no es sinónimo de

---

<sup>74</sup> La presunción de inocencia, y el trato como inocente que debe derivarse de ella, surge de los arts. 18 (que se deduce del principio de legalidad procesal o “juicio justo”) y 75 inc. 22 de la C.N., y en forma expresa en los arts. 8.2 C.A.D.H., art. 14.2 P.I.D.C.yP., art. 11.1 D.U.D.H., entre otros que complementan dicho principio, todo lo cual establece como regla que durante la sustanciación del proceso el imputado no puede ser tratado como culpable, estado al que se arribaría sólo por medio de una sentencia condenatoria firme. El principio constitucional de inocencia del que goza el imputado, se constituye por ende como límite rector de toda coerción procesal que se intente contra él.

<sup>75</sup> Conf. MAIER, *Op. Cit.*, ps. 505/6.

<sup>76</sup> *Ídem*, p. 495.

matar, pues en un caso concreto la violencia puede haber sido sólo idónea para lesionar grave o levemente, o menos aún. Sin perjuicio de ello, por la decisión jurisdiccional adoptada, la conducta endilgada se ve entonces privada de la indispensable legitimación externa, ético-política o sustancial de la que nos habla Ferrajoli.

## **V. Conclusiones**

Como se ha resaltado a lo largo de este trabajo, los delitos de homicidio y lesiones en riña ponen en crisis muchas de las máximas que establece la Constitución Nacional como fronteras infranqueables, como lo es el principio de legalidad, de materialidad de la acción, culpabilidad e inocencia, cuyas raíces se encuentran por demás arraigadas en nuestra legislación.

En este sentido, como he intentado demostrar, la doctrina adoptada por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema en el caso “Antiñir” refleja el desperdicio de una oportunidad histórica de invalidar una norma que, como el art. 95 del Código Penal, constituye un resabio jurídico del siglo XIX que claramente no satisface los estándares propios de un derecho penal democrático. Los argumentos esgrimidos por la mayoría de esa Corte en el fallo analizado no permiten arribar a un fundamento íntegro que sirva de válido sostén para la constitucionalidad de dichas figuras penales, sino que, por el contrario, su latente incoherencia e inconsistencia ha dado lugar a muchísimas como renovadas dudas y críticas.

Pero también procuro participar de un debate que es absolutamente necesario, porque de esa manera es factible buscar e intentar dar respuesta a necesidades concretas de los ciudadanos expuestos al poder punitivo del Estado y, además, porque transitamos una época en la cual los reclamos de inseguridad ciudadana están llevando a un endurecimiento del discurso penal que pone en riesgo, sin lugar a dudas, la vigencia de aquellos principios que perfilan el funcionamiento del sistema penal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BAIGÚN, David, ZAFFARONI, Eugenio R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 3, 2º ed., Ed. Hammurabi, 2010.
- BIGLIANI, Paola, COSTANZO, Mariano, *El olvido de la legalidad. Un análisis del principio de legalidad a través de la “inflación penal” y sus consecuencias*, en A.A.V.V., *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado.*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- CHIAPPINI, Julio, “Los delitos de homicidio y lesiones en riña (arts. 95 y 96, Código Penal)”, publicado en: *La Ley*, T. 1985-E.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, T. 1, 2º ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.
- D’ALESSIO, Andrés, *Código Penal. Comentado y anotado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte especial.*, T. I, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2º ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada.*, 3º ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GULLCO, Hernán, *Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia comentada.*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- JAKOBS, Günther, “Culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales”, publicado en: Colección de estudios n° 27, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- JAUCHEN, Eduardo, *La prueba en materia penal*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1992.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 4º ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.
- JOFRE, Tomas, *El Código Penal de 1922*, Ed. Sociedad de abogados editores, Buenos Aires, 1922.

- LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, V.1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, V. IV, 2º ed., Ed. Temis, Bogotá, 1972.
- MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*, 2º ed., 3º reimp., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MANIGOT, Marcelo, *Código Penal de la Nación Argentina. Anotado y Comentado*, T. I, 4º ed., Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1978.
- MARI, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7º ed., Ed. B de F, Montevideo, 2004.
- MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1979.
- MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, T. IV, Ed. Tommasi, Buenos Aires, 1923.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. III, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
- RIGHI, Esteban, FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena.*, 1º ed., 1º reimposición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7º ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- SENTIS MELENDO, Santiago, *In dubio Pro Reo*, publicado en: Colección Breviarios de Derecho, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 3, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2º ed., Ed. Trotta, Madrid, 2005.
- TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 3, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.
- YAPUR, Ariel, “La dudosa adecuación constitucional de las figuras de homicidio y lesiones en riña: a la vez un estudio sobre los alcances del principio de culpabilidad”, publicado en: *Jurisprudencia penal de la CSJN*, Dirección de PITLEVNIK, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- ZAFFARONI, R., ALAGIA, A., SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2º ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.